

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



REVISTA
DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 37

MÉXICO, 2013

NÚMERO 37

Junta Directiva:

Lic. Fauzi Hamdan Amad, *Rector*
Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
Lic. Luis Díaz Mirón, *vocal*
Lic. Pascual Orozco Garibay, *vocal*
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
Lic. Rafael Anzures Uribe, *vocal*

Lic. José Manuel Villalpando César
Secretario Académico

Lic. Renata Sandoval Sánchez
Secretario de Administración

CONSEJO EDITORIAL

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

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

ISSN 0185-1438

© 2013. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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

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

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

Juan Pablo ARANDA Perfectibilidad y equidad. El lugar de los servicios públicos en el marco de la dignidad	11
Leopoldo BURRUEL ¿Que es un derecho humano?	29
Luis Norberto CACHO PÉREZ Los derechos humanos y la guerra contra el narcotráfico en México (2006-2012).....	59
Alessandro CASSARINO El estudio del Derecho Público Romano en las facultades de Derecho Italianas: justificaciones históricas y actuales	95
Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA La nueva guerra de conquista y la defensa campesino/indígena del territorio como práctica descolonizadora.....	113
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL Un acercamiento a la filosofía del derecho de Efraín González Morfín. Desde el iusnaturalismo clásico: La posibilidad de un iusnaturlismo crítico.....	141
José Francisco DE VILLA SOTO Sistema constitucional francés.....	179

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO El primer bienio de gobierno constitucional en México (1812-1814): El debate entre el pasado y el futuro jurídico-político del país	201
Xavier GINEBRA SERRABOU La protección de datos personales en México desde la óptica de las reformas en materia de derechos humanos ...	241
Valentina GIOMI La controvertida suerte de las garantías del juicio justo en el ámbito de los enjuiciamientos contables: una difícil armonía entre los principios del artículo 111 constitucional y la jurisprudencia del tribunal de cuentas.....	279
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO Disputas en franquicias: utilidad e idoneidad del arbitraje....	297
Yuri GONZÁLEZ ROLDAN <i>Bonorum possessio</i> y <i>edicto carboniano</i> en las constituciones del emperador Adriano (117-138 d.C.)	317
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS El nuevo paradigma de la interpretación constitucional: (un derecho de principios)	343
Andrea LANDI El derecho común en Italia	459
Nalleli NAVA MIRANDA Reconocimiento de gobiernos.....	469
Luis POMED SÁNCHEZ Decálogo de propuestas para la elaboración de sentencias....	495
Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ Crítica de la ideologización de derechos humanos desde la filosofía de la liberación.....	525

Juan Pablo SALAZAR ANDREU Algunas reflexiones sobre las ideas de Servicios Públicos Municipales de agua potable en el Derecho Indiano, en Puebla (1521-1700).....	559
--	-----

Ricardo J. SEPULVEDA I. El debate sobre la interpretación del nuevo texto del artículo 1º constitucional, en la Escuela Libre de Derecho	569
--	-----

DISCURSOS

Discurso del Lic. Francisco de Icaza Dufour, en la ceremonia de inauguración de cursos 2013-2014.....	589
--	-----

Discurso del alumno Fernando Castillo Villalpando, Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho en la ceremonia de inauguración de cursos 2013-2014	593
--	-----

PERFECTIBILIDAD Y EQUIDAD. EL LUGAR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Juan Pablo ARANDA¹

Me siento muy honrado de poder ofrecer una mirada a los servicios públicos desde la teoría política.

En esta intervención deseo invitarlos a dejar por un momento el microscopio, dejar la radiografía y el instrumental de precisión, y lanzarnos a mirar el cielo a través de la lente del telescopio. La mía es una invitación a preguntarnos por el lugar de los servicios públicos en el complejo drama humano. ¿Cuál es la relación entre la recolección de basura, el alcantarillado, los mercados y panteones, etcétera, en el desarrollo de aquello que llamamos “humanidad”? Y, si se me permite, clarificaré mi pregunta, acotándola: ¿Cómo integrar la idea de los servicios públicos en una discusión sobre el desarrollo humano? En la pregunta se asoma claramente la preocupación por la finalidad de la acción, por su para qué. Preguntar por la finalidad de una actividad es darle sentido, orientarla en función de un telos. Hallar el fin de nuestra actividad la previene de convertirse en pragmatismo o, incluso peor, en culto por el movimiento, en histeria del cambio que olvida que un tránsito ciego no implica dirección y que, sin ésta, el significado del término “progreso” queda extinto.²

¹ Licenciado y maestro en Ciencia política, por el ITAM y la Universidad de Toronto, respectivamente. En la UPAEP es coordinador de posgrados en ciencias sociales.

² Debo esta idea al pensamiento de Joseph Ratzinger: “El concepto de verdad ha sido prácticamente abandonado y sustituido por el de progreso. El progreso ‘es’ la verdad. Más con esta aparente elevación se desmiente y anula a sí mismo, pues cuando no hay dirección, la misma cosa puede ser tanto progreso como retroceso. La teoría de la relatividad formulada por Einstein concierne como tal al cosmos físico. Pero a mí me parece que también describe con acierto la situación del cosmos espiritual de nuestro tiempo. La teoría de la relatividad establece que no hay ningún sistema de referencia fijo”. Ver Ratzinger, J., “Si quieres la paz, respeta la conciencia de cada hombre”, en *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 2005, p. 61.

La intuición que subyace a esta intervención es muy sencilla: los servicios públicos impactan positiva o negativamente en el perfeccionamiento humano y la equidad, pues su prestación remite —o debe hacerlo— a la dignidad humana, entendida ésta a partir de la idea kantiana del reino de los fines.

1. Comenzaré, pues, precisando los conceptos que guían mi reflexión, a saber, las ideas de “perfectibilidad”, “equidad” y “dignidad humana”. 2. Posteriormente discutiré cómo, del análisis de ambos conceptos, puede decirse de los servicios públicos que promueven o restringen la dignidad humana. 3. Finalmente discutiré las ideas de “perfectibilidad”, “equidad” y “dignidad” en el marco de los objetivos del milenio pactados por el PNUD, tratando de ofrecer una perspectiva sobre el principal reto de los servicios públicos, es decir, el enfoque humanista.

I. En la primera parte de su célebre tratado sobre la desigualdad, Jean-Jacques Rousseau ofrece al lector su visión antropológica, presentada a partir de la diferencia entre el hombre y el animal. Para Rousseau, el animal no es más que “una máquina ingeniosa, a la que la naturaleza ha dado sentidos para estimularse a sí misma, y para protegerse, hasta cierto punto, de cuanto tiende a destruirla o perturbarla”.³ Mientras las bestias operan movidas por el instinto, en el hombre existe una cualidad, además de la libertad,⁴ capaz de crear un abismo entre éste y todo lo que lo rodea. Cito al ginebrino:

Hay otra cualidad muy específica que [...] distingue [a los hombres de los animales] sobre la que no puede haber réplica: es la *facultad de perfeccionarse* [...]. ¿Por qué sólo el hombre está expuesto a volverse imbecil? ¿No es así como retorna a su estado primitivo y cómo, mientras la bestia, que nada ha adquirido y que tampoco tiene nada que perder, permanece siempre con su instinto, el hombre, volviendo a

³ ROUSSEAU, J.J., “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”, en *El contrato social*, Madrid, Alianza, 2000, p. 245. Tal parece que hay algo del “automatismo” animal cartesiano en la concepción de Rousseau. Cf. *Discurso del Método* (México: Colofón, 2001), Quinta parte, pp. 114-115, donde el francés considera al animal: “una máquina que, por ser hecha de las manos de Dios, está incomparablemente mejor ordenada”.

⁴ “[N]o es, pues, tanto el entendimiento lo que constituye, entre los animales, la distinción específica del hombre como su cualidad de *agente libre*. La naturaleza da una orden a todo animal, y la bestia obedece. El hombre experimenta la misma impresión, pero se reconoce libre de asentir, o de resistir; y es sobre todo en la conciencia de esta libertad donde se muestra la espiritualidad de su alma”. Rousseau, *op.cit.*, p. 246.

perder por la vejez u otros accidentes, todo cuanto su *perfectibilidad* le había hecho adquirir, vuelve a caer más bajo que la bestia misma?⁵

La perfectibilidad implica, en primer lugar, la no sujeción a la potestad de lo *natural* o, al menos, no estarlo en el mismo sentido en que sucede con el animal. El ser humano *trasciende* la esfera del instinto y, con ella, rompe la dinámica de la repetición de patrones seguida por el animal. La regularidad es al animal lo que la creatividad y la consecuente heterogeneidad son al ser humano. Por otro lado, el ser humano, no avanza linealmente y de una vez por todas; siempre existe la capacidad de retrocesos, reveses, equivocaciones. Los senderos del hombre se bifurcan y multiplican, ofreciendo a veces ascensos, otras veces caídas. La perfectibilidad es una potencia que habita el espíritu humano, no un destino ineluctable; es una promesa, no una ley.

Para Rousseau, la perfección plenamente humana ocurre sólo en sociedad. Ahora bien, la sociedad que tiene en mente dista mucho de nuestra corrompida sociedad.⁶ En algún momento de la historia, nos dirá, ocurrió algo que hirió a la humanidad, postrándola de rodillas y esclavizándola: “el primero que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir *esto es mío* y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”.⁷ No es relevante aquí detallar la crítica rusioniana a la propiedad civil, ni siquiera describir su proyecto político como tal, sino únicamente destacar un aspecto de la *nueva* sociedad que propone fundar en *El Contrato Social*. En el capítulo séptimo del segundo libro, Rousseau hace una compleja declaración: “quien se lanza a la empresa de instituir un pueblo debe sentirse en condiciones de cambiar, por así decirlo, la naturaleza humana”.⁸ Para el filósofo, la institución de un orden político justo que se imponga como objetivo el bien común, implica la difícil tarea de cambiar la naturaleza egoísta de los hombres, dotándoles,

⁵ *Ibidem*, p. 246-247.

⁶ Para ROUSSEAU, el hombre nace virtuoso, limpio, inmaculado. El libro primero del *Emilio* se inaugura con una trágica verdad: “todo está bien al salir de las manos del autor de la naturaleza; todo degenera en manos del hombre”. Y, como es imposible regresar al estado primigenio de bondad natural, *El Contrato Social* pretende ser un programa para la instauración de un régimen político justo.

⁷ *Ibidem*, p. 276. La reacción de Rousseau está dirigida contra la tradición liberal, encabezada por John Locke. La justificación de la propiedad privada que hace Locke en el capítulo quinto de su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* puede considerarse la defensa clásica liberal de la propiedad privada. Para algunas aplicaciones modernas véase NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Estados Unidos, Basic Books, 1974, particularmente el capítulo 7.

⁸ *Ibidem*, p. 65.

La equidad, tal como la entiendo, parte de la propiedad privada como *derecho*,¹² como realidad necesaria de la existencia humana comprobable, por ejemplo, en los terribles experimentos comunistas¹³ de mediados del siglo pasado.¹⁴ No se trata, pues, de “parchar” las diferencias entre las capas sociales a través de subsidios con vocación de eternidad, que en ocasiones fungen como incentivos a la inmovilidad y perpetúan paternalismos que asfixian la madurez¹⁵ de los seres humanos. Tampoco hablamos, por supuesto, de la subordinación de lo político frente a un sistema económico intocable, el cual muestra su cara más terrible en la inmensa pobreza africana, la supeditación de las necesidades éticas y su sometimiento a la inhumana lógica del *profit*, así como en la profundización de las desigualdades entre hemisferios, países, ciudades, familias e individuos. Así pues, no hablamos de socialismo ni de capitalismo, sino de un humanismo basado en los derechos humanos. Se trata pues, de poner al Estado, la cultura, las instituciones, en fin, la maquinaria social completa, al servicio

¹² La afirmación implica desestimar *en parte* únicamente la crítica marxista a la propiedad privada. Si bien considero que la supresión general de la propiedad privada —y la consiguiente implantación del programa política socialista—, son políticas contrarias a todo humanismo basado en derechos humanos, no niego que la crítica marxista al capitalismo sigue siendo una de las más potentes y mejor acabadas, y que a través de ella es posible comprender mejor las patologías del sistema de libre mercado. Por otro lado, implica adoptar la perspectiva lockeana, que deriva la existencia *natural* de la propiedad privada del trabajo humano. Cf. LOCKE, J., *Two Treatises on Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, revisar particularmente el capítulo 5 del segundo tratado.

¹³ Véase, por ejemplo, SOLZHENITSYN, Alexandr, *Archipiélago Gulag*. Tres volúmenes, España: Tusquets, 2005, 2005 y 2007, respectivamente.

¹⁴ Para una brillante crítica del marxismo a partir de los terrores del Gulag, véase: HENRI-LEVI, Bernard, *Barbarianism with human face*, Nueva York, Harper & Row, 1979). HENRI-LEVI declaró al diario español *El País*, el jueves 19 de enero de 1978, a propósito de la publicación de su libro: “El marxismo no es el pensamiento rebelión que pretende ser; hoy en día es una de las formas más acabadas de un pensamiento de orden y de una policía de almas”. Más adelante, declara: “Estoy convencido de que *sin una referencia a la ética no será posible mañana resistir a la barbarie*. Lo que protege a los hombres de la tentación de la barbarie es algo como una ley de Antígona, de la cual nos hablan los disidentes del Este y que hay que reforzar. Hay una ley moral que no se confunde con la ley de los príncipes. En contra de los dictámenes de la razón política hay que reinventar los imperativos de la ética, en el concepto de Kant”. Este documento adopta plenamente el llamado de Henri-Levi a un redescubrimiento ético.

¹⁵ Vale recordar a este respecto el famoso tratado de Kant sobre la Ilustración, donde expone brillantemente las causas que dificultan a los hombres salir de la “minoría de edad”: “La pereza y la cobardía son las causas de por qué una gran parte de los hombres, luego de que la naturaleza los ha declarado libres, ya desde hace tiempo, de una dirección externa —*naturaliter maiorenes*—, no obstante permanecen a gusto como menores de edad toda su vida [...]. Si tengo un guía espiritual que tiene fe por mí, si tengo un médico que juzga por mí la dieta y así por el estilo, entonces no necesito esforzarme por mí mismo. No tengo necesidad de pensar, cuando puedo pagar. Otros asumirán la fastidiosa tarea por mí”. Cf. “An answer to the question: What is enlightenment?” en *Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

del hombre y no, como ocurre actualmente, al servicio de la parte¹⁶ o, peor aún, de un solo individuo. Al pensar en equidad pensamos en el diseño de políticas redistributivas creativas, capaces de dar respuesta a las acuciantes necesidades de inicios de milenio; pensamos en un sistema de derechos humanos *efectivos*, es decir, derechos que no se quedan en el papel sino que están respaldados institucionalmente;¹⁷ pensamos en una estructura de oportunidades abiertas a todos en igualdad de condiciones; pensamos en poner al ser humano, a la *persona* humana, en el centro del debate,¹⁸ tal como dijera el entonces Secretario General de la ONU, en su informe de marzo del año 2000:

Ningún cambio en la manera en que pensamos o actuamos podrá ser más decisivo que éste: *debemos poner a las personas en el centro de todo lo que hagamos*. No hay vocación más noble ni responsabilidad mayor que la de facilitar los medios a los hombres, mujeres y niños, en las ciudades y pueblos de todo el mundo, para que puedan vivir mejor. Sólo cuando esto ocurra sabremos que la mundialización está empezando de verdad, a incluir a todos para que todos compartan las oportunidades que ofrece.

Finalmente, debemos considerar brevemente el significado preciso que atribuimos al concepto de “dignidad humana”. En este caso me apego por completo a la idea kantiana, para quien el valor de las acciones morales está dado únicamente por su consonancia con la razón. En otras palabras, para Kant una acción deja de ser moral en el momento en que la realizamos por razones distintas a su valor intrínseco.¹⁹

¹⁶ De especial relevancia resulta, para nuestros fines, el profundo estudio sobre los efectos perniciosos que la regla de mayoría tiene en la democracia, de Alexis de Tocqueville, “La omnipotencia me parece en sí una cosa mala y peligrosa. Su ejercicio me parece superior a las fuerzas del hombre, cualquiera que sea, y no veo sino a Dios que pueda sin peligro ser todopoderoso, porque su sabiduría y su justicia son siempre iguales a su poder. No hay, pues, sobre la tierra autoridad tan responsable en sí misma, o revestida de un derecho tan sagrado, que yo quisiera dejar obrar sin control y dominar sin obstáculos. Cuando veo conceder el derecho y la facultad de hacerlo todo a un poder cualquiera, llámese pueblo o rey, democracia o aristocracia, digo: Aquí está el germen de la tiranía, y trato de ir a vivir bajo otras leyes”. Cf., TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*. Especialmente véase el capítulo 7, Parte Segunda del Primer Volumen.

¹⁷ Tomo la idea de los trabajos realizados por Juan Enrique Huerta Wong y Roberto Vélez Grajales, en Campos, R., Huerta, J., y Vélez, R. (eds.), *Movilidad Social en México: Constantes de la desigualdad*, México, CEEY, 2012, p. 31. Los autores toman la definición de “libertad efectiva” del trabajo de Amartya Sen, como “el conjunto de posibilidades de elección que son efectivamente realizables”. Ver SEN, A., *Commodities and Capabilities*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

¹⁸ Informe del Secretario General de la ONU A/54/2000, *Nosotros los pueblos. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, punto 16.

¹⁹ Una acción de deber tiene su valor moral *no en el propósito* que se quiere obtener con ella, sino en la máxima en base a la cual es realizada, y por lo tanto no depende de la realización del objeto de

Ahora bien, la idea de igualdad, para Kant, es, junto con la libertad y la independencia, un principio *a priori*. Los seres humanos son iguales *en tanto* sujetos, esto es, como participantes en una comunidad política: cada persona tiene el derecho de demandar a cada uno de los demás, que obedezca las leyes que gobiernan a cada uno.

Más importante todavía es su concepción de los seres humanos como fines. Para Kant, para ser capaces de vivir como personas iguales, debemos admitir que las personas no son medios, *sino fines*. Dice Kant: “actúa de forma tal que utilices a la humanidad, ya sea en tu propia persona o en la de los demás, siempre y al mismo tiempo como fines, y nunca simplemente como medios”.²⁰ Esto significa que no podemos comprender el principio de igualdad si creo, al mismo tiempo, que puedo relacionarme con los demás como *medios* para mis propios fines porque, evidentemente, si generalizamos el argumento, cada quien puede considerarse a sí mismo *por encima* de los demás, rompiendo por tanto la demanda recíproca de sometimiento mutuo a la ley.

Termino con la siguiente cita,

Este principio de humanidad [...] como un fin en sí mismo [...] no es tomado de la experiencia; primero, en vista de su universalidad, dado que aplica a todos los seres racionales como tales y ninguna experiencia es suficiente para determinar cualquier cosa acerca de ellos; segundo, porque en sí misma, la humanidad está representada no como un fin de los seres humanos (subjetivamente), esto es, no como un objeto del que hacemos nuestro fin, sino como un fin objetivo que, cualesquiera fines tengamos, debe constituir por ley la condición suprema que limite todos los fines subjetivos, de forma que el principio debe surgir de la razón pura.²¹

Sin la idea de los seres humanos como fines en sí mismos, ni la perfectibilidad, ni la equidad o la igualdad adquieren un sentido plenamente humanos. En el momento en el que prohibimos, bajo cualquier aspecto, la *utilización* de un ser humano por otro, entramos plenamente al humanismo, cuyo distintivo contemporáneo, como hemos dicho, son los derechos humanos inalienables y universales. Estos derechos humanos son la expresión del principio kantiano del ser humano como fin en sí mismo.

la acción sino simplemente del *principio de volición*, de acuerdo con el cual llevo a cabo la acción sin tomar en consideración cualquier otro objeto de deseo.

²⁰ KANT, I., “Groundwork of the metaphysics of morals” en *Practical philosophy*, ed. Mary J. Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 82, *Ver*, asimismo, Williams, *Kant's Political Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1983, p. 19.

²¹ KANT, *op. cit.*, p. 80.

II. Una vez que hemos definido con propiedad los conceptos que guían la presente reflexión, es momento de averiguar la relación de estos con la temática particular, a saber, con la prestación de los servicios públicos. A riesgo de repetir lo que otros, mucho más capacitados que yo, ya han dicho, me atreveré a hacer un par de apuntes sobre el significado de un servicio público.

Entenderé la política en dos niveles conceptuales distintos. En primer lugar, analizaré la visión antigua de la política.²² Para el pensamiento griego, por ejemplo, la cualidad de “ciudadano” dotaba a la persona de significado, de pertenencia y sentido de vida: servir a la patria se entendía como el oficio más excelso. *La República* de Platón nos ofrece un buen ejemplo de lo anterior. En la ciudad virtuosa, los individuos son divididos en tres clases:²³ la clase de oro de aquellos nacidos para mandar, la clase de plata para los auxiliares y la de hierro y bronce para campesinos y artesanos. A esta clase de oro, a la que Platón dedica gran parte del libro, se le da una educación particular y lleva una vida peculiar. Los guardianes de ambos sexos realizan, en general, las mismas actividades (454c), de la misma forma en que las mujeres, los hijos (449c) y, en general, toda clase de propiedades (375c), son tenidos en estricto comunismo (449d); su carácter debe ser áspero y agresivo con los extraños y con quienes amenazan la ciudad, y leal y bondadoso para con los ciudadanos a quienes protegen (375c). Más importante, para nuestros fines, es la respuesta que ofrece Sócrates a la pregunta de, si los guardianes no serán desdichados al verse privados de lo que el pueblo tiene garantizado: “no establecemos la ciudad mirando a que una clase de gente sea especialmente feliz, sino para que lo sea en el mayor grado posible la ciudad toda” (420b).

Con su descripción sobre la educación, carácter y forma de vida de los guardianes, Platón nos ofrece al mismo tiempo su visión de *lo político*. El guardián, es decir, el protector de la ciudad, debe perder su personalidad e intereses, es decir, todo aquello que le impide una identificación total

²² Entiendo visión “antigua” una cosmovisión anterior al nacimiento del *individuo* moderno, esto es, anterior a la filosofía cartesiana y sus posteriores desarrollos hasta la epistemología de Kant.

²³ El llamado “mito de los metales” (415a) es, como su nombre lo indica, una mentira (¿piadosa?), un dispositivo alegórico a través de la cual Platón pretende estructurar la ciudad. En el relato, Sócrates es explícito en el carácter artificial del relato: al término del mito (415c), pregunta a Glaucón por algún mecanismo para *persuadir* a los hombres a creer en dicho mito.

con la ciudad. En Platón, servicio y vocación se identifican a tal grado que persona y misión son inseparables.²⁴

La política democrática moderna rompe con esta identificación y hace de la división el núcleo explicativo del sistema todo. La democracia, dice Pierre Manent,²⁵ puede describirse como “la organización de las separaciones”: entre esfera privada y pública; entre ejecutivo, legislativo y judicial; entre Iglesia y Estado, etcétera.

El servidor público, desde esta perspectiva, no escapa esta característica de nuestras democracias: es un individuo al tiempo que ciudadano partícipe de la soberanía de su Estado; su cargo no es suyo, pues él *representa* el poder soberano durante un tiempo determinado, esto es, que él *es más que* su actividad y esta última es incapaz de definir a la totalidad lo que es él mismo.

Ahora bien, una vez que se ha operado esta distinción entre el cargo y la persona, no podemos dejar de preguntar: ¿dónde está la virtud política si el poder ya no le corresponde a nadie y si el lugar del poder de la democracia está *vacío*,²⁶ es decir, si las sociedades democráticas modernas se comprenden a sí mismas como sociedades sin determinaciones positivas, es decir, sin una *idea rectora* que ofrezca sentido?

²⁴ Esta idea surge y es deudora de la reflexión a partir de la obra fundamental de Joseph Ratzinger: “[L]a fe cristológica afirma decididamente la experiencia de la identidad existencia-misión en la unión inseparable Jesús-Cristo. En este sentido se puede hablar de una cristología ‘funcional’: todo el ser de Jesús está en función del ‘para-nosotros’, pero por eso mismo su función es también y totalmente ser”. Ver *Introducción al Cristianismo*, Salamanca, Sígueme, 2001, p. 174. El paralelismo entre ambas ideas no es, por supuesto, accidental, sino que nos introduce a la compleja interrelación entre cristianismo y pensamiento griego, tal como el propio Benedicto XVI —en su calidad de pontífice— hizo patente en su discurso *Fe, razón y universidad* en la Universidad de Ratisbona, el 12 de septiembre de 2006. Para una reflexión sobre la relación del cristianismo y el pensamiento occidental desde la perspectiva de un agnóstico, ver FERRY, L., *El Hombre-Dios o el sentido de la vida*, España, Tusquets, 1997.

²⁵ MANENT, P., *Curso de filosofía política*, Buenos Aires, FCE, 2003.

²⁶ Desde hace tiempo hemos prestado atención a esta singularidad de la democracia moderna: de todos los regímenes que conocemos, es el único en que se establece una representación del poder que lo confirma como un *lugar vacío*... [No] hay que confundir la idea de que el poder no pertenece a nadie con la idea de que designe un lugar vacío. La primera puede ser formulada por actores políticos, la otra no. De hecho, la formulación supone la representación de que los actores mismos se deniegan entre sí el derecho a apoderarse del poder [...] Por el contrario, la referencia a un lugar vacío escapa a la palabra en la medida en que no es presupuesta una comunidad, cuyos miembros se encontraran en posición de sujetos por el hecho mismo de ser miembros. [...] Mientras que la indicación de un lugar vacío va aparejada con la de una sociedad sin determinación positiva, irrepresentable con la figura de una comunidad. En la democracia moderna, por la misma razón que la división del poder y de la sociedad no remite a un *afuera* asignable a los dioses, a la ciudad y a la tierra sagrada, tampoco remite a un *adentro* asignable a la sustancia de la comunidad”. LEFORT, C., *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político* Barcelona, Anthropos, 2004, pp. 66-67.

Precisamente, la operación democrática sobre los presupuestos de representatividad y vaciedad del lugar de poder que hemos estado describiendo descubre, por así decirlo, a través de un proceso dialéctico de mostración-ocultamiento, el corazón de la virtud democrática, que no es más que la construcción del bienestar público a partir de instituciones *ciegas* esto es, no comprometidas *a priori* con una idea sustantiva del bien o lo bueno²⁷ y, por otro lado, no representativas de ninguna *parte* o *facción*. En este sentido, las políticas no pueden definirse como propiedad de individuos con nombre y apellido, sino como productos institucionales operados por un cuerpo de profesionales que se renueva periódicamente. La virtud en las democracias modernas se define, me parece, por al menos dos elementos: (i) por la primacía de la institución sobre el funcionario, que genera políticas y servicios que trascienden las contingencias individuales y se *perfeccionan* como productos colectivos; y (ii) por el carácter *inaprensible* de los servicios, es decir, su resistencia a ser pensados como propiedad de un grupo de “benefactores”, ni como prerrogativa de un grupo de destinatarios.

De lo anteriormente dicho podemos concluir que, contrario a lo que sucedía en el pensamiento griego, en nuestras democracias modernas la institución y, por ende, el *servicio* como tal, cobran una importancia central. Con esto hemos llegado, me parece, a unir los primeros dos aspectos de esta participación, en los siguientes términos:

- Contra la idea antigua que subordina a la persona frente a su servicio —propia del pensamiento antiguo—, la política moderna *instrumentaliza* al servidor público, liberándolo y despreocupándose de su perfeccionamiento individual —es decir, relegando esta tarea a la esfera privada del mismo— y ocupándose, más bien, de perfeccionar la institución y el servicio público.
- Más aún, este perfeccionamiento se opera a la luz de la exigencia de equidad, es decir, del derecho que tiene todo individuo, por el

²⁷ Para RAWLS, el hecho del pluralismo en las sociedades democráticas —hecho que presupone la libertad (negativa, en sentido berlineano), de todo ser humano para construir su propio sistema de valores—, obliga al Estado y sus instituciones a renunciar a abanderar cualquier doctrina comprensiva. Lo contrario significaría el fin de la democracia moderna. Si bien son muchos quienes cuestionan, con argumentos muy convincentes, la *posibilidad* misma de una política “neutral” por parte de un Estado, subsiste hasta nuestros días la idea normativa de que dicha neutralidad es un síntoma de salud de la democracia. En todo caso, esta parte del trabajo se enfoca en “teoría ideal”, por lo cual parece suficientemente justificado el uso de estas ideas.

solo hecho de pertenecer a la raza humana, de gozar de un set de libertades, oportunidades y bienes necesarios para llevar a cabo una vida digna.²⁸

- La teoría de los derechos humanos opera al mismo tiempo como catalizador de políticas, que aseguren que los seres humanos tengan una vida digna (lo que podemos llamar el *eje de perfeccionamiento*) y, por otro lado, como barrera contra el uso faccioso o diferenciado de dichos servicios (esto es, el *eje de la equidad*).²⁹

El servicio, finalmente, debe revestirse de ciertas características mínimas que lo hagan auténtico y plenamente democrático. Es *universal* por naturaleza, si bien debemos admitir la existencia de servicios focalizados que, no obstante, no dejan nunca de buscar una *nivelación* o normalización de las clases sociales, esto es, que en última instancia persiguen un universalismo de orden más elevado; es *público*, en tanto que el disfrute de uno no afecta el disfrute de los demás; y, finalmente, debe ser *políticamente incondicionado*, es decir, que su goce no debe implicar, bajo ninguna circunstancia, un compromiso electoral o político de cualquier naturaleza de parte del ciudadano. Me parece claro que cualquier violación a estas condiciones afectan profundamente a la democracia.

Una violación al principio de universalidad introduce, es evidente, una condición de jerarquía que vulnera la radical igualdad defendida por la democracia, igualdad que es evidente, por ejemplo, en el principio de “una persona, un voto” que aplica para los derechos electorales de los ciudadanos. Hablar de publicidad del servicio es remitir el mismo al ámbito político y, como tal, eximir cualquier consideración de tipo privado, ya sea religiosa, ideológica, o de otra índole. Finalmente, la incondicionalidad en la

²⁸ Sigo aquí la definición de *bien común* que ofrece la encíclica *Gaudium Spes*, según la cual el bien común es “el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros conseguir más plena y fácilmente su propia perfección”. (GS 26, 1; cf GS 74, 1).

²⁹ Soy consciente de que, para muchos, apelar a los derechos humanos como el suelo común de la democracia —como un fundamento incuestionable de la democracia— significa una violación, precisamente, del principio de neutralidad o no-compromiso son doctrinas comprehensivas fijado por Rawls. Que los derechos humanos son un producto occidental y que implican una noción sustantiva del bien es una idea que no discutiré aquí, contentándome simplemente con decir que, si bien la neutralidad perfecta es imposible en el reino de las ideas humanas, los derechos humanos representan uno de los esfuerzos más acabados de arribar a una doctrina con carácter universal. En este sentido, no sólo no se viola el principio rawlsiano, sino que el propio Rawls reconoce en sus principios de justicia la necesidad de garantizar ciertas libertades básicas, que no pueden sino comprenderse en el marco de la tradición de los derechos humanos.

prestación del servicio inhibe la utilización de dichos servicios con un fin político. Esta característica, me parece, merece un comentario adicional.

En México, por lo general, son los programas de seguridad social los mayoritariamente utilizados con fines electorales. Sin embargo, no es raro encontrarnos con funcionarios que condicionan servicios públicos a cambio de favores electorales o, más sutilmente pero igualmente perversos, quienes modulan la aplicación del servicio público dependiendo del calendario electoral, maximizando la eficiencia de los mismos en tiempos electorales, y relajando su prestación pasado el tiempo electoral, es decir, cuando el valor del ciudadano relativo a su poder de sufragio disminuye. Esta maniobra es igualmente perversa y despreciable, pues contamina y desvirtúa el sentido original del servicio, convirtiéndolo, como hemos dicho, en herramienta estratégica, en mercancía intercambiable, en monedas de plata con que se compra la pureza de la democracia.

III. Nos resta, finalmente, reflexionar sobre la importancia de los servicios públicos en el marco general de la dignidad humana. Antes de entrar en materia, me parece prudente hacer una brevísima reformulación de lo hasta ahora dicho.

Al introducir los conceptos de perfectibilidad y equidad quisimos trazar dos grandes ejes, que nos permitieran dimensionar la importancia de los servicios públicos como elementos básicos en la construcción de toda democracia. Igualmente, introdujimos el concepto de los seres humanos como fines en sí mismos, como condición sin la cual es imposible adentrarnos en una reflexión humanista de pleno derecho. Nuestra concepción de los servicios públicos reconoció las ideas de representación y del poder como lugar vacío, como elementos por medio de los cuales es posible dimensionar los servicios públicos, dentro del marco de las democracias occidentales contemporáneas, caracterizadas por la instrumentación de un espacio simbólico en el cual el funcionario pierde rostro y el servicio en cuanto tal adquiere primacía. Finalmente, definimos la universalidad, la publicidad y la no-condicionalidad como elementos distintivos de la prestación de servicios en sociedades democráticas. Nos resta, pues, la pregunta por la relación entre servicios públicos y el desarrollo humano, a la que me abocaré a continuación.

“Desarrollo”, como es bien sabido, se distingue claramente de “crecimiento”. La idea del crecimiento hace abstracción del ser humano, para

enfocarse a las unidades económicas macro. Ambos elementos, economía y visión macro son, a mi parecer, característicos del crecimiento visto a la luz de su distinción respecto del “desarrollo”. En cambio, cuando hablamos de desarrollo hacemos centro en el ser humano, en la persona, de forma tal que la senda del desarrollo puede no coincidir con aquella del crecimiento. El desarrollo se nutre y asciende a partir de una visión humanista robusta, mientras que el crecimiento puede perfectamente aceptar incrementos en utilidades, competitividades y stocks al precio, por ejemplo, de un ensanchamiento de la brecha entre ricos y pobres, de una multiplicación de aquéllos que subsisten con algo más que un dólar al día, etcétera.

En el *Informe sobre desarrollo humano 2013*, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), establece que “la población pobre no sufre sólo la falta de ingresos. La pobreza tiene múltiples dimensiones, que incluyen déficits en salud y educación, entre otros”.³⁰ Más aún, dice el Informe, “la inversión en las capacidades de las personas (a través de servicios de salud y educación y servicios públicos de otro tipo), no es un apéndice del proceso de crecimiento, sino más bien una parte integral del mismo”.³¹

En el caso particular de nuestro país, el Informe lo coloca en el sitio sesenta y uno de la clasificación (de un total de 189 países estudiados), en el grupo de países con desarrollo humano alto, con un valor de 0.775 sobre 1. Relativo a América Latina, nuestro país se encuentra por debajo de países como Panamá, Cuba, Uruguay, Argentina y Chile, y por encima de Venezuela, Perú, Brasil, Belice y El Salvador, entre otros. Haití es el país latinoamericano con más bajo índice, 0.456, en el lugar 161. Chile, por su parte, es el país latinoamericano mejor colocado en la clasificación, en el lugar cuarenta de la tabla, dentro de los países con desarrollo humano muy alto, y con un índice de 0.819.³²

³⁰ PNUD, *Informe sobre desarrollo humano. El ascenso del sur: progreso humano en un mundo diverso*, Nueva York, PNUD, 2013, p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 4.

³² El promedio mundial del índice (IDH) es de 0.694; la esperanza de vida es de 70.1, años promedio de escolaridad 7.5; años esperados de escolaridad 11.6; ingreso nacional bruto (INB) per cápita de 10,184; y el IDH no referido a ingresos es de 0.690. En México estos resultados fueron, respectivamente, 0.775, 77.1, 8.5, 13.7, 12.947 y 0.805.

Revisemos ahora, brevemente, los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*³³ fijados por el PNUD. Los ocho objetivos, a saber: (i) erradicar la pobreza extrema y el hambre; (ii) lograr la enseñanza primaria universal; (iii) promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer; (iv) reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años; (v) mejorar la salud materna; (vi) combatir el VIH, la malaria y otras enfermedades; (vii) garantizar la sustentabilidad del medio ambiente; y (viii) fomentar una alianza mundial para el desarrollo. Estos objetivos muestran claramente el ideal humanista mundial que guía las acciones de desarrollo en el mundo entero. Traslucen, asimismo, los ideales de perfectibilidad, equidad y persona como fin en sí mismo que nos fijamos como elementos rectores en esta charla. Cada uno de estos objetivos pretende eliminar un obstáculo, limpiar el camino por el que los seres humanos son capaces de elevarse por encima, de una condición de miseria y perseguir unos fines y un grado de perfeccionamiento fijado libremente y con la única restricción, como hemos dicho, de considerar la propia libertad dentro de un sistema general de libertad humana.

La pobreza, el hambre y la ignorancia son los grandes enemigos del potencial humano y su interrelación es abrumadora: el pobre no come ni se educa adecuadamente. Esto es, que cuando la existencia muta en supervivencia, cuando el goce de la vida se ahoga en el mar inmenso de la lucha por conseguir salir al paso, día a día, ahí no hay espacio para el desarrollo, para el cultivo de las cualidades humanas elevadas. Ahí, en el desierto de la hambruna y la ignorancia, sólo hay espacio para la inmediatez de las necesidades naturales, del instinto, es decir, la animalidad más plana.

Es aquí donde la pregunta por los servicios públicos cobra importancia y relevancia. Los servicios públicos emergen de su conceptualización puramente positiva —tal como la encontramos en la redacción del artículo 115 de la Constitución mexicana— y revelan su carácter humanista, como elementos indispensables para una existencia digna. Es aquí donde los objetivos planetarios de desarrollo humano recogen a los servicios públicos,

³³ El 13 de septiembre de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Declaración del Milenio*, que debía servir de columna vertebral a los esfuerzos encaminados a lograr la paz mundial, el desarrollo y la erradicación de la pobreza, la protección del entorno, fomentar los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno, la protección de personas vulnerables, el cuidado particular de África y el fortalecimiento de las Naciones Unidas. En dicho documento, se fijaron como principios rectores los de libertad, igualdad, tolerancia, respeto de la naturaleza y responsabilidad común. A/RES/55/2, aprobada el en quincuagésimo quinto periodo de sesiones por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2000. En <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

como parte de la infraestructura necesaria para la vida digna, plenamente realizada. Aquí comprendemos la profundidad de efecto que algo como un servicio eficiente de drenaje puede tener en el desarrollo de las personas, al crear lugares públicos higiénicos, funcionales y, no menos importante, agradables estéticamente. Bajo esta perspectiva se comprende ya, en toda su amplitud, la relevancia de contar con parques, mercados y panteones limpios, funcionales y estéticos. No sólo por su función inmediata —es decir, la recreación, el comercio y la disposición de los muertos, respectivamente—, sino por ulterior contribución al desarrollo de la civilización.

Otro aspecto fundamental de los servicios públicos es que ellos aparecen como lugar de oposición a la lógica individualista. Vimos anteriormente que, para el pensamiento antiguo y, particularmente, griego, el individuo como tal no existe. Lo que existe es el ciudadano, el hombre que pertenece a una comunidad, que de ella toma su cosmovisión y que a ella se debe. La importancia del espacio público, del *Ágora*, es evidente; en ella se congrega la ciudad, en ella respira la *polis*. Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿qué sucede en las sociedades modernas, caracterizadas por la separación de las esferas pública y privada? ¿Qué valor conservan, si acaso alguno, los espacios públicos una vez que hemos constatado la victoria posmoderna del culto a lo privado? Precisamente, insistimos, el espacio público aparece como lugar que resiste la lógica individualista de las sociedades contemporáneas. El parque público y el mercado recuerdan, una y otra vez, al ser humano su condición social, la inescapable necesidad de los hombres de confluír, interactuar, comunicarse y construir juntos la comunidad. En los panteones confluyen las doctrinas metafísicas de los seres humanos, así como la universal pregunta por la finitud humana. El acondicionamiento, cuidado y promoción de estos espacios implica, a su vez, la promoción del espíritu comunitario de las personas. Frente a los clubes y deportivos privados que no hacen sino multiplicar, una y otra vez, la misma lógica aristocrática de las clases acomodadas —es decir, la separación entre *nosotros* y *ellos* operada en el grosero nivel del *estatus*—, el parque se yergue como sitio democrático, nivelador, donde los seres humanos pueden convivir como iguales.

Me permitiré hacer un comentario final, buscando hilar los varios elementos que me he permitido exponer en este espacio. Creo que podemos hacer lo anterior a través de la siguiente idea: *los servicios públicos presentan una interrelación dual con la idea de desarrollo humano; primero, comprendiendo el desarrollo desde una perspectiva pragmática, los servicios públicos son elementos indispensables de la infraestructura necesaria*

para el pleno despliegue de las potencialidades humanas; segundo, desde una perspectiva humanista, los servicios públicos funcionan en las democracias modernas como frenos al impulso individualista, así como propulsores de ciudadanía, civismo y participación comunitaria.

Quienquiera que desempeña una función pública dentro de los aparatos administrativos del gobierno, puede comprender los servicios públicos ya como una obligación marcada constitucionalmente que puede incluso, en el más cínico de los casos, conjuntarse estratégicamente en los esfuerzos por hacerse apoyo electoral aprovechándose de las necesidades de los ciudadanos, o bien, como un elemento civilizador, socializador y promotor del desarrollo humano, entendido desde una perspectiva más bien humanista y metafísica, es decir, desde la peculiar visión kantiana de que cada niño, cada mujer, cada anciano, cada ser humano que respira en nuestro planeta es un fin en sí mismo, un proyecto precioso que hay que defender incluso cuando sus potencialidades terminen orientándose hacia costas que no sean las nuestras, un pergamino descifrable únicamente por cada uno de nosotros. El gran objetivo, desde mi perspectiva, es la alineación de los diversos esfuerzos humanos por lograr, en lo metafísico, un humanismo de pleno derecho,³⁴ en lo moral, el respeto universal a los derechos humanos, y en lo político, una democracia sólida.³⁵ Estas ideas son los pilares: los servicios públicos son el piso sobre el que se erige este ideal.

Muchas gracias

³⁴ El problema del humanismo es una de las grandes tareas de nuestra generación. Esta tarea no puede siquiera comenzar si no contamos con una antropología filosófica sólida. Buber es particularmente sensible de esta situación: "Como se desprende de la conocida carta de 1793 [Kant] fue el primero que vio en la respuesta a la cuarta pregunta [¿qué es el hombre?] una tarea que se propuso a sí mismo y cuya solución seguiría a las tres primeras cuestiones [¿qué puedo conocer?, ¿qué debo hacer?, ¿qué puedo esperar?]; realmente no se dio a ella, pero la planteó con tal claridad y urgencia que las generaciones siguientes no lo han podido olvidar, y la nuestra parece, finalmente, dispuesta a resolverla". Buber, M., *¿Qué es el hombre?* México, FCE, 1990, p. 40.

³⁵ Comparto plenamente la hermosa visión de Robert Michels sobre la democracia: "La democracia es un tesoro que nadie descubrirá jamás por la búsqueda deliberada; pero si continuamos nuestra búsqueda, al trabajar infatigablemente para descubrir lo indescubrible, realizaremos una obra que tendrá fértiles resultados en el sentido democrático. Ver MICHELS, R., *Los partidos políticos*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.

¿QUÉ ES UN DERECHO HUMANO?¹

Leopoldo BURRUEL HUERTA²

SUMARIO: I. De la nueva humanidad. II. De la desigualdad. III. De la igualdad. IV. De la igualdad en los Tratados Internacionales. V. De la igualdad a la definición de los Derechos Humanos.

I. DE LA NUEVA HUMANIDAD

Ya todo el mundo, no sólo los abogados, habla de derechos humanos. Pero en mi época de capacitación como abogado, sólo los afirmaban los extremistas religiosos, del culto del derecho natural. Eran motivo de burla. Eran poesía jurídica, nada más.

La globalización, como una nube, llovió y con su precipitación inundó las mentes para ablandar a los seres humanos e igualarnos. Las naciones no siguieron aisladas. Tras el holocausto y las valientes voces que lo exhibieron y condenaron, surge una aspiración para evitar que vuelva a ocurrir. Aún así, el *apartheid* y el racismo norteamericano, la explotación de los pueblos indígenas, el genocidio racial, la esclavitud y la denigración de las mujeres y los niños provocaban sólo reprobación aislada. Parecía que la iniquidad regía y la humanidad había llegado a lo peor de su historia.

Hasta que dejaron de ser locales las tragedias, para volverse globales y en aras del comercio internacional, fue una condicionante para tener relaciones, primero diplomáticas y luego mercantiles, y así abolir a las iniquidades.

¹ Partes de este texto son tomados de mi libro *Principios Constitucionales*, pero agrupados para darle otro sentido al análisis y así proponer algunas características de los derechos humanos.

² Egresado de la Escuela Libre de Derecho, maestro por la Universidad Francisco de Vitoria, autor de los libros *Responsabilidad del Estado y sus Agentes* y *Principios Constitucionales* ambos editados por Porrúa.

Cayeron sistemas de gobierno, dieron inicio movimientos de derechos humanos para generar ideas, condenar las actitudes de los Estados y señalar las violaciones generalizadas. Fue imperceptible cómo esas ideas se fueron filtrando en las voluntades de los gobiernos.

En donde antes había una complicidad basada en el no intervencionismo, práctica defendida por abogados que sostenían que el Derecho Internacional no existía, pues no podría ser ejecutado con uso de la fuerza, en respeto a las soberanías estatales, la opinión pública, dueña de los votos empezó a condenar.

El Estado había sido antes una entidad superior a los individuos, pero a partir de ese momento, si algún político opinaba que el *apartheid* era un sistema que había que respetarse por tratarse de un régimen interno, ese político no sería electo jamás. Las naciones aislaron a las que no respetaban los derechos humanos.³

Así surge un nuevo movimiento que ahora es una aspiración global. Los derechos humanos efectivos, con sanción efectiva internacional. La legislación nacional ahora ya no es excusa para no respetar a los derechos humanos. Si un órgano internacional condena, ahora debe cumplirse su sentencia.

Lo nuevo es entonces dejar a un lado la legislación interna, para basarse en abstracciones genéricas pero evidentes, en elementos de la dignidad humana que determinan al ser humano, como merecedor de derechos humanos.

Que haya gobierno sin que pueda empoderarse para violar derechos humanos por las ataduras de la Ley, es una legítima aspiración al concepto de Justicia, el cual es en extremo difícil de lograr si se pretende maniarla a una norma general.

No quiere decir que la Ley ya no existirá, sino que tan sólo será un instrumento en un futuro incierto en el que la Justicia, por fin, podrá ser un propósito.

Pero esta noble aspiración ha creado una enorme confusión. En aras de un derecho humano, se pueden invocar las más grandes contradicciones.

³ Ejemplos claros son Sudáfrica y Cuba.

II. DE LA DESIGUALDAD

Ya lo decía Justiniano, la principal división del derecho de las personas es ésta: que todos los hombres son, o libres o esclavos.

Pero la esclavitud no es la única desigualdad. Es la más evidente. Pero siempre nos hemos empeñado los seres humanos en hacernos diferentes, pero diferentes sobre otros. Para aislarnos o para segregarnos. La desigualdad es una cuestión de poder y de autoafirmación. De poder negarle a otro la condición de tener los mismos derechos.

El uso del concepto de derecho humano surge en la revolución francesa, para eliminar la distinción de sangre entre monarcas y la aristocracia con el resto de los individuos. Los últimos Luises habían justificado el absolutismo en un supuesto designio divino que justificaba la desigualdad. De ahí claramente la expresión de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que dice:

Artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Esa aclaración de la gran frase que dice: “en derechos”, viene a ser un prurito que encubre una contienda de discriminación que aún permanecía.

La declaración de independencia norteamericana había ido más allá en 1776:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...

La igualdad humana afirma esta declaración, proviene por los derechos que dota el mismo Creador común.⁴

⁴ Un ejemplo de que los derechos humanos son ligados a Dios, pues vinculan la dignidad humana a la divinidad, es el jurista Jesús González Pérez, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid quien dice en su artículo PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA que: “Existen derechos que son inherentes a la persona, a la condición humana. Todo hombre, en cuanto hombre, desde que nace participa de la dignidad de la persona. Todo hombre, por el hecho de serlo, tiene una categoría superior a la de cualquier otro ser, una dignidad que no puede serle arrebatada; es titular de unos derechos inalienables inherentes a su

Pero todos sabemos que la igualdad imaginada por Thomas Jefferson, autor de dicho documento extraordinario, derivaba directamente de las lecturas y entendimiento de John Locke y el Barón Louis de Secondat (Montesquieu), era una cuestión de aspiración de la sociedad, era una verdad evidente, pero no una realidad evidente.

La igualdad en Estados Unidos, ha tenido que ser aclarada en varias ocasiones. La referencia al creador era innecesaria y sí trajo consecuencias conceptuales, pues no todos creen en un Creador y no todos consideran que es el mismo creador el de todos y los luses claramente basados en el Creador se autoproclamaban reyes.

Sin embargo, tal declaración es reveladora al mencionar la inalienabilidad de los derechos derivados de dicha igualdad, y establecer que el gobierno emana de la elección libre de los gobernados.

El problema del final del siglo XX contra las concepciones religiosas es que produce desigualdad. Al saberse de las diferencias en las creencias o no creencias religiosas, el derecho a la igualdad, tiene que vincularse con el derecho a la diferencia para seguir siendo iguales. De tal manera que la tolerancia es ahora una idea elemental para la mínima comunicación y convivencia.

Por ello las ideas en materia de derechos humanos, para poder ser compartidas, deben en su lenguaje carecer de toda connotación religiosa o anti-religiosa. De otra manera, se puede presumir la falsedad en la idea. Si algo es verdadero en tu concepción, no lo será en una concepción diferente, de ahí lo falso. La generalidad en las expresiones tiene que ser tal, que quepa en toda concepción, sin acercarse a un dogma.

Por lo tanto, derechos humanos, es una expresión que ha sido globalmente aceptada, pues todos entienden el concepto de derecho y el de humano. Todos somos humanos iguales, pero aclaró George Orwell en 1945, en su novela (unos dicen satírica, yo digo filosófica) "*Animal Farm*" en una sola frase la realidad de la primera mitad del siglo XX.

Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros.

dignidad. Existen, no porque así lo hayan declarado los votos mayoritarios de los representantes de los Estados en un organismo internacional, o de los miembros de un Parlamento, o de los congresistas de un partido político. Si todo hombre es persona porque así ha sido hecho, el fundamento de la categoría humana no puede ser el hombre mismo, sino un ser superior a todo hombre y capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Es el mismo Dios. No puede olvidarse el origen divino de la dignidad humana. Sólo así se garantizará el debido respeto a ella."

Y esa era la realidad de los derechos humanos. Mucha Filosofía y poca realidad. Esto perduró, creo yo, hasta que Nelson Mandela pudo terminar con el régimen de *Apartheid* con éxito y lo hizo solamente con la empatía del resto de las naciones. El argumento era el mismo: Todos somos iguales.

Algunos sospecharon que ese era el método idóneo para fortalecer al movimiento de los derechos humanos. Y lo han estado logrando a través de la Organización de las Naciones Unidas y las uniones económicas mundiales. Los derechos humanos eran impensables, pues si bien era clara su belleza, no era más que un sueño, una ilusión. Pero al ligarse su exigencia a las relaciones comerciales, se ha podido avanzar.

Específicamente en las naciones como México, los derechos de los seres humanos estaban disminuidos a garantías individuales y éstas sometidas a criterios de la Suprema Corte de Justicia. Las garantías son redactadas como concesión del estado, sin que reconocieran la condición digna del ser humano.

Esta dignidad es un concepto novedoso, pues si bien el honor es algo permanente, la condición del ser humano merecedor de derechos por sí sólo e igual a los demás, es muy reciente. Difícilmente la encontraremos en Roma, pues la esclavitud era razonada y normada (como citamos). Es imposible pensar en la igualdad en sociedades estructuradas, en las que no exista la libertad en forma permanente para proteger al desamparado, quien no tiene una situación de igualdad frente a los demás.

Las siete partidas de Alfonso X el sabio, claramente dividían a la sociedad y marcaban la desigualdad desde lo divino. Igualmente sostenía que los reyes tenían un designio divino y hasta los llamaba vicarios de Dios:

Ley 5: Vicarios de Dios son los reyes de cada uno en su reino, puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia y en verdad en cuanto a lo temporal, bien así como el emperador en su imperio.

Y las partidas además regulan a los caballeros, al vasallaje, a los hidalgos, a los siervos, moros y judíos, haciendo claro que no todos los hombres eran iguales.

Pero la obra de las siete partidas de Alfonso X, nos abre el camino para saber que la dignidad estaba en la conciencia de la sociedad, pues dice en la Cuarta Partida, Título Primero, de la servidumbre, lo siguiente:

Servidumbre es la más vil y la más despreciada cosa que entre los hombres puede ser, porque el hombre, que es la más noble y libre criatura entre todas las otras criaturas que Dios hizo, se torna por ella en poder de otro, de manera que pueden hacer de él lo que quisieren, vivo o muerto, y tan despreciada cosa es esta servidumbre que el que en ella cae, no tan solamente pierde poder de no hacer de lo suyo lo que quisiese, más aún de su persona misma no es poderoso sino en cuanto le manda su señor.

Pero aún así, dicha obra la permitía y aún, la regulaba. Es claro entonces que eso de la igualdad, la libertad y la dignidad no era cosa del momento y siempre ha costado mucho trabajo.

Durante un tiempo la desigualdad tuvo fundamento jurídico y religioso, por las bulas papales obligatorias en los Reinos Católicos. El Papa Nicolás V emitió la Bula *Dum Diversas* en 1452, por la que le permitía a Portugal el sometimiento a la esclavitud hereditaria a todo infiel, y dado que los infieles que pudieron ser sometidos fueron los nativos de África, inició una gran peste que permaneció por siglos en la mente de los seres humanos.

Pío II, escribiendo en 1462 a un obispo misionero que partió a Guinea, calificó de "crimen enorme", *magnum scelus* el tráfico de esclavos.⁵ Pero aún permaneció la práctica a pesar que fue contradicha en 1537, por el Papa Pablo III quien en su Bula *Sublimis Deus*, ordenó:

...determinamos y declaramos por las presentes letras que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor.

Aunque como la Bula no se refirió a la liberación de los esclavos ya sometidos, ni a sus herederos, ni a los esclavos africanos específicamente, dada esa laguna, perduró la tragedia.

Problemas para definir los derechos humanos

Desde la Independencia Norteamericana y la Revolución Francesa, los Estados, como dijimos, no por bondad, sino para su conservación y propia

⁵ Citado por Juan Pablo II en la Isla de Gorea el 2 de febrero de 1992; pero hay quien sostiene que solamente se refirió a los esclavos conversos, los que debían ser protegidos, pues utilizó la palabra "neófitos" para calificarlos.

conveniencia han avanzado en la aceptación de la dignidad humana. Han creado una enorme lista de tratados que hablan de derechos humanos. Tanto ha sido el material, que en el año 1993 la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, pide a la propia Organización de las Naciones Unidas, que se detenga en tanta regulación. Así dice en la Declaración:

6. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reconociendo la necesidad de mantener un marco normativo, acorde con la elevada calidad de las normas internacionales vigentes y de evitar la proliferación de instrumentos de derechos humanos, reafirma las directrices relativas a la elaboración de nuevos instrumentos internacionales que figuran en la resolución 41/120 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 1986 y pide a los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas que, cuando consideren la posibilidad de elaborar nuevas normas internacionales, tomen en cuenta dichas directrices, consulten con los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, acerca de la necesidad de elaborar nuevas normas y pidan a la Secretaría que haga un examen técnico de los nuevos instrumentos propuestos.

Esta queja es tan solo en las regulaciones de la ONU. En materia de doctrina, el río ha sido más grande, todos, como yo ahora, opinamos. Incluso hay autores que se quejan del título de derechos humanos, como el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Máximo Pacheco que dice:

A lo largo de la historia han existido diversas expresiones para referirse a esa realidad que denominamos "derechos humanos", como ser: derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, etc. De todas ellas la expresión que me parece más adecuada es la de "derechos fundamentales de la persona humana". Con ello deseo manifestar que toda persona humana posee derechos por el hecho de serlo y estos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado, sin ninguna discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero, al mismo tiempo, quiero destacar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se encuentran vinculados con la idea de dignidad de la persona humana.⁶

Pero esto no nos ayuda para reconocer y distinguir a los derechos humanos de otros derechos, y en cambio si establece como referencia que los derechos humanos tienen un fundamentalismo, y es que son pilares de

⁶ PACHECO GÓMEZ, Máximo, *Liber Amicorum*, tomo I, p. 45.

la concepción del ser humano. De tal manera que no todos los derechos serán derechos humanos y que los nombrados así, tendrán un valor sobre los otros.

Tal fundamentalismo, ha permitido que Alonso Gómez-Robledo le haya negado, incluso al derecho de la propiedad, el carácter de derecho humano, al decir:

...si bien las prerrogativas "abrigadas y encubiertas" por el Derecho, son constitutivas de derechos, no quiere esto decir, que todos ellos puedan ser calificados como "derechos humanos". Es por ello, como dice el profesor de Toulouse, Jacques Mourgeon, que se puede "excluir" el derecho de propiedad del ámbito de los derechos humanos, ya que, a pesar de afirmaciones contrarias, no está probado, ni demostrado, que la propiedad privada sea consubstancial a la persona, o esencial a su existencia.

Y de ahí determina que los derechos humanos tienen dos connotaciones, la de la naturalidad de los derechos humanos, por ser inherentes y poseídos por ser humano y la de la relatividad "a todas sus condiciones de existencia, considerados así como vitales" que llamaremos adquiridos. Y concluye:

De esta suerte los derechos humanos se vuelven no sólo indeterminables en lo abstracto y por lo tanto "infinitos", sino también de una tal ampliación que permite, en el campo real, las más grandes y múltiples variaciones. La expresión "derechos humanos" es una expresión de tal vaguedad, que toda definición propuesta no es satisfactoria.

Este jurista además alcanza a distinguir con precisa claridad a los derechos sociales de los derechos humanos, e incluso ilumina que existe una contradicción entre ellos, al exponer:

La experiencia histórica demuestra que en la medida que los derechos sociales aumentan, las libertades individuales disminuyen, hasta límites extremos de regímenes como el de la Ex-Unión Soviética, en donde el ensayo de realizar los derechos sociales, coincidió con la más grande supresión de los derechos individuales. Por todo lo anterior, la conclusión del profesor Norberto Bobbio, es que el problema de fondo en el campo de los derechos humanos, es, hoy por hoy, no tanto el problema

de su *justificación*, sino más bien el de su *protección*, hay, en otras palabras, un desplazamiento de un problema filosófico a un problema pragmático".⁷

Ciertamente que entre los derechos sociales, políticos y otros derechos colectivos existe una diferencia, pero lo es desde el punto de vista del origen. Pues en los derechos sociales o políticos, el origen siempre lo será algo ajeno al propio ser humano individual, como lo son las legislaciones o las sociedades conforme a su evolución; sin embargo, no creo que exista una contradicción, como la plantea el autor. Existe un desplazamiento entre ellos por las prioridades.

En los derechos sociales como los plantea el autor, sucedía algo como esto: A todos les doy el derecho a la vivienda, por lo tanto, tú ser humano no tendrás la tuya en propiedad. Otro ejemplo: debemos protegernos todos, por ello no tienes derecho a defenderte o a un juicio justo. En aras de la seguridad no tienes derecho a la privacidad o a desplazarte. El todo vale más que una parte. Esto no es así, como podemos verlo hoy. Los derechos sociales pueden construirse de la suma de los derechos, de los derechos humanos de cada individuo. Un derecho social deviene de un mandato general, que crea para cada uno un derecho propio.

De las diferencias entre las diferentes concepciones de derechos humanos y de la propuesta de que todos coinciden por el derecho humano a la igualdad.

Como vimos, existe una gran tendencia para separar a los derechos humanos en clases. Incluso existe una separación entre derechos de primera generación y de segundas o ulteriores generaciones. Unos son los derechos inherentes del ser humano y otros son relativos, avanzados, adquiridos, adicionalmente a los derechos humanos inherentes. Todos los derechos humanos son fundamentales y son distintos de los derechos sociales, son naturales o inherentes (propios del ser humano) y relativos o adquiridos (a cada sociedad).

Antonio Fernández-Galiano nos da otra pista sobre qué significa que sean naturales al ser humano:

⁷ GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso, "Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez", en *Derecho Internacional Consuetudinario*, V, Liber Amicorum, Tomo II, p. 787.

Los derechos humanos existen y los posee el sujeto, independientemente que se reconozcan o no por el Derecho positivo.⁸

Igualmente sobre la misma inherencia de los derechos humanos, Antonio Truyol y Serra dice:

Decir que hay 'derechos humanos' o 'derechos del hombre' en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.⁹

Y sobre la relatividad de otros derechos humanos (adquiridos), nos explica Eusebio Fernández lo siguiente:

La variabilidad histórica es bastante cierta en el caso de los derechos cívico-políticos, y en los derechos económico-sociales y culturales; pero, ¿lo es igual en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral? En este último caso creo que nos encontramos ante un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices. La segunda precisión se refiere a la consideración de los derechos humanos como satisfacción de necesidades humanas. Los derechos fundamentales concebidos así, como exigencias basadas en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad, pero también como derechos, es decir, valores integrados en normas jurídicas, ¿deben reconocer y garantizar todo tipo de necesidades?, ¿es esto posible y cómo sería posible?, Y quién define a los derechos del hombre, cómo los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho; derecho igual obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos y derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social.

De tal manera si podemos distinguir entre los derechos humanos inherentes o propios del ser humano, de aquellos que no siéndolo, también son

⁸ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Liber Amicorum. Tomo I. p. 150.

⁹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Estudio Preliminar a los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, p. 11.

fundamentales y que tienen la relevancia para llamarse derechos humanos. La relatividad de los derechos humanos, adquiridos, o no inherentes, depende de la sociedad en la que coexiste y convive determinado ser humano. Pero también tiene un fundamentalismo indispensable.¹⁰ Los derechos humanos bien por ser inherentes (pensemos en la vida misma), o por ser adquiridos (pensemos en el derecho a la información), tienen algo común entre sí y es que son fundamentales, repito, no importando el origen del derecho.

Tanto los inherentes como los adquiridos, surgen de la igualdad. Pues los desarrollados en una determinada sociedad o grupo, si uno tiene un derecho, lo deben tener todos dentro de ese grupo, de lo contrario no hay igualdad. De ahí creo yo que surge el vínculo por el cual son fundamentales todos los derechos humanos adquiridos. Puesto que es un derecho humano inherente, ser iguales.

Así que podemos separar y juntar. Separamos a los derechos humanos de los sociales, aunque estos derechos sociales crean derechos humanos individuales. Los derechos humanos son, o inherentes o adquiridos. Pero ambos son fundamentales. Es por ello que la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos logró la siguiente redacción respecto a los derechos humanos relativos o adquiridos, que se une directamente con la circunstancia social de cada nación y por ello al desarrollo:

Declaración y programa de acción de viena

8. La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida.

En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional, debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero.

10. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos

¹⁰ FERNÁNDEZ, Eusebio, "Los derechos fundamentales del hombre", *Anuario de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 1981, pp. 94 y 95.

fundamentales. Como se dice en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la persona humana es el sujeto central del desarrollo. El desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Así tendremos derechos humanos adquiridos, que están claramente vinculados al desarrollo. Pero son derechos humanos porque pueden ser proporcionados en un mínimo de igualdad. No existe como hemos sostenido el derecho humano a la propiedad o a votar, en forma inherente, como si lo es el derecho humano a la vida, a la justicia, a la educación, a la protección del niño, y especialmente a la igualdad, que son inherentes, pues el desarrollo nada tiene que ver con dichos derechos, sino que si existe un Estado, para su existencia como tal, como Estado, debe proporcionar estos mínimos de derechos.

Pero los derechos humanos relativos o adquiridos sí están estrechamente vinculados al desarrollo. De tal manera que tengo el derecho al voto, en tanto el resto de mis conciudadanos lo tienen. Porque tengo el derecho humano a la igualdad, tengo el derecho a votar.

Cualquier posición de superioridad en que se coloca un ser humano para hacerse desigual a otro y recibir algo sin derecho, es discriminatorio y es violatorio de la igualdad. Por eso la corrupción viola derechos humanos, los corroe, los aniquila. Discrimina y desiguala al ser humano. En virtud de la corrupción un ser humano recibe o hace algo a lo que no tiene derecho, deroga la ley de facto y es privilegiado indebidamente. Por la igualdad debe combatirse la descomposición legal.

Por eso afirmamos que los derechos humanos adquiridos (o relativos como los llaman los tratadistas), parten del desarrollo y son derechos humanos basados en el derecho a la igualdad, como evidencia y como derecho humano.

III. DE LA IGUALDAD

La igualdad, es un hecho, y es un hecho biológico. De ahí el derecho a ser tratado igual y la procuración para las desigualdades suscitadas por hechos, por las circunstancias sociales, por accidente, enfermedad, o voluntad del ser humano, tienen que ser equilibradas. Del hecho biológico que es evidente, deriva la condición evidente de la igualdad en dignidad, como merecedor de iguales derechos.

Esta circunstancia de igualdad, devienen el resto de los razonamientos de los que surgen los derechos humanos. De la igualdad deriva la libertad. Pues para ser iguales, se debe ser libre, se deben tener las mismas posibilidades de elección, las mismas oportunidades. Para ser igual, nadie debe ser privado de su voluntad sino en las mismas circunstancias que todos los seres humanos, por las mismas autoridades y por los mismos actos. Para ser igual, debo poder votar en las mismas circunstancias. De la igualdad deviene la dignidad, como que todos tienen el merecimiento de recibir derechos o igualarse para recibirlos.

Esto no es una cuestión de ideología. Es una cuestión evidente, que inició cuando cesó la distinción entre patricios y plebeyos, aristócratas y súbditos, nobles y vasallos, blancos e indígenas, amos y esclavos. Aunque esto realmente es algo reciente; pues surge tan sólo del siglo XX en su concepto, pero aún es irreal en algunas naciones en el siglo XXI, en los que todavía existe la esclavitud.

Es algo difícil entender el derecho a la igualdad cuando al mirar a cualquier otro, vemos que no es igual en apariencia y es muy difícil andar analizando la esencia en toda persona que se nos tope. Pero además, como un comportamiento normal del ser humano, se desea no ser igual, desea distinguirse.

Para este tema debemos regresar al concepto elemental del ser humano. Como ente biológico. En su naturaleza no existe nada que lo haga superior al otro. No encontraremos seres alfa o beta, superiores o inferiores en su condición biológica. Alguno tendrá mejores facultades, pero sobre lo mismo. No hay seres humanos con cuatro brazos, con seis piernas, dos cerebros o con una percepción extrasensorial verdadera. Eso quisieran, pero no es verdad. Tal vez ahí encontraríamos una distinción. Pero ni aún así encontraremos motivo para que el ser humano que tenga tres manos, tenga mayores derechos.

Tampoco existe un verdadero motivo para que un ser humano que tenga biológicamente algo menos, por nacimiento o por padecimiento, también reciba menos que otro ser humano. Pues su condición biológica sigue siendo la misma: Ser Humano.

De ahí que la dignidad, como un centro de imputación de derechos y obligaciones, como acreedor ante los otros, es el mismo. Un ser humano, tiene la posibilidad de recibir lo mismo que el otro. No existen condiciones preconcebidas para que reciba menos o más.

De tal manera que la condición biológica es igual, pero no es así el resto de las condiciones en la sociedad. La distinción por sexo es la más elemental. La condición de mujer ha sido históricamente vulnerable, primero por la debilidad con la que se les preconice en su estructura física, que es probado que no es realidad sino en los extremos. Pero son iguales. Hombre y Mujer, son del mismo género humano. Tienen la misma dignidad, pues.

Pero para que esa igualdad sea verdadera, la igualdad en dignidad, la ley tiene que equilibrar las circunstancias físicas y sociales. Por eso, por ejemplo, debe proteger a la mujer. De tal manera que equilibrando las cuestiones sociales, las oportunidades, la extracción de la vulnerabilidad natural, exigiendo su respeto, podrá ser igual.

Esto ocurre con todo ser humano desprotegido. Así para que seamos iguales, la Constitución Mexicana protege a la mujer, al niño, al trabajador, al indígena, al pequeño propietario, al ejidatario, a los discapacitados y a los ancianos.

El propósito de reconocer el derecho humano a la igualdad, tratándolo desigual, es colocar al ser humano en una situación en la que su dignidad tenga pleno ejercicio, al igual que cualquier otro ser humano.

La igualdad es la madre de los razonamientos más sofisticados del derecho, como la proporcionalidad de los impuestos. Para ser igual deben pagar más impuestos los que más tienen, en mayor porcentaje, pues así nuestras necesidades primarias son solucionadas y los gastos públicos pueden ser cubiertos. Más porcentaje se cobra a quien gane más dinero para que más contribuya, pues sus necesidades primarias están ya cubiertas. Así contribuye con el mismo esfuerzo el que gana más, que el que gana menos.

Incluso en los Juicios por daños en Norteamérica, en los conocidos *Torts*, las grandes cuantías que se imponen como pago a las víctimas de las grandes empresas, tienen el propósito de igualar el dolor que provocaron. A mi me dolió una pierna, para que a ti te duela en la misma proporción, debe ser una cantidad alta. Pero no es la igualdad, el ojo por ojo, sino el equilibrio tanto en los derechos como en el sufrimiento.

IV. DE LA IGUALDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Analicemos las fuentes de los tratados internacionales, para ver su trascendencia.

Declaración y Carta Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo: 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.

Y el artículo 1 dice:

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.

A continuación todos los artículos inician con la palabra "Todos" o "Nadie" haciendo clara la universalidad y destacando con ello la igualdad entre todos los miembros de la familia humana.

Por su parte, en forma de reafirmación, la Declaración y Carta Interamericana de los derechos del hombre, dice:

Considerando: Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre, no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

Preámbulo: 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. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

De tal manera, conforme a lo citado, que es la igualdad una determinante para definir los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José, Costa Rica, dice:

Preámbulo: Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos;

CAPÍTULO I. ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a)...
- b)...
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De tal manera que podemos reafirmar que, a pesar de que el lenguaje cambia de tratado a tratado, conserva este pacto de San José a la igualdad en la forma de no discriminación. Sin embargo, la coloca como un derecho político, lo cual no es más que una cuestión de técnica de redacción.

La igualdad es un presupuesto, no una consecuencia o gracia de un régimen político. Debe tratarse como una evidencia. Así lo trata adelante:

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

CAPÍTULO III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Pero considero que la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la redacción de este último capítulo sobre desarrollo progresivo, es lo que detuvo a los suscriptores a no hablar de la igualdad con toda precisión y es que las diferencias sociales en la región son gravísimas. Por lo tanto, reconocer que existe una igualdad fundamental ante la pobreza más lacerante y existente en América Latina, hubiese sido algo que por sí sólo sería provocador.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos dice así:

Artículo 3. Los Estados americanos reafirman los siguientes principios:

1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Artículo 17. Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento, el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

No obstante la redacción muy prudente, el Pacto de San José es sumamente alentador, pues contiene una gran cantidad de derechos que no han sido ejercidos en plenitud en los países miembros y el hecho de estar previstos, alienta el progreso del estado de derecho y eventualmente sustenta y refuerza la vigencia de los derechos humanos.

Pero la redacción más virtuosa en materia de derechos humanos en un documento internacional, está en la Declaración y Programa de Acción de Viena, la cual emana de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993 que dice:

Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización.

Recordando el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en particular la determinación de reafirmar la 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 de las naciones grandes y pequeñas...

1. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos...

5. Todos los derechos humanos son **universales, indivisibles e interdependientes** y están relacionados entre sí.¹¹ La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, **en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso**. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

V. DE LA IGUALDAD A LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aquí es donde puedo aportar algún razonamiento que logre abonar ciertas características a los derechos humanos, que nos permita separarlos del resto de los derechos. Creo yo, que debemos comenzar por el origen de los derechos humanos como concepto.

Según la Taxonomía, el Ser Humano es del Reino Animal, Filo Cordado, Sub Filo Vertebrado, Clase Mamífero, Orden Primate, Familia homínido, Género Homo, Especie Sapiens.¹²

Los derechos humanos son del humano, que como vimos, es una individualidad del Reino Animal. Una entidad biológica que genera el concepto de derecho propio, derecho humano, porque tiene conciencia propia. Los derechos, el humano los genera frente a otros humanos, para conservar su condición de igualdad.

¹¹ De esta declaración surge la redacción del artículo 1º de la Constitución Mexicana.

¹² Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Proclama los principios siguientes y aprueba la presente Declaración: A. La dignidad humana y el genoma humano. *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.

Puesto que existe la evidencia biológica de que es igual a otros y a todos los humanos, ningún humano puede, en virtud de esa igualdad, tener derecho sobre otro. Esto es la libertad. Nadie puede destruir esa igualdad, pues es un hecho natural. De la evidencia de la igualdad surge la libertad. Entre iguales, ninguno es dueño de la voluntad de otro.

El Derecho Humano es total y absolutamente individual. Es la integridad y dignidad de la persona lo que es protegido. No se protegen clases sociales, etnias, culturas, grupos, por más desamparados que sean. Lo que se protege con el derecho humano es al humano en su particular circunstancia.

Si el ser humano es un trabajador, se le protege en la particular circunstancia que tiene por el hecho de trabajar; pero no por su pertenencia a la clase trabajadora, ni existen derechos humanos de los trabajadores, siendo estrictos en la redacción, sino del trabajador.¹³

Existirán derechos colectivos claro está, garantías a sus organizaciones, pero no derechos humanos colectivos. Esto es una contradicción en la esencia del derecho humano que es la igualdad evidente, originada por la biología, la cruda naturaleza. No existen derechos humanos de organizaciones o persona colectivas, porque no son seres humanos y por lo tanto no tienen igualdad evidente, con el ser humano. Tampoco tienen conciencia propia.

Tampoco los derechos humanos son garantías individuales. Ciertamente es que las garantías protegen a los derechos humanos, pero el origen del derecho humano es la condición humana propia, por el simple hecho de existir el ser humano y tales derechos son reconocidos por el Estado. En cambio las garantías se originan en concesiones del Estado y garantizan su protección. Pueden coincidir los derechos humanos y las garantías, claro, pero no podemos identificarlos entre sí.

Tomando como ejemplo el derecho humano de tener acceso a la justicia, el ser humano, o sea la persona lo ejerce mediante las garantías de audiencia y legalidad y adicionalmente la calidad de la justicia a la que

¹³ Así el "Protocolo de San Salvador" dice: Artículo 6. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Igualmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Artículo 6. 1* dice: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

debe tener acceso tiene que ser pronta y expedita. Pero no son lo mismo. Es común que se ejerza un derecho con audiencia dentro de la legalidad, en forma pronta y expedita, pero no haya habido acceso a la justicia, o sea que la solución del conflicto no haya sido justa, o aunque haya habido derecho de audiencia y haber sido escuchado por un Juez, este simplemente hizo a un lado el derecho del peticionario, alegando cuestiones estrictamente técnicas procesales.

El derecho humano no es un derecho colectivo. El derecho humano tiene su origen en la individualidad biológica del ser humano, en una entidad consciente. Tiene su origen en su dignidad, su capacidad de merecer derechos. Todos los seres humanos los merecemos por igual. La colectividad en cambio, no tiene consciencia propia, ni voluntad común, sino que es una suma de conciencias y voluntades, pero que esa suma no genera una dignidad colectiva ni una voluntad común. Fuente Ovejuna,¹⁴ no existe como un ser, es un grupo si, una colectividad si, pero no tiene consciencia propia.

La democracia es una forma en que una colectividad decide por lo que la mayoría prefiere, pero no es una voluntad en sí misma. Los derechos colectivos son distintos dependiendo de la colectividad. Dentro de cada colectividad, cada individuo tendrá derechos humanos, por ser igual a todos los humanos que conforman esa colectividad, pero, por ser miembro de la colectividad su derecho no se hará colectivo.

De esto es importante aclarar algo que resulta una tentación y es dotar de derechos humanos a las personas morales o colectivas. Esto no es posible, primero porque no son seres humanos y por lo tanto, como ya dijimos, no tienen dignidad. No merecen derechos por su sola existencia, previa a la que les reconoce la Ley. Existen por la Ley, son una ficción de la Ley. Tienen los derechos que les proporciona la Ley, ninguno que sea inherente a su naturaleza, ni por estar conformadas por muchas personas o seres humanos los tienen.

En efecto las personas morales tienen ciertos derechos etéreos, como el buen nombre comercial o hasta un patrimonio moral, pero ninguno de estos podemos acercarlo a un derecho humano, ni remotamente. A final de cuentas, todos esos derechos se fundan en intereses mercantiles, los cuales, *per se* dependen de que la Ley les otorgue o les niegue el derecho a hacer o a dar, para poder operar o funcionar legalmente.

¹⁴ Obra de teatro de Lope de Vega.

El derecho humano es permanente, continuo, inalterable, así como su propia naturaleza, es perenne. La permanencia es una característica que se opone a lo temporal. Un derecho humano no es por tiempo determinado o por época. Siguiendo con la misma idea, el derecho humano no puede ser intermitente, pues debe continuar en el tiempo. Es inalterable el derecho humano porque no cambia, es para y desde la humanidad que se contiene en todo ser humano en su totalidad. No cambia porque la naturaleza humana, tampoco.

Estas características se aplican tanto a un derecho humano inherente al ser humano, como a un llamado derecho humano adquirido por pertenecer a un determinado grupo humano (los llamados relativos).

En tratándose de un derecho humano adquirido, dicho derecho es también fundamental, pero evoluciona; conforme evolucione la sociedad que lo generó de la que nació. Es la igualdad lo que hace surgir a ese derecho humano adquirido. Los derechos humanos todos tienen la misma categoría (como adelante veremos a la característica de la interdependencia entre ellos), pues son fundamentales todos los derechos humanos. Sea inherente o adquirido, no debe haber distinción entre ellos, pues aún adquiridos surgen del derecho humano inherente de la igualdad.

Pensemos en un ejemplo de derecho humano adquirido. Imaginemos que durante un periodo corto a los habitantes de la Ciudad de Roma se les proveyó de una pieza de pan diariamente, por un festejo. Entonces el derecho a recibirlo se convirtió en un derecho colectivo, pero no en un derecho humano propiamente a recibir un pan diario. El derecho humano sería, en todo caso, el derecho a vivir igual que el otro esta festividad. La igualdad es el derecho humano y es relativo o adquirido por el momento colectivo.

Los derechos colectivos cambian. Por ejemplo, hay Estados en los que los derechos políticos no existen porque no se necesitan, ni los quieren sus habitantes. Aquellos en los que todos tienen acceso a los servicios públicos generosamente otorgados por su gobernante.¹⁵ Pero son iguales entre ellos, a excepción de su monarca, claro.

Los derechos colectivos como los políticos, son circunstanciales. Si un individuo es o no ciudadano de un país, es o no capacitado, es o no menor de edad, podrá tener acceso o no al derecho al voto. Un extranjero en un país distinto al de su ciudadanía o un apátrida, carece de derechos

¹⁵ Como el Sultanato de Brunei.

políticos. Y ello no viola su igualdad o su libertad como individuo, aunque si es desigual y no libre en la colectividad para votar, pero su dignidad sigue intocable, como su igualdad y su libertad personal. Sin embargo, en cuanto un ser humano quisiera ser tratado igual que otros para tener acceso a un derecho colectivo, aquél tendría que ajustarse a las condiciones que la Ley determina a las personas que pueden pertenecer a esa colectividad y entonces ejercer su derecho como miembro de esa colectividad.

Para que exista el derecho humano a la igualdad, debe haber trato desigual, pues en ese trato desigual se procura el acercamiento a la igualdad. Si existe la posibilidad de crear una desigualdad entre los iguales, se viola este derecho humano elemental. Por ejemplo: un incapacitado tiene el derecho a circular y por tal motivo las calles deben ser provistas de la infraestructura para que ellos puedan circular. Un ciego tiene derecho a votar al igual que los otros en la misma circunstancia, por lo que para que vote en igualdad, deben de prestarse las facilidades para que dicha persona pueda votar en secreto al igual que los demás, por medio de las marcas o señas que el pueda percibir. Pero el derecho humano es la igualdad en esa colectividad.

Un individuo que tiene ciertas cualidades tiene derecho a pertenecer a un grupo, a ser incluido dentro de los beneficios que se procuran a ese grupo y no hacerlo viola su derecho a la igualdad. Un ser humano que en sus derechos políticos es discriminado, es violado su derecho humano, porque está siendo tratado como desigual, se crea una desigualdad. Pero no porque los derechos colectivos sean derechos humanos, sino que su ejercicio es parte de la igualdad como derecho humano.

Los derechos humanos son de los humanos, cuestión distinta es el derecho de los ciudadanos, como colectividad. Los ciudadanos son tales en una particular situación de los humanos en un contexto social. Así deben distinguirse los derechos humanos de todo derecho colectivo, político o social. Aunque la facultad de exigirlos sea un derecho humano, pues no tenerlos, siendo digno merecedor de ellos, sí es violatorio de su propia condición humana, individual, de su igualdad, que sí es un derecho humano.

Los derechos humanos son absolutos. Lo cual nada tiene que ver con la relatividad, que hicimos notar para los derechos humanos adquiridos. La referencia a lo absoluto aquí es porque en su concepción, el derecho humano no puede ser parcial o interpretado. Por ejemplo nadie es medio libre o

medio sano. Los derechos humanos no pueden ser restringidos o limitados. Los derechos políticos si se pueden restringir en una generalidad, como los requisitos para votar. En cambio a los derechos humanos no pueden aplicárseles requisitos, como el derecho a vivir, a la salud, al agua, etc. Sin embargo, esta perspectiva sería ir en contra del principio *pro homine* o de progresividad para la interpretación de los derechos humanos. Así la igualdad como derecho humano, es absoluta. De ahí la íntima relación de los derechos colectivos con los derechos humanos.

En los tratados internacionales se tratan derechos humanos, pero no todo lo contenido en los tratados son derechos humanos. Hay varios tipos de derechos y no todos los derechos son derechos humanos. El derecho humano proviene del propio humano y se le reconocen esos derechos por el simple hecho de que es un ser humano, igual que los otros. No necesita ser legislado el derecho humano a la igualdad, pues está antes que el Estado, que la Ley, es una evidencia. Por encima de la Ley está la condición de merecer derechos, la dignidad humana pues, en igualdad. Aunque es indispensable su reconocimiento.

Por ejemplo, no existe tal cosa como los derechos humanos de los consumidores o de los productores, o los de tal tipo de humanos en alguna actividad. Aunque si tengan derechos, no es la condición humana la que otorga dichos derechos, sino la pertenencia a una circunstancia particular. El derecho humano es igual para todos, y existe para que los seres humanos permanezcan iguales. Se pueden violar los derechos humanos de un consumidor humano o de un productor humano. Pero los consumidores pueden o no ser humanos, sino empresas y sus derechos surgen de la condición de persona como centro de imputación de derechos y las garantías del Estado para que los tenga, pero no de los derechos humanos.

Si existe una vinculación directa entre los derechos humanos y los derechos colectivos, como los derechos sociales y políticos. Los derechos sociales y políticos crean derechos individuales y estos serán derechos humanos en la medida de que agraven a la igualdad.

Analicemos el caso del derecho político a votar. No es un derecho humano generalizado en todo el mundo. Un individuo puede vivir en un régimen no democrático y tener acceso a ejercer todos sus derechos. O puede ser un extranjero y no poder votar, pero tener acceso a ejercer todos sus derechos humanos.

Es claro para algunos de nosotros, votar es una condición elemental de la libertad, es decir, el derecho a elegir por propia voluntad a la autoridad, a quien mandará sobre uno. Así es uno mismo quien manda sobre uno mismo, pues yo decido quién mandará. Es algo fundamental para la libertad. Pero aún no se ha determinado así en todo el mundo, pues existen regímenes que no toleran la democracia o la que tienen es una simulación.

Actualmente votar es un derecho político que se concede a determinadas personas en ciertos gobiernos. Los menores de edad no pueden votar porque se considera que no pueden elegir, aunque bien podrían votar a través de sus representantes; los extranjeros actualmente se considera que no pueden votar, porque no tienen un interés directo sobre la autoridad o su permanencia en determinado territorio es transitoria. Pero si su permanencia en el territorio es definitiva, ese simple hecho en su condición de ser humano, podría considerarse suficiente para que ejerza su libertad en forma absoluta aunque no sea ciudadano.

Así debería verse si se considera a votar o a ser ciudadano de donde se reside, como un derecho humano, pues el derecho humano es de todos los humanos con la posibilidad de ejercer tal derecho.

De manera que actualmente en la evolución del pensamiento humano, **los derechos humanos permanecen distinguidos de los derechos políticos, sociales y económicos.** Pero es porque no todas las naciones están de acuerdo en todos y los mismos derechos humanos. Para adecuar que se pueda ejercer un derecho humano y se puedan invocar en unos países y en otros no, se han hecho estas distinciones.

Los tratados internacionales marcan un mínimo de exigencia para todas las naciones firmantes y en si mismo los tratados son fuente de derechos humanos, pues señalan un concepto mínimo de exigencia y de definición de la dignidad humana, pero no suficiente para cada nación.

Los derechos humanos, conforme la evolución de la ciencia lo permite, expanden su concepción. Actualmente los derechos humanos son para condiciones elementales de sobrevivencia. Los derechos humanos relativos son los que pautarán la evolución de derecho humano. Actualmente la educación ya es un derecho humano, pues se considera que la situación de los Estados lo permite, pues en forma igualitaria se puede proporcionar hasta un límite, aunque sea bajo. Pero algún día lo serán para el desarrollo pleno, el acceso a la tecnología, a la información, y hasta a la infraestructura para la comodidad.

De lo anterior, puedo proponer como elementos para una definición: Los derechos humanos son los que surgen de la dignidad del ser humano, por su condición de igualdad.

El ser humano es merecedor de derechos por el simple hecho de tener la condición biológica de ser humano. El ser humano es igual a todo otro ser humano. Ningún ser humano puede legítimamente disminuir el derecho de otro ser humano. De ahí que la libertad y toda libertad, surge de la igualdad. La dignidad es inherente a la vida del ser humano. No importa el origen del derecho humano, ya sea inherente o adquirido o relativo, todos los derechos humanos son **absolutos, individuales y fundamentales, al igual que son universales, indivisibles e interdependientes.**

Todo derecho humano, es el medio de acceso a la igualdad en todo grupo humano. La libertad producto de la igualdad, es el mayor valor de la humanidad.

Adicionalmente, analicemos lo que dice la declaración de Viena sobre los derechos humanos:

Todos los derechos humanos son **universales, indivisibles e interdependientes** y están relacionados entre sí.¹⁶ La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Todos los derechos humanos son universales, lo que significa que la universalidad incluye a todo tipo de ser humano, incluso si éste no puede ser colocado en una clasificación. El Artículo Primero de la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 dice:

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad¹⁷ y derechos y dotados, como están, de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

¹⁶ De esta declaración surge la redacción del artículo 1º de la Constitución Mexicana.

¹⁷ En esta palabra "dignidad" encontraremos el mayor de los conflictos para interpretar qué es y qué no es un derecho humano. No existe definición internacional o nacional legislada. Puede definirse desde la dignidad dentro de la sociedad como sería la igualdad, o la dignidad como el entendimiento de sí mismo y las aspiraciones del individuo. En mi opinión la dignidad es la condición de que un ser humano es merecedor de derechos y esto surge por el simple hecho de ser igual a todos. En la dignidad habrá discusión si alguien tiene un derecho por sí mismo y no como un ente en sociedad.

Y es a partir de la igualdad en dignidad y derechos que constituye la universalidad en la palabra "Todos". La desigualdad como accidentes biológicos en el color de la piel, sexo, rasgos u otras características no alteran esta igualdad en dignidad y derechos.¹⁸

En adelante en toda la Declaración, siempre utiliza dicha expresión o la referencia negativa de dicha universalidad que es "nadie", para la protección de los mismos "todos".

Las cuestiones de género, del género humano, son cuestiones de igualdad a pesar de las diferencias o accidentes. Hombre y mujer pertenecen al mismo género humano, de ahí que sea la principal cuestión de género que se trata en los análisis de derechos humanos.¹⁹ La igualdad de género parte de la realidad, pues los hombres, mujeres y cualquier otra clasificación que se quiera describir, son iguales en dignidad y derechos. Nada hay que señale en la biología que permita pensar que la mujer es complementaria del hombre, como ocurre en la vergonzosa Constitución de Túnez. Los animales también complementan al hombre en sus necesidades. No darle la misma dignidad a la mujer que al hombre, es degradarla a la dignidad de un animal. Y no lo es, no lo ha sido y no lo será.

La ciencia pronto dará incluso una superioridad a la mujer, y es que será capaz de reproducirse sola. Lo hará sin intervención del varón, ni siquiera sexualmente, a través de la clonación. Esto no cambiará la dignidad de

El ejemplo lo vemos en la cuestión de si una mujer puede o no abortar. La dignidad es un argumento en ambas posibilidades. Otro caso, se presenta ante la posibilidad de que alguien puede negar que se vacune a sus hijos, por su propio sistema de creencias, aunque esto está contradicho por la propia Convención de los Derechos del Niño, donde los intereses de los padres pasan a 2º plano.

¹⁸ De ahí la redacción del último párrafo del artículo 1º Constitucional Mexicano: "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 sexuales, 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".

¹⁹ Los psicólogos y sociólogos han pretendido imponer en la denominación de "cuestión de género" las afirmaciones que realiza cada tipo de sexo dentro del género humano. La idea proviene de que las mujeres se les caracteriza como gen XX y a los hombres por el gen XY en lo que se llamaba par 23. Hoy el estudio del DNA ha superado esa incipiente clasificación. Discrepamos pues del uso de la palabra género para cuestiones de diferencia de sexo. El género es un concepto de la ciencia biológica, contiene en sí mismo una situación de igualdad y el sexo no es una cuestión que debiera diferenciar a los miembros del mismo género. La definición de sexo "es el conjunto de características biológicas de un organismo, que permiten diferenciarlo como portador de uno u otro tipo de células reproductoras o gametos (óvulos o espermatozoides), o de ambos (organismos hermafroditas)", como lo dicen Joaquín de Juan Herrero y Rosa María Pérez Cañaveras, en su estudio "Sexo, Género y Biología". Esta cuestión de género por el gen, ha provocado que ahora se diga que existen más de 6 tipos de géneros humanos, para distinguir conductas sexuales. Eso realmente no es muy científico.

cada ser humano. Pero dejará claro que ni siquiera la interdependencia sexual será motivo de hacer alguna diferencia. La dignidad permanece inalterable. Los alcances del concepto de dignidad es algo que debe tratarse en el tenor de la igualdad, y a partir de la universalidad. Todo aquello que no contribuya a la igualdad del ser humano es discriminatorio y destruye la libertad. De la evidencia de la Igualdad, derivan la Libertad y la Dignidad.

Homosexuales, transexuales y otro tipo de diferencias que resultan en la condición de cada ser humano, no desequilibra esa igualdad en dignidad y derechos. Tales condiciones tienen el mismo valor de los accidentes como son "el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra" que dice el artículo 1º Constitucional. Y es que, como persiste la igualdad biológica, persiste la misma dignidad, puesto que son igualmente merecedores de derechos. Al persistir la igualdad persiste el derecho a la libertad, pues no pueden ser restringidos o limitados sino por su propia voluntad (generalmente vía el voto o por acuerdos de voluntades), al igual que el resto de los seres humanos.

Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Así la interdependencia es una idea que establece que no puede considerarse que se ejerza un derecho humano, estando privado de otro derecho humano.

El ejemplo real, lo tenemos en la Observación General Núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sostiene que la orientación sexual es una base prohibida de discriminación y tiene repercusiones sobre la salud. De ahí que el derecho humano a la no discriminación esté en íntima relación con la salud, como análisis jurídico y de ahí entendemos la interdependencia entre estos derechos.

Esto significa que no es posible argüir para algún caso que un derecho humano es vulnerado o no, si alguno en efecto si está violado. No podrá ser argumento de un Juez decir que existe error en el derecho invocado, pues todos de alguna manera están vinculados en la integridad humana.

Por la misma razón de que existe la **interdependencia** entre los derechos humanos, también existe la **indivisibilidad**, pues no existe tal cosa como gozar a medias de un derecho. O algunos derechos si, pero otros no. Todos

se unen en la integridad humana pues parten de una unidad indivisible, en una universalidad. El ser humano no es divisible, tampoco lo son sus derechos. No puede una parte del cuerpo ser libre y la otra no. No puede el hombre ser libre con límites arbitrarios, cualesquiera que sean: temporales, territoriales, conceptuales, ni sujetos a interpretación alguna, arbitraria, sin derecho claro. No es posible aceptar una discriminación en ningún derecho humano.

Establecer derechos especiales no significa divisibilidad o discriminación, o excepciones a la Universalidad. Significa procurar un equilibrio de no discriminación, de garantía de ejercicio efectivo de los derechos, de protección por condición de vulnerabilidad dispar, por ejemplo de un niño. Para equilibrar su situación vulnerable frente al resto de los humanos, deben otorgársele más derechos.

A continuación un listado derivado de los análisis y recopilaciones han sido hechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resulta interesante al verlos en conjunto, donde además no son separados los derechos inherentes de los adquiridos:

Derecho de acceso a la justicia, Derecho de apelación, Derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, Derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, Derecho a la alimentación, Derecho a la comunicación, Derecho a la defensa, Derecho a la diferencia, Derecho a la educación, Derecho a la familia, Derecho a la guerra, Derecho a la honra y a la intimidad, Derecho a la identidad nacional y cultural, Derecho a la identidad personal, Derecho a la igualdad, Derecho a la igualdad ante la ley, Derecho a la imagen, Derecho a la indemnización si resulta absuelto un reo preso, Derecho a la información, Derecho a la integridad moral, Derecho a la integridad personal, Derecho a la intimidad, Derecho a la investigación científica, literaria y artística, Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, Derecho a la inviolabilidad del domicilio, Derecho a la justicia, Derecho a la libertad personal, Derecho a la libertad y a la seguridad, Derecho a la libre determinación, Derecho a la nacionalidad, Derecho a la paz, Derecho a la personería jurídica, Derecho a la privacidad, Derecho a la propia imagen, Derecho a la propiedad (individual/colectiva), Derecho a la salud, Derecho a la seguridad económica, Derecho a la seguridad personal, Derecho a la seguridad social, Derecho a la seguridad y al bienestar social, Derecho a la tierra y al territorio, Derecho a la verdad, Derecho a la vida, Derecho a la vivienda, Derecho a morir dignamente, Derecho a no

ser juzgado dos veces por la misma causa, Derecho a participar en la vida cultural del país, Derecho a salir y regresar, Derecho a un juicio justo, Derecho a un medio ambiente sano, Derecho a un recurso judicial efectivo, Derecho a una vida libre de violencia, Derecho a vivir en el país de origen.

Y para el caso la Convención de los Derechos de la Niñez señala muchos derechos de los niños, de los que resaltamos los siguientes:

Derecho intrínseco a la vida, a la supervivencia y desarrollo, a ser inscrito en un registro inmediatamente a su nacimiento, a tener nombre y nacionalidad, a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos, a preservar su identidad, a no ser separado de sus padres contra su voluntad, a la libertad de tránsito especialmente para la reunión familiar, a ser protegido de los traslados ilícitos de niños, a formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo sin consideración de fronteras, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación, libertad de acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, al disfrute del más alto nivel posible de salud, incluida la atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres; a beneficiarse de la seguridad social, a la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños, a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

También la Convención trata especial y abundantemente los derechos del niño mental o físicamente impedido, así como los niños sujetos a procedimiento judicial.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRÁFICO EN MÉXICO (2006-2012)

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones*. A. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. B. *Human Rights Watch*. C. *Amnistía Internacional*. III. *Conclusiones*.

Los muertos no pueden exigir justicia; es un deber de los vivos hacerlo por ellos.

Lois MCMASTER BUJOLD¹

I. INTRODUCCIÓN

Tenéis derechos que preceden a todo gobierno terrestre; derechos que no pueden ser abolidos ni limitados por leyes humanas; derechos que derivan del Gran Legislador del Universo.
John ADAMS²

Lo que hasta finales del 2006 era una actividad esencialmente delictiva y de salud pública, una cuestión de procuración y administración de justicia, con incidencia en algunos niveles de gobierno (debido a la corrupción) y en ciertas actividades económicas (por el lavado de dinero), se volvió una situación de emergencia social y de seguridad nacional, provocada por la violencia generalizada en casi todo el país, donde además de los actos cometidos por la delincuencia organizada, las propias autoridades encar-

¹ SARMIENTO, Sergio, en su columna "Jaque Mate", periódico *Reforma*, 3 de Agosto del 2011.

² R. J. TAYLOR (ed.), *The Papers of John Adams*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1977, vol. I, p. 112, *apud* Thomas SZASZ, *Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre* (traducción Antonio Escobedo). 2ª ed., Barcelona, Anagrama, 1994, p. 17.

gadas de combatir al narcotráfico³ incurrieron en actos ilícitos (ilegales y aún más, inconstitucionales).

³ Para conocer algunas referencias bibliográficas sobre narcotráfico, *Vid.* AGUILAR CAMÍN, Héctor, *et. al., Informe Jalisco: más allá de la guerra de las drogas*. México, Gobierno de Jalisco, Cal y Arena, 2012, 292 pp.; ARIAS MARÍN, Alán, *Felipe Calderón. Debilidades y fortalezas de un gobierno*. México, Gernika, 2012, 395 pp.; BARCHETTI, Irene E. (compiladora), *Estudios sobre drogadicción*. Buenos Aires, Lugar Editorial, 1988, 134 pp.; BEITH, Malcom, *Hasta el último día* (traducción Lucrecia Orensanz). México, Ediciones B, 2012, 298 pp.; BUGARIN, Inder (Coordinador), *Drogas libres, libres de drogas*. México, LID, 2012, 245 pp. (Colección Viva); DE LA CORTE IBAÑEZ, Luis y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, *Crimen.org Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona, Ariel, 2010, 455 pp.; ESQUIVEL, J. Jesús, *La DEA en México. Una historia oculta del narcotráfico contada por los agentes*. México, Grijalbo, 2013, 252 pp.; FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, Jorge, *La batalla por México. De Enrique Camarena al Chapo Guzmán*. México, Taurus, 2012, 259 pp.; FERRO VEIGA, José Manuel, *Organized crime: el enemigo invisible*. Alcalá la Real, Formación Alcalá, 2012, 130 pp.; GIACOMELLO, Corina, *Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*. Tirant lo Blanch, 2013, 262 pp.; GARCÍA NIEVA, Alejandro Gabriel, *Manual práctico sobre delitos de narcomenudeo. Teoría y práctica*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2012, XVI-224 pp.; GLOCKNER, Julio y SOTO, Enrique (compiladores), *La realidad alterada. Drogas, enteógenos y cultura*. México, Debate, 2006, 210 pp.; HERNÁNDEZ, Anabel, *México en llamas. El legado de Calderón*. Grijalbo, 2012, 296 pp.; HERODOTO, *et. al., El club del hachís*. 2ª ed., Madrid, Miraguano Ediciones, 2006, 171 pp. (Colección Libros de los Malos Tiempos, No. 67); HERRÁN, Mariano, *et. al.* (Coordinadores), *Análisis, técnicas y herramientas en el combate a la delincuencia organizada y corrupción con fundamento en la Convención de Palermo*. México, Ediciones Coyoacán, Fiscalía General del Estado de Chiapas, 2007, 562 pp. (Colección Derecho y Sociedad); HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Narcomenudeo a juicio acusatorio y oral*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, XVII-228 pp.; KUHN, Cynthia, SWARTZWELDER, Scott, y WILSON, Wilkie, *Drogas. Lo que hay que saber sobre las más consumidas, desde el alcohol y el tabaco hasta el éxtasis* (traducción Clorinda Rea, del original en inglés *Buzzed: the straight facts about the most used and abused drugs from alcohol to ecstasy*). México, Random House Mondadori, 2011, 439 pp.; LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Drogas. Su legalización*. México, Porrúa, 2009, XVI-278 pp.; LUIS LÓPEZ, Fernando, *El derecho a la elección*. Buenos Aires, Corregidor, 2007, 171 pp.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *La solución. La legalización de las drogas*. Barcelona, Debate, 2012, 318 pp.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Política criminal del estado mexicano sobre drogas y narcotráfico*. CICE, Miguel Ángel Porrúa, 2012, 177 pp. (Colección Las ciencias sociales); MONTERO, Hugo, *La guerra blanca. Los cárteles de la droga en México y Colombia*. México, L.D. Books, Lectorum, 2013, 154 pp. (Colección Conjuras); OSORNO, Diego Enrique, *La guerra de los Zetas. Viaje por las fronteras de la necropolítica*. México, Random House Mondadori, 2012, 350 pp.; PAVARINI, Massimo, PÉREZ CARRILLO, Agustín A., y TENORIO TAGLE, Fernando, *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*. 1ª ed., 1ª reimpresión, México, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, FLASUD, A.C., Ediciones Coyoacán, 2009, 315 pp. (Colección Alter Libros, No. 2); PÉREZ CORREA, Catalina (Coordinadora), *Justicia desmedida: proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*. México, Fontamara, Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho, 2012, 237 pp. (Colección Jurídica Contemporánea, No. 65); RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, Rafael (coordinador), *El imperio del Chapo*. México, CISA, Planeta, 2012, 277 pp. (Temas de hoy); ROMERO, Lourdes A. y QUINTANILLA E., Ana María, *Prostitución y drogas*. 1ª ed., 12ª reimpresión, México, Trillas, 2004, 192 pp.; SALAZAR UGARTE, Pedro, *Critica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*. México, Océano, 2012, 209 pp. (Colección Claves. Sociedad, economía y política).

La “guerra contra el narcotráfico” tuvo como uno de sus más graves resultados, el aumento en los ataques a los derechos humanos. Se convirtió en un asunto de interés general, que se presentó en gran parte del territorio nacional, en algunas regiones y entidades federativas más que en otras; toda la población estuvo expuesta a los peligros inherentes; y tuvo repercusiones que van más allá del 2012.⁴ Este conflicto declarado contra el narcotráfico durante el periodo 2006-2012, propició que la población civil se viera sujeta a dos clases de violencia: una, la que los cárteles de la droga ejercieron; y otra, la que cometió el Estado, a través de sus órganos de seguridad, de procuración y administración de justicia, al pretender reprimir el narco. El responsable de proporcionar las condiciones para un adecuado ejercicio de los derechos humanos es el Estado y es el primer obligado a respetarlos; de la misma manera, ante las conductas de los delincuentes que vulneran la vida, libertad, integridad física, propiedades o posesiones y cualquier otro bien jurídicamente tutelado de los habitantes del país, el Estado fue el responsable por provocar y permitir la violencia; su función debe ser sancionar toda conducta ilícita. Durante el periodo de gobierno 2006-2012, las importantes responsabilidades del Estado mexicano en esta materia se incumplieron.

Para diversas referencias hemerográficas sobre narcotráfico *Vid.* BAGLEY, Bruce, “La globalización y la delincuencia organizada”, en *Criminología y Sociedad*. México, Plaza y Valdés, Gobierno del Estado de Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, No. 1, pp. 185 a 207; FLORES PÉREZ, Carlos Antonio, “El tráfico de drogas en México: de los años setenta a la fecha”, en *Criminología y Sociedad*. México, Plaza y Valdés, Gobierno del Estado de Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, No. 1, pp. 75-80; GUILLEN LÓPEZ, Germán, “Aproximación criminológica de la delincuencia organizada que trafica con drogas”, en *Criminología y Sociedad*, Plaza y Valdés, Gobierno del Estado de Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, No. 1, pp. 57-68; MOLOEZNİK GRUER, Marcos Pablo, “El tráfico de drogas ilegales y la respuesta gubernamental: balance de la gestión de Vicente Fox Quesada”, en *Criminología y Sociedad*. México, Plaza y Valdés, Gobierno del Estado de Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, No. 1, pp. 39-45.

⁴ Sirvan de ejemplo los siguientes datos: “A pesar de los acuerdos, aumenta tortura en México”, en Enterate, www.enterate.mx, consultado el 15 de octubre del 2012; “Informe Anual 2012. El estado de los derechos humanos en el mundo”, en Amnistía Internacional, www.amnesty.org, consultado el 1º de octubre de 2012; “Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la ‘guerra contra el narcotráfico’ en México”, en Human Rights Watch, www.hrw.org, consultado en septiembre de 2012; “Reitera México a AI compromiso por combatir tortura”, en Prodigy, www.noticias.prodigy.msn.com, consultado el 12 de octubre de 2012; “Segundo Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en México” (2008), en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, www.cndh.org.mx, consultado en octubre del 2012.

La decisión del Ejecutivo Federal, en diciembre de 2006, de declarar la “guerra al narcotráfico”,⁵ tuvo las siguientes consecuencias:

- a) Aumento de la violencia relacionada con la producción, transporte, distribución y consumo de drogas ilegales.
- b) Participación activa de las fuerzas armadas mexicanas⁶ en funciones de seguridad pública, en las cuales no están entrenadas para afrontarlas, van más allá de su competencia y resultan contrarias a su labor esencial.
- c) Aumento de ataques a los derechos humanos,⁷ por parte de autoridades federales, estatales y municipales, consistentes principalmente

⁵ Cfr. FLORES, Adriana Esthela, “Se dispara la tortura en estados y municipios, reprocha Amnistía. Contra sus policías, 90% de denuncias. Chihuahua, Coahuila y Baja California encabezan la lista de los cinco años recientes”, en *Milenio diario*. México, 12 de octubre de 2012, p. 5; GREEN, Rosario, “La economía política de las drogas”, en *El Universal*. México, 19 de octubre de 2012, p. A22; PRADO, Henia, “Crecen torturas de PF y Ejército”, en *Reforma*. México, 7 de octubre de 2012, p. 1, sección principal; PRADO, Henia, “Omiten autoridades castigo por tortura. Recrimina ONG ‘método de investigación’. Atribuye activista falta de sanciones a la diferencia de criterios”, en *Reforma*. México, 7 de octubre del 2012, p. 6, sección principal; PRADO, Henia, “Crecen 400% casos de tortura, denuncia AI. Acusa organismo que en el país hay un subregistro de este delito”, en *Reforma*. México, 12 de octubre de 2012, p. 11, sección principal.

⁶ En materia de Derecho Militar y fuerzas armadas, Vid. CARLOS E., Alejandro, *Derecho Militar mexicano*. 3ª ed., Porrúa, 2005, XXVIII-482 pp.; DE LEÓN TORAL, Jesús, et. al., *El ejército mexicano*. México, Secretaría de la Defensa Nacional, 1979; FUENTES, Gloria, *El ejército mexicano*, Grijalbo, 1983; GALLARDO RODRÍGUEZ, José Francisco, *La necesidad de un Ombudsman militar en México*. Flores, 2012, LX-465 pp.; GARDUÑO VALERO, Guillermo J.R., *El ejército mexicano entre la guerra y la política*, UAM, 2008, 535 pp.; GONZÁLEZ VALENCIA, Agenor, *Derecho militar. Fuero de guerra en tiempo de guerra y no de paz*. Villahermosa, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Flores Editor y Distribuidor, 2010, XXVIII-427 pp.; IBARROLA, Javier, *El ejército y el poder. Impacto e influencia política en el México moderno*, Océano, 2003, 457 pp. (Tiempo de México); LOZOYA, Jorge Alberto, *El ejército mexicano*. 3ª ed., El Colegio de México, 1984; MÉNDEZ SILVA, Ricardo y LÓPEZ ORTIZ, Liliana (Compiladores), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. Tomo I. México, UNAM, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, XXXVI-863 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 161); MÉNDEZ SILVA, Ricardo y LÓPEZ ORTIZ, Liliana (Compiladores), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*. Tomo II. México, UNAM, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003, XXXVI-863 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 162); SAUCEDO LÓPEZ, Antonio, *Teoría jurídica del ejército y sus lineamientos constitucionales*. México, UNAM, 2002, 189 pp. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 119).

⁷ Para una breve bibliografía sobre Derechos Humanos Cfr. ANAYA MUÑOZ, Alejandro, et. al., *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos*. 1ª ed., 1ª reimpresión, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Iberoamericana, Comisión Estatal de Derechos Humanos (Querétaro), CEDH (Sinaloa), CEDH (San Luis Potosí), CEDH del Estado de Guerrero, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, 2006, 151 pp.; ARJONA, Juan Carlos y HARDAGA, Cristina (Compiladores), *Terrorismo y derechos humanos*. México, Fontamara, Universidad Iberoamericana, Unión Europea (Programa Alpha Utrecht), Red

Latinoamericana y Europea de Derechos Humanos (LAEHR), 2008, 538 pp. (Doctrina jurídica Contemporánea); CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, 2009, XLIV-375 pp.; CABALLERO OCHOA, José Luis (Coordinador), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*. México, Porrúa, 2009, XLI-557 pp.; CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y Trascendencia (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2007, XII-1055 pp.; CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*. 4ª ed., México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2011, XLVI-1111 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 185); CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coordinadores), *La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*. México, Porrúa, UNAM, 2012, XIV-449 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 624); CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (Coordinadores), *Derecho a la Información y Derechos Humanos*. México, Porrúa, UNAM, 2003, XVI-522 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 37); CARPIZO, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*. 4ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2008, XIII-277 pp. (III, Serie Estudios Doctrinales, No. 147); *Clínicas de Derechos Humanos. Una alternativa para la educación jurídica y la sociedad*. 1ª ed., 1ª reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Escuela Libre de Derecho, 2012, XIX-211 pp.; DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, *Los derechos humanos*. 1ª ed., 2ª reimpresión, México, CONACULTA, 2006, 63 pp. (Tercer Milenio); DÍAZ MÖLLER, Luis T., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, Porrúa, 2006, XVII-163 pp.; DONNELLY, Jack, *Derechos Humanos Universales. Teoría y práctica* (Traducción Ana Isabel Stellino del original en inglés *Universal Human Rights: in Theory and Practice*). 2ª ed., México, Gernika, 1998, 394 pp.; GALLARDO RODRÍGUEZ, José Francisco, *La necesidad de un Ombudsman militar en México*. Flores, 2012, LX-465 pp.; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y DEL TORO HUERTA, Mauricio Ivan, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y Transformaciones*. Porrúa, UNAM, 2011, XII-322 pp. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 600); GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SANCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre los derechos humanos (2009-2011)*. 2ª ed., México, UNAM, Porrúa, 2012, XIX-299 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 602); GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos Humanos en el sistema interamericano*. México, Porrúa, UNAM, 2000, XXIV-316 pp. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 35); HERRERA ORTIZ, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*. (III, Serie Doctrina Jurídica, No. 35); HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Juez de Control y 5ª ed., México, Porrúa 2011, XIX-659 pp.*; HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Juez de Control y control de derechos humanos. Control de convencionalidad. Control de Constitucionalidad*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2012, XXIV-358 pp.; *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. 2ª ed., México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2011, 586 pp.; KRAMER, Ann, *Derechos Humanos. ¿Quién decide?* (Traducción María Luz Agra Pardiñas del original en inglés *Human Rights. Who decides?*). Madrid, Morata, 2010, 61 pp. (Colección ¿y tú? original en inglés *Human Rights. Who decides?*); MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier y UGALDE RAMÍREZ, Ricardo, (Coordinadores), *¿Qué opinas?*; MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier y UGALDE RAMÍREZ, Ricardo, (Coordinadores), *Estado constitucional y derechos fundamentales*. México, Universidad Autónoma de Querétaro, Porrúa, 2010, X-474 pp.; MONDRAGÓN REYES, Salvador, *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Porrúa, 2007, XVII-114 pp.; PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de Convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*. México, Porrúa, 2012, XXVI-393 pp.; PELAYO MOLLER, Carlos María, *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. México, CNDH, 2012, 111 pp. (Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, fascículo 11); RAMELLI, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*. 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 174 pp. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía de Derecho, No. 12); RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*. México, Oxford University Press, 2011, XXIII-406 pp. (Colección Textos Jurídicos Universitarios); SALMÓN, Elizabeth, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, 2007, 321 pp. (Colección Derecho PUCP, No. 5); SEGURA SERRANO, Antonio, *El Derecho Internacional*

en desapariciones forzadas, ejecuciones extralegales, tortura como medio usual de investigación, cateos ilegales, violencia sexual y procesos sin garantías para los imputados (incumplimiento del debido proceso). Es cierto que existen otra clase de conductas conexas, como los robos y daños a la propiedad durante los cateos, pero los anteriores son las más graves formas en que se manifiesta la falta de respeto a los derechos humanos.

- d) Inseguridad generalizada en todo el país, con mayor incidencia en determinadas extensiones del territorio nacional.

La “guerra contra el narcotráfico” implica un análisis detallado de sus causas, falta de estrategias y consecuencias. Al pretender exclusivamente solucionar el narcotráfico con represión militar y policiaca, sin tomar en

Humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas. Madrid, Plaza y Valdés, Universidad de Granada, Ejército de Tierra del Ministerio de Defensa, 2007, 253 pp.; SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*. México, Porrúa, 2007, XXXIX-351 pp.; VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, Universidad Complutense, 2011, XXI-257 pp.

Para una breve hemerografía sobre Derechos Humanos Cfr. BRITO, Rodrigo y CARBONELL, Miguel “La globalización y los derechos humanos a la luz de la reforma constitucional de Junio de 2011”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. UNAM, tomo LXI No. 256, Julio-Diciembre 2011, pp. 11-30; F. CORONADO FRANCO, Fernando y ORTEGA MORENO, Anel Liliana “Obligaciones estatales específicas y efectos de la norma de *ius cogens* en casos de tortura: criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rodolfo Noniel y Teodoro Cabrera”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (Coordinadores), *Derechos humanos. Actualidad y desafíos, II*. México, Fontamara, Universidad de Guanajuato, 2012, pp. 173-202 (Doctrina jurídica contemporánea); FLORES AGUILAR, Miriam, “Interpretación y efectos de la resolución conocida como el ‘caso Radilla’”, en *Abogado Corporativo*. México, Dofiscal Editores, Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE), año VI, No. 30, Julio-Agosto 2012, pp. 18 a 23; GUERRERO ROSALES, Humberto Francisco, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la transición democrática en México: lecciones del caso Rosendo Padilla Pacheco”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (Coordinadores), *op. cit.*, pp. 153-171 (Doctrina jurídica contemporánea); GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la justicia de transición: el limitado fallo Rosendo Padilla Pacheco Vs. los Estados Unidos Mexicanos”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (Coordinadores), *op. cit.*, pp. 123-151 (Doctrina jurídica contemporánea); OLVERA RIVERA, Alberto J. “De cómo y por qué la democracia mexicana no promueve los derechos humanos”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (Coordinadores), *op. cit.*, pp. 199-216 (Doctrina Jurídica Contemporánea); SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y COVARRUBIAS VELASCO, Ana, “La trayectoria de los derechos humanos en la política exterior de México (1945-2006)”, en SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y COVARRUBIAS VELASCO, Ana (Coordinadoras), *Derechos Humanos en política exterior. Seis casos Latinoamericanos*. México, ITAM, Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 161-210 (Serie El Derecho); VILLORO, Juan, “El presidente de la sangre”, en *El sexenio de la muerte. Memoria gráfica del horror*. México, Proceso, año 35, edición especial, octubre de 2012, pp. 44-47.

cuenta factores igual o más importantes, como la represión contra el lavado de dinero y la corrupción, dio como resultado más de 60,000 víctimas, más de 150,000 desplazados y alrededor de 10,000 desaparecidos en los 6 años que se aplicó dicha política, además del estado generalizado, por parte de policías y militares, de falta de respeto a los derechos humanos.

La importancia y relevancia social del narcotráfico se resume de la siguiente forma:

- a) El narcotráfico es una actividad prohibida, por lo cual todos los involucrados (productores, transportistas, distribuidores y consumidores), están fuera de la ley.
- b) El narcotráfico produce ingresos económicos como ninguna otra actividad ilícita.
- c) La violencia asociada al narcotráfico aumentó durante el periodo 2006-2012.
- d) Las instituciones involucradas en el combate contra el narcotráfico, recurrieron a la violencia generalizada, sin respeto a los derechos humanos, durante los años indicados.
- e) Los elementos pertenecientes a la Secretaría de la Defensa Nacional (ejército y fuerza aérea), Secretaría de Marina (Armada de México), Secretaría de Seguridad Pública (Policía Federal) y la Procuraduría General de la República (Ministerio Público y Policía Federal Ministerial) y sus correlativos de los Estados, que participaron en la lucha contra el narcotráfico, no protegieron ni respetaron, de manera sistemática, los derechos humanos de la población civil.
- f) Los cárteles del narcotráfico han extendido sus actividades a otros delitos, como el secuestro y la extorsión.
- g) El consumo de drogas no es un delito natural, en el concepto de Garófalo,⁸ toda vez que no hiere los sentimientos medios de la población. Mientras el consumidor sea un adulto, con plena capacidad, la mayor parte de la sociedad no resiente una lesión ni

⁸ El concepto de crimen o delito natural, al que nos referimos arriba, fue creado por Rafael Garófalo, quien en su obra *Criminología* dice lo siguiente: *De todo cuanto se ha dicho en el párrafo precedente, podemos concluir que el elemento de inmoralidad necesario para que un acto perjudicial sea considerado como criminal por la opinión pública es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea la PIEDAD y la PROBIDAD. Es, además, necesario que la violación hiera, no ya la parte superior y más delicada de estos sentimientos sino, la medida media en que son poseídos por una comunidad, y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es lo que nosotros llamaremos crimen o delito natural.* GARÓFALO, Raffaele, *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión* (traducción Pedro Dorado Montero). Montevideo, B de F, 2005, p. 31 (Memoria Criminológica).

una ofensa, de manera similar a como ocurre con el consumo de alcohol y tabaco.

- h) Los grandes recursos a que tienen acceso los cárteles, les permite ampliar sus actividades delictivas, adquirir las más modernas armas de fuego y otra clase de armamento y corromper autoridades.
- i) Las motivaciones de los cárteles son esencialmente económicas, no tienen intenciones políticas ni ideológicas.
- j) Al volver lícito el narcotráfico, la droga entrará al juego de la oferta y la demanda, como ocurre con el alcohol, lo que privará a los cárteles de las enormes ganancias que reciben en la actualidad.
- k) De esa forma, no podrán los cárteles dedicarse a otras actividades ilícitas que les implique el gasto de recursos económicos.
- l) Los consumidores dejarán de ser tratados como delincuentes.
- m) Terminará la violencia de los cárteles, toda vez que las diferencias no serán resueltas por medios ilícitos, como ocurre en el caso de las grandes empresas productoras de vinos y licores, y las tabacaleras.
- n) El Estado podrá concentrar sus esfuerzos contra los delitos que verdaderamente lastiman a la sociedad, como el secuestro y la extorsión.
- o) La despenalización del narcotráfico (producción, tráfico y consumo de drogas), junto con otras medidas en materia social y de salud, ha dado excelentes resultados en los países que han adoptado esta medida, como Holanda y Portugal.

Actualmente debe solucionarse el fenómeno delictivo del narcotráfico, mediante una decisión de fondo, aplicable en el corto plazo, consistente en su despenalización.⁹

Para aplicar en la realidad la solución propuesta, deberán seguirse las siguientes etapas:

- a) Discutir, analizar y debatir en toda la sociedad, sobre las posibles y las probables soluciones al narcotráfico. Incluir a todos los que tengan opinión o interés en el tema, recabando el Estado las coincidencias en las soluciones propuestas.

⁹ Esto lo hemos propuesto con anterioridad en: Luis Norberto CACHO PÉREZ, "Hacia la despenalización del narcotráfico. Una forma de política criminal para enfrentar este fenómeno delictivo", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, México, año 29, No. 29, 2005, pp. 53 a 81; y en Luis Norberto CACHO PÉREZ, "La despenalización del narcotráfico. Breves comentarios de derecho comparado y argumentación jurídica", en *Primer monográfico de la Revista de Investigaciones Jurídicas. Trabajos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*. México, Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 15 a 41.

- b) Promover las reformas legislativas necesarias para despenalizar o, en su caso, legalizar el narcotráfico. Precisar las actividades y drogas que, en una etapa inicial, serán despenalizadas o legalizadas. Al mismo tiempo, denunciar los tratados internacionales y abandonar los compromisos hacia el exterior que obligan al Estado mexicano a la lucha indiscriminada contra las drogas, como ha sido hasta el momento.
- c) Implementar las reformas legislativas, con todos los recursos humanos, materiales y financieros necesarios, para hacerlas verdaderamente el medio que permita controlar al narcotráfico y delitos conexos, además de contener la violencia que conlleva. El delito es una constante en toda civilización y nunca se le podrá erradicar totalmente; a lo que debe aspirarse es a ejercer una debida represión y evitar los efectos negativos que tiene.

El objetivo de esta breve investigación es:

- a) Demostrar que en México se vivió un clima generalizado de ataques a los derechos humanos, como consecuencia de la "guerra contra el narcotráfico".
- b) Analizar los informes de los principales organismos, nacionales y extranjeros, que denunciaron la situación mencionada.

II. CONSIDERACIONES

La actual política contra el consumo y producción de drogas en México no funciona ni ha dado resultados, sólo genera decenas de miles de muertos cada año, por lo que urge hacer cambios. Lo único que parece claro es que la actual política de consumo de drogas no ha dado los resultados que serían deseables. Con franqueza, con mucha franqueza hay que decirlo: no funciona como sería deseable, es necesario, en consecuencia, hacer cambios. La actual política no ha conseguido reducir la producción ni el consumo de estupefacientes en México y en el mundo.

José NARRO ROBLES¹⁰

¹⁰ Rector de la UNAM. Discurso en la inauguración del Foro Internacional sobre Regulación del Consumo de Drogas. Periódico *Reforma*, 24 de abril de 2012.

El narcotráfico (producción, tráfico y consumo de drogas), es uno de los aspectos que inciden de manera determinante en nuestro Derecho y que ameritan una revisión a fondo en su regulación.

Primer presupuesto: Antes de diciembre de 2006, no existía un clima generalizado de violencia.

Segundo presupuesto: Esa violencia es resultado de la fallida “guerra contra el narcotráfico”.

Tercer presupuesto: Con el pretexto de combatir a los cárteles de la droga, las fuerzas militares y policiacas, principal pero no únicamente, incurrieron de manera sistemática en ataques a los derechos humanos.

Cuarto presupuesto: También son responsables, de manera general, las policías estatales y municipales, y las autoridades locales y federales de procuración y administración de justicia.

Quinto presupuesto: Esa violencia se ha extendido más allá del 2012.

Sexto presupuesto: Para solucionar lo anterior, es necesaria una medida de fondo que resuelva las causas que le dieron origen.

Séptimo presupuesto: Lo dicho podemos representarlo gráficamente de la siguiente forma:

Narcotráfico → Guerra → Aumento de la violencia → Ataque a los derechos humanos

Octavo presupuesto: La violencia no puede eliminarse con un aumento de la violencia estatal.

Noveno presupuesto: No sería suficiente con sustraer a las fuerzas armadas, del entorno del narcotráfico, toda vez que esta actividad ilícita continuaría.

Décimo presupuesto: Entonces, la solución para terminar con el narcotráfico, la violencia y la falta de respeto a los derechos humanos, es resolver de fondo esta situación.

Décimo primer presupuesto: Esa solución es despenalizar el narcotráfico, afectando de esa manera la violencia provocada y, en consecuencia, desaparecerá la necesidad de que las fuerzas armadas y policiacas realicen funciones en las circunstancias donde cometieron ataques a los derechos humanos.

Es necesario conocer y analizar la opinión institucional de tres organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos, una integrante del Estado mexicano como organismo público autónomo, la Comisión

Nacional de los Derechos Humanos; y las otras dos ONG internacionales: Human Rights Watch y Amnistía Internacional.¹¹

A) *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

Recomendación General No. 19 sobre la práctica de cateos ilegales (Diario Oficial de la Federación, 12 de agosto de 2011).

La *Recomendación* fue dirigida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al Secretario de Gobernación, al Secretario de la Defensa Nacional, al Secretario de Marina, al Secretario de Seguridad Pública (Federal), a la Procuradora General de la República, al Procurador General de Justicia Militar, a los Gobernadores, al Jefe de Gobierno del Distrito Federal y a los Secretarios de Seguridad Pública y Procuradores Generales de Justicia de las entidades federativas.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos afirma:

En el desarrollo de las labores de combate a la delincuencia, las fuerzas Armadas y las distintas corporaciones policiales y de procuración de justicia, federales y estatales, incurren frecuentemente en la realización de cateos ilegales, lo que constituye el inicio de una cadena de múltiples violaciones a derechos humanos, en virtud de que además de transgredir el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al ejecutar dichos cateos se ejerce violencia física y psicológica/emocional contra los habitantes de los domicilios que allanan; se realizan detenciones arbitrarias y, con frecuencia, se ocasiona un menoscabo en el patrimonio del ocupante del domicilio. Este solo acto constituye violaciones a los derechos humanos, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho a la intimidad o privacidad, a la integridad y seguridad personal, a la propiedad y por supuesto, a la legalidad y seguridad jurídica.

Según datos de la propia Comisión, de enero de 2006 al 31 de mayo de 2011 recibió 3,786 quejas por cateos ilegales. En este mismo periodo se emitieron 31 recomendaciones en materia de cateos ilegales, siendo todos los hechos muy similares. En nuestra opinión, esto revela una actitud generalizada en las fuerzas armadas y en las corporaciones policiacas (federales, estatales y municipales), de que es legítimo realizar cateos ilegales,

¹¹ Organización no gubernamental (ONG) de carácter internacional, que tiene por objeto realizar labores de investigación y emprender acciones para impedir y poner fin a los abusos graves contra los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos. Fundada en Londres en 1961, ganó el Premio Nobel de la Paz en 1977 y tiene presencia en más de 150 países. *Vid.* POWER, Jonathan, *Como agua en la piedra. La historia de Amnistía Internacional* (Traducción Fabián Chueca del original en inglés *Like Water on Stone*). Madrid, Debate, 2001, 431 pp.

lo que implica que no está autorizado el cateo por juez competente, lo realizan autoridades que no tiene facultades para eso y en la ejecución ilegal del cateo, incurren en otras actividades ilícitas, como maltrato a los ocupantes de los lugares cateados (por lo general domicilios donde habitan las personas afectadas), robo y daño de los bienes y, como consecuencia, detenciones ilegales.

Sigue diciendo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su *Recomendación General No. 19*, que los cateos se vuelven ilegales por una, varias o todas las siguientes causas:

- a) No existe orden de cateo. Estas órdenes solo pueden ser solicitadas por el Ministerio Público y ordenadas por un juez competente. No cualquier juez, aún en materia penal, puede autorizar un cateo. De esta forma, en el Poder Judicial Federal existen los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.
- b) La orden de cateo sólo puede cumplirla la policía investigadora, anteriormente policía judicial, que está bajo el mando inmediato del Ministerio Público. En consecuencia, el ejército, la marina o las policías preventivas sólo pueden ser auxiliares de la policía investigadora en el cumplimiento de las órdenes de cateo, pero de ninguna manera pueden realizarlas por su propia autoridad. En el caso de que un juez competente autorice a las fuerzas armadas o a las policías preventivas a efectuar un cateo, está autorizando a una institución sin competencia en la materia, por lo que ese cateo será ilegal.
- c) En la orden de cateo, que sólo puede ser por escrito, deberá señalarse el lugar a catear, los objetos que se buscan y, en su caso, las personas que se aprehenderán. De la *Recomendación* se deriva que en la mayoría de los casos denunciados ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se manifiesta que quienes realizan el cateo no tienen el menor conocimiento de los objetos o personas que buscan, lo que significa que realizan el cateo, fundados en delaciones anónimas o secretas, o en pesquisas generales o particulares, figuras todas éstas obviamente prohibidas por nuestro marco constitucional y jurídico.
- d) La orden de cateo deberá mostrarse al particular y deberá elaborarse un acta con el resultado del cateo, firmada por dos testigos

propuestos por dicho particular y, ante su negativa, propuestos por la autoridad que hubiere realizado el cateo.

La consecuencia jurídica de que en un cateo no sean cumplidos los requisitos constitucionales, es que no tendrá ningún efecto y las consecuencias que se hayan obtenido como consecuencia del cateo, serán ilegales, sin eficacia probatoria y sin existencia legal.

La *Recomendación* concluye con las siguientes recomendaciones generales:

Primera. Giren instrucciones expresas a los elementos de las corporaciones policiales e integrantes de las fuerzas armadas, a efecto de que en forma inmediata eliminen la práctica de cateos o intromisiones domiciliarias, contrarias a lo establecido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sujetando todo acto de intromisión a un domicilio a los requisitos exigidos en dicho precepto.

Segunda. Giren instrucciones expresas a los agentes del Ministerio Público, a fin de que en los casos en que les sean puestas a su disposición personas que hayan sido detenidas en el interior de sus domicilios, sin que se hayan agotado las formalidades para efectuar un cateo por parte de los elementos policiales e integrantes de las fuerzas armadas, den vista de dichas irregularidades a los órganos de control internos correspondientes y, cuando así lo amerite, inicien la averiguación previa respectiva.

Tercera. Impulsen la adición al Código Federal de Procedimientos Penales y a los códigos penales estatales, de las disposiciones que prevén el procedimiento de solicitud, expedición o ejecución de orden de cateo, señaladas en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, además, impulsen las reformas o adiciones necesarias a fin de que el documento en que obre la orden de cateo, cuente con elementos suficientes para otorgar certeza jurídica a los gobernados; las modificaciones necesarias que regulen la obligación de solicitud de órdenes de cateo, en los casos en que se utilicen medios tecnológicos de cualquier naturaleza que invadan la privacidad de los domicilios.

Cuarta. Diseñen y emitan campañas de difusión e información en medios de alto alcance, con la finalidad de reforzar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y de informar a la sociedad, sobre los

derechos que tiene y los requisitos constitucionales exigidos para la orden de cateo, así como de exponer a la población de coadyuvar con la justicia, haciendo especial énfasis en el derecho que tienen a declarar como testigos en un proceso.

Quinta. Impulsen reformas ante sus respectivas legislaturas a fin de que se tipifiquen como delito, las conductas de allanamiento y las de ordenar o practicar cateos ilícitos.

Sexta. Impulsen ante sus respectivas legislaturas las reformas necesarias para que sus códigos de procedimientos penales, expliciten el requisito de que medie un mandamiento escrito, expedido por una autoridad judicial, para realizar diligencias de cateo en dependencias y entidades públicas.

Séptima. Se enfatice el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a los requisitos constitucionales, para realizar un cateo en los cursos de capacitación, actualización, exámenes de oposición, evaluaciones periódicas, así como concursos de selección para los servidores públicos de las aéreas de procuración de justicia, seguridad pública o castrense que participen en funciones de policía, con la finalidad de que los mismos se realicen con pleno respeto a lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales y leyes internas.

Segundo Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en México (2008)

Este *Segundo Informe* se presentó ante la opinión pública, para dar seguimiento al *Informe Especial* del 16 de enero de 2006 (dirigido a los tres órdenes de gobierno), y para reunir los datos oficiales que han permitido confirmar que en la última década los índices de criminalidad han aumentado, generando una creciente demanda ciudadana, sobre todo por el peligro en que se encuentra su integridad, su seguridad personal y sus bienes ante la violencia de la delincuencia común y organizada.

En el *Informe Especial de 2006*, las propuestas de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos fueron en las siguientes materias:

1. Políticas públicas.
2. Órdenes de aprehensión.
3. Cumplimentación de órdenes de aprehensión.

4. Cuerpos de policía.
5. Desarrollo profesional.
6. Colaboración y coordinación institucional.
7. Registro Nacional de Policías y Sistema Nacional de Huellas Dactilares Delincuencial.
8. Participación de la víctima del delito.
9. Sistema Nacional de Seguridad Pública.
10. Participación Ciudadana.
11. Eficiencia del Ministerio Público.
12. Profesionalización y capacitación.
13. Eficiencia en la gestión.
14. Cumplimiento de Recomendaciones.
15. Derechos de las víctimas del delito.
16. No. de emergencia.

En este *Segundo Informe* se destaca que la seguridad pública en México, se enfrenta a uno de los momentos más delicados y sensibles en su historia, debido al No. de delitos que se cometen diariamente en todo el país, a la violencia que conlleva y por la adopción de estrategias que han resultado ineficaces para el combate a la inseguridad, como la inclusión de miembros de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública. Lo anterior lleva al paradigma seguridad pública y derechos humanos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos afirma que la intervención de miembros de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública da, como primera impresión, que el Estado mexicano está librando una "guerra" contra la delincuencia organizada, y que también se evidencian actos como tortura, detenciones arbitrarias, allanamientos, privaciones ilegales de la vida y, en general, ataques a los derechos humanos, lo que pone en riesgo las libertades individuales y puede llevar al quebrantamiento del Estado de Derecho por el abuso de poder; la responsabilidad del Estado es no sólo por los actos que realizan sus servidores públicos, sino también por las omisiones que estos cometen al permitir y tolerar que particulares actúen impunemente en menoscabo de los derechos humanos, al no sancionarlos por los actos cometidos y por no restablecer a las víctimas en el ejercicio pleno de sus derechos. Aquí, el Estado ha incumplido con su deber de proteger los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción y es el responsable directo por no respetar esos derechos humanos.

La Comisión considera que los grandes desafíos a que se enfrenta el Estado mexicano, en materia de seguridad pública, son:

- a) Abatir el crecimiento inusitado de la delincuencia.
- b) Reducir los altos índices de violencia.
- c) Auspiciar que las víctimas del delito denuncien ante la autoridad competente.
- d) Combatir la impunidad.
- e) Prevenir el delito.

En el *Segundo Informe* aparece mucha información complementaria, que ratifica la inseguridad que se vive en el país. Por ejemplo, la Procuraduría General de la República clasifica a los homicidios dolosos con características de ejecución, conforme a lo siguiente:

- a) Decapitados.
- b) Con tiro de gracia.
- c) Ojos vendados.
- d) Mordaza con cinta adhesiva.
- e) Atados de pies y manos.
- f) Con mensajes en cuerpo o cartulinas.
- g) Más de cinco disparos de arma de fuego.
- h) Que las víctimas hayan sido previamente "levantadas".
- i) Presenten huellas de tortura.
- j) Que en la agresión se hayan empleado armas de grueso calibre tanto cortas como largas.
- k) Que se haya presentado una emboscada o persecución.
- l) Que se encuentren con los dedos o manos mutiladas.
- m) Calcinados.
- n) Descuartizados.
- o) Que los cadáveres hayan sido "encobijados" o "embolsados".
- p) Que hayan sido degollados, colocados en sus propios vehículos e incluso hayan sido quemados en tambos.

Las autoridades locales y federales han incurrido, se señala en el *Segundo Informe*, en los siguientes hechos que generan impunidad y corrupción, y como consecuencia significan la falta de respeto a derechos humanos:

1. Detención arbitraria.

2. Ejercicio indebido de la función pública en materia de seguridad pública.
3. Ataques al derecho a la legalidad y a la seguridad pública.
4. Irregular integración de la averiguación previa.
5. Trato cruel o degradante.
6. Cateos y visitas domiciliarias ilegales.
7. Incumplimiento de la función pública en la procuración de justicia.
8. Ataques a los derechos del indiciado o procesado.
9. Ataques al derecho a la integridad y seguridad personal.
10. Dilación en la procuración de justicia.
11. Ejercicio indebido del servicio público en materia de seguridad pública.
12. Amenazas.
13. Negativa injustificada de beneficios de ley.
14. No consignación de averiguación previa.
15. Intimidación.
16. Insuficiente protección de personas.
17. Ataques al derecho a la libertad personal.
18. Acciones contra la administración de justicia.
19. Falta de información sobre el estado de salud de reclusos o internos.
20. Negativa de asistencia a víctimas de delito.
21. Retención ilegal.
22. Empleo arbitrario de la fuerza pública.
23. Incomunicación.
24. Ejercicio indebido del cargo.
25. Imputación indebida de hechos.
26. Aseguramiento indebido de bienes.
27. Tortura.
28. Extorsión de servidores públicos.
29. Cohecho.
30. Omisión de información al inculcado.
31. Inejecución de órdenes de aprehensión.
32. Denegación de justicia.
33. Ataque al derecho a la vida (homicidio).
34. Ataque a la ubicación de los internos en las aéreas adecuadas.
35. Desaparición forzada o involuntaria de personas.
36. No aceptación de denuncia por maltrato presentado por mujeres.
37. Arraigo.
38. Ejecución sumaria o extrajudicial.

Se destaca también que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha emitido diversas recomendaciones al ejército, dirigidas al Secretario de la Defensa Nacional, por actos consistentes en:

- a) Tortura.
- b) Privación de la vida.
- c) Detenciones arbitrarias.
- d) Uso excesivo de la fuerza pública.
- e) Ataques a la integridad personal.

Estos actos son consecuencia de encargar a las fuerzas armadas, incluyendo a la Marina, funciones de seguridad pública, para las cuales no están entrenadas como las policías preventivas, sino que su objetivo es eliminar al enemigo y no la prevención del delito.

Las conclusiones a que llega la Comisión en el *Segundo Informe* sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en México, son las siguientes:

Primera (LA SEGURIDAD PÚBLICA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL). La protección de la seguridad pública es un derecho humano, reconocido en diversos instrumentos internacionales y en la legislación interna.

Segunda (LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA). Consiste en el esfuerzo mínimo que todo servidor público debe realizar, para proteger a las personas de los abusos contra sus derechos.

Tercera (RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MEXICANO). Son todas aquellas medidas de carácter jurídico, económico, político, administrativo y cultural, que promuevan y protejan el derecho que tienen las personas a su seguridad física y emocional, y a la propiedad y posesión de sus bienes.

Cuarta (AUMENTO DE LA DELINCUENCIA). Ha provocado, ante la ineficacia de las autoridades, que cada vez más las víctimas de delitos se hagan justicia por propia mano, lo que provoca la desconfianza en las Instituciones.

Quinta (INCIDENCIA DELICTIVA). La comisión de delitos ha aumentado a partir de 2006, existiendo una cifra negra de delitos que no son denunciados, lo que lleva a concluir que existe una impunidad del 98.76% respecto de los delitos cometidos.

Sexta (AUMENTO EN LAS EJECUCIONES Y SECUESTROS). Igualmente, han aumentado estos delitos de alto impacto.

Séptima (RESPUESTA DEL ESTADO MEXICANO). El Estado no ha dado una respuesta satisfactoria, por lo que existe una sensación generalizada de inseguridad, que afecta el bienestar y la calidad de vida de todos.

Octava (INEFICIENCIA DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD). La seguridad pública es una función a cargo del Estado, pero las instituciones responsables no han tenido un adecuado desempeño.

Novena (INEFICIENCIA DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS). Igualmente, tampoco las Procuradurías de Justicia han dado resultados satisfactorios.

Décima (MALAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS). Aún cuando las estadísticas pudieran concluir que existen menos denuncias en estos años, eso no significa que los delitos han disminuido, sino que muchos son delitos que no son denunciados y otros son delitos que aún cuando se presente la denuncia, no es iniciada una averiguación previa, sino que el Ministerio Público la integra como un "acta circunstanciada" que no da inicio a una averiguación y, por lo tanto, no entra en las estadísticas delictivas.

Undécima (IMPUNIDAD AGRAVADA). Únicamente alrededor del 2% de los delitos cometidos son sancionados y las víctimas reciben una reparación.

Duodécima (FALTA DE CONTINUIDAD EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS). Las acciones específicas en la materia han dado resultados insuficientes y, en muchos casos, inconsistentes.

Décima Tercera (PLANES Y PROGRAMAS DE GOBIERNO SIN RESULTADOS). No existe continuidad en la materia.

Décima Cuarta (FALTA DE COORDINACIÓN INSTITUCIONAL). No existe coordinación entre las distintas instituciones competentes.

Décima Quinta (RECURSOS ASIGNADOS). A pesar de que el presupuesto federal en materia de seguridad pública se incrementa de manera substancial cada año, los índices delictivos aumentan y las sentencias condenatorias disminuyen, como un reflejo de la ineficiencia institucional.

Décima Sexta (ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO). Es mínima y, a veces, nula la atención que proporciona el Estado.

Décima Séptima (MODELO DE SEGURIDAD PÚBLICA). Los distintos planes y programas en la materia no están vinculados, ni existe coordinación entre las instituciones responsables.

Décima Octava (UN 'NUEVO RUMBO' DE LA SEGURIDAD PÚBLICA). Con la intervención de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pú-

blica, se ha pasado al rango de seguridad interna y se refuerza la idea de que el Estado, está librando una guerra contra la delincuencia y, en especial, contra el narcotráfico.

Décima Novena (ENFOQUE POLICIAL). La militarización de la seguridad pública, ha dado origen que se abandone el concepto de las corporaciones policiacas, provocando que se propicien graves ataques a los derechos humanos, sin que exista un marco jurídico adecuado para sancionar a los militares que incurren en dichos actos.

A este respecto cabe comentar que hasta el “caso Radilla” y las decisiones de la Suprema Corte sobre el mismo, los delitos cometidos por militares en contra de civiles, o como lo dice el texto constitucional “paisanos”, invariablemente eran juzgados por el fuero de guerra, conforme a lo previsto en el artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar:

Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar:

- I. Los especificados en el libro Segundo de este Código;
- II. Los del orden común o federal cuando en su comisión hayan concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:
 - a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;
 - b) Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en el edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;
 - c) Que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de guerra;
 - d) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;
 - e) Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I;

Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.

Los delitos del orden común que exijan querrela necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos c) y e) de la fracción II.

Lo anterior provocó, en muchas ocasiones, impunidad en los delitos cometidos por militares en contra de la población en general, de los cuales

algunos casos han sido llevados a instancias internacionales. Las víctimas de los delitos no tenían acceso a una justicia efectiva, ni podían tener la seguridad de que los responsables pudieran ser efectivamente juzgados y sentenciados, y aún así, dado el sigilo con que las fuerzas armadas llevan todos sus procedimientos en la materia, no puede saberse en realidad que los militares responsables purguen penas de prisión o alguna otra sanción. Considerando el espíritu de cuerpo de las fuerzas armadas y la tradición militar de proteger a los subordinados, el acceso a la justicia para las víctimas civiles se vuelve ineficaz.

Las tesis que aprobó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del “caso Radilla”, son las siguientes:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veinti-

tiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.' conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente."

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias, en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera, con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

Varios 912/2010. 14 de de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.' conclusión a la que se arribó, en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto, por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente."

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'"

CIÓN.”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.¹² La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los

¹² Algunos de los principales instrumentos internacionales en la materia son: “Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica” en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. 2ª ed., México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2011, pp. 153 a 181; “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. 2ª ed. pp. 405-422; Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias sicotrópicas (1988); Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, Italia, 15 de Diciembre de 2000), “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 145-151, “Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 285-297, “Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Pacto de San Salvador”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 223-234; “Protocolo facultativo de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 425-440; “Reconocimiento por parte de México de la competencia del comité contra la tortura, establecido en la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del 10 de Diciembre de 1984”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 423-424; “Retiro parcial de la reserva que el gobierno de México formuló al artículo 25 inciso B) del pacto internacional de derechos civiles y políticos”, en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. p. 333; “Segundo protocolo del pacto internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte” en *Instrumentos internacionales. Materia familiar. Derechos Humanos*. pp. 329 a 332.

derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN’. Y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN””, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto, por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.”

RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 20. Y 8.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 20. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe

ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXXI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional, generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de*

la *Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EX-

CLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional, generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio, en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control, no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional, que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona, para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el No. LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales No.s P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' Y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional, generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Vigésima (LA MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA). Como se ha observado en estos años, esta situación pone en grave riesgo el sistema de libertades públicas y los derechos humanos de los habitantes del país.

Vigésima Primera (AUSENCIA DE DEFINICIONES). No existe una estrategia institucional que involucre a todos, reconociendo la emergencia nacional y estableciendo compromisos de los gobiernos federal, estatales y municipales, de las instituciones autónomas y de la sociedad civil.

Las propuestas que se hacen en el *Segundo Informe* son:

Primera (REDISEÑAR LA ESTRATEGIA NACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO). Debe considerarse como una crisis de inseguridad y violencia, y sólo cuando se considere que pone en riesgo la seguridad interior del país, involucrar de manera temporal a las fuerzas armadas.

Segunda (EL DERECHO DE LOS MEXICANOS A SER PROTEGIDOS). Deben atacarse las causas del delito y no reaccionar únicamente con la represión; debe atenderse a la prevención del delito.

Tercera (ACCESO A LA JUSTICIA). Debe garantizarse de la forma más amplia posible, con diversas medidas específicas.

Cuarta (FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS). La responsabilidad del Estado es no sólo respetar los derechos humanos, sino prevenir, sancionar y erradicar los actos lesivos.

Quinta (UNA NUEVA PERCEPCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD). Es necesario que el estado haga sentir a la población que está haciendo su máximo esfuerzo, para solucionar la crisis de inseguridad y violencia.

B) *Human Rights Watch*

En Noviembre de 2011, la organización Human Rights Watch,¹³ dio a conocer el Informe denominado *Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la 'guerra contra el narcotráfico' de México*. En este documento se hace una descripción general, pero con detalle, de las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, ocurridas de 2006 en adelante, cometidos por instituciones gubernamentales y se precisan los casos ilustrativos de los cuales se realizaron investigaciones exhaustivas. En opinión de esta ONG: *La política del gobierno fracasa en dos aspectos. No sólo no ha logrado reducir sino que ha generado también un incremento drástico de las violaciones graves de derechos humanos, lo cual sólo ha conseguido exacerbar el clima de violencia, caos y temor que prevalece en muchas partes del país.*¹⁴

Human Rights realizó investigaciones exhaustivas en Baja California, Chihuahua, Guerrero, Nuevo León y Tabasco. Señala que las fuerzas de seguridad (militares y policiacas), utilizan la tortura de manera sistemática, y que en numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales hay participación de policías y militares. Lo anterior ocurre de manera endémica en la lucha contra el narcotráfico.

Señala con mucha precisión, que los ataques a los derechos humanos persisten, debido en gran parte, a que los responsables (policías y militares), rara vez son sancionados, gozando de impunidad. Human Rights documenta gran cantidad de casos concretos, ocurridos en las entidades federativas mencionadas en el párrafo anterior.

Las recomendaciones principales que hace esta ONG son:

- a) Asegurar que todos los casos de presuntas violaciones de derechos humanos, se sometan exclusivamente a la justicia penal ordinaria.
- b) Mejorar la implementación de la reforma de justicia.
- c) Asegurar el cumplimiento de las garantías de debido, procesa para prevenir abusos contra detenidos.

¹³ ONG internacional, con más de 30 años en la defensa y promoción de los derechos humanos, goza de prestigio y respeto en todo el mundo. Su sede está en Nueva York y tiene oficinas en Berlín, Bruselas, Chicago, Ginebra, Johannesburgo, Londres, Los Ángeles, Moscú, París, San Francisco, Tokio, Toronto y Washington, D.C.

¹⁴ El Informe completo, en 230 pp., puede consultarse en www.hrw.org

- d) Asegurar que las violaciones de derechos humanos sean investigadas y juzgadas de manera oportuna, exhaustiva e imparcial.

C) *Amnistía Internacional*

En Mayo de 2012 se dio a conocer el *Informe 2012 de Amnistía Internacional. El Estado de los derechos humanos en el Mundo*,¹⁵ que cubre el periodo de Enero a Diciembre de 2011. Las partes esenciales de dicho *Informe*, respecto de la "guerra contra el narcotráfico" son:

El gobierno del presidente Calderón siguió desplegando a 50,000 soldados y a un No. creciente de infantes de marina, para combatir a los cárteles de la droga. Durante el año, éstos lucharon entre sí y contra las fuerzas de seguridad por el control territorial en ciertos estados, como Chihuahua, Nuevo León, Veracruz, Coahuila, Tamaulipas y Guerrero. Más de 12,000 personas perdieron la vida en la violencia resultante. La gran mayoría de estos homicidios nunca se investigaron. En abril, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), informó de que había aún 8,898 cadáveres sin identificar en las morgues del país y de que se había denunciado la desaparición de 5,397 personas desde 2006. Más de 40 soldados y 500 policías fueron asesinados en 2011. Durante el año se recibió información según la cual las bandas, el ejército y la policía habían matado a un No. creciente de personas no relacionadas con los cárteles. (...) La preocupación que la violencia suscitaba entre la opinión pública, y la insatisfacción por la respuesta del gobierno, desembocaron en la creación del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, que celebró protestas en muchas partes del país para exigir que se pusiera fin a la violencia y a la impunidad. El gobierno estadounidense entregó a México nuevos fondos relacionados con la seguridad, así como otras transferencias en el marco de la Iniciativa de Mérida, acuerdo trienal de cooperación y seguridad regional. Aunque Estados Unidos retuvo temporalmente algunos fondos, y a pesar de que el gobierno mexicano siguió incumpliendo ciertas condiciones de derechos humanos, las transferencias se realizaron. Una fallida operación estadounidense para seguir el rastro de las armas introducidas de contrabando en México, puso de relieve la inexistencia de mecanismos efectivos para impedir que las bandas de delincuentes introdujeran armas en el país. (...) El gobierno hizo caso omiso de los informes generalizados sobre violaciones graves de derechos humanos —tales como torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y uso excesivo de la fuerza—, cometidas por el ejército y, de forma creciente, por personal de marina. Siguió afirmando que los abusos eran excepcionales y que sus autores rendían cuentas de sus actos.

¹⁵ Puede consultarse en la siguiente página de internet: amnistia.org.mx

El *Informe* de Amnistía Internacional sobre México, incluye otros temas además de la guerra contra el narcotráfico. También se refiere a migrantes irregulares; ataques contra periodistas, defensores de derechos humanos y mujeres; y la llamada “guerra sucia” (1964-1982). Respecto del tema que nos ocupa, en el *Informe Anual 2012* se destaca lo siguiente:

- a) Los cárteles de la droga y otras bandas delictivas, actuando en ocasiones en colusión con la policía u otros funcionarios públicos, mataron y secuestraron a miles de personas.
- b) El gobierno no adoptó medidas efectivas, para prevenir o investigar los ataques graves y generalizados a los derechos humanos, cometidos por las fuerzas armadas y la policía, que incluyeron desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y detenciones arbitrarias.
- c) El gobierno no dio respuestas sustantivas a las solicitudes de información de Amnistía Internacional.
- d) El sistema de justicia penal no hizo justicia ni proporcionó seguridad.
- e) Los responsables de la mayoría de los delitos no rindieron cuenta de sus actos.

En otro documento de Amnistía Internacional, denominado *Escudar a los culpables. Justicia militar en México*, se resumen algunos casos que desde 2009 han sido resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenando a México por actos cometidos por militares en contra de civiles. Esos casos son:

1. Rosendo Radilla Pacheco.
2. Inés Fernández y Valentina Rosendo.
3. Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel.

En *Escudar a los culpables* se destacan las siguientes características del sistema de justicia militar en México:

- a) La investigación y procesamiento de militares que no respetan los derechos humanos, se efectúa bajo la justicia militar.
- b) Lo anterior provoca diversas dificultades para las víctimas de abusos y delitos por parte del ejército: deben denunciar los hechos ante la misma institución que cometió los abusos; se enfrentan a

un sistema que carece de independencia y que sistemáticamente ha protegido a sus miembros; no reciben ninguna información sobre el trámite de sus denuncias.

- c) Existe una impunidad generalizada para los miembros del ejército.
- d) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoció la imparcialidad del sistema de justicia militar y ordenó que todos los casos donde se vieran afectados derechos humanos, fueran excluidos de la jurisdicción militar, ordenando que se reformara el artículo 57 del Código de Justicia Militar.
- e) La reforma que en octubre de 2010 propuso el Ejecutivo federal al Senado, no cumple los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que sólo se refiere a los delitos de violación, tortura y desaparición forzada y no a los demás abusos contra derechos humanos, dejando al ejército la facultad de decidir cuando un caso debe trasladarse a la jurisdicción civil.

Cabe mencionar que las anteriores consideraciones también son aplicables a los miembros de la Armada, los cuales participan, aún desde 2006 como el ejército, de una manera cada vez más amplia en la lucha contra el narcotráfico.

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

Una función del Estado, indelegable por su propia naturaleza, es la de salvaguardar la integridad y existencia de la población que gobierna. Esta función es, al mismo tiempo, una obligación del Estado, lo que implica el derecho de los gobernados, a que se les proteja. La forma de ejercer esa protección, es mediante el ejercicio y regulación de la seguridad, en cada una de sus distintas variantes. Por seguridad entendemos las acciones y elementos necesarios, para salvaguardar la integridad y existencia del Estado, de la sociedad o de las personas. Es así que en materia de seguridad, podemos mencionar cuatro clases: a) seguridad nacional; b) seguridad pública; c) seguridad privada y d) seguridad personal o individual.

En la parte conducente del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé a la seguridad pública como una función a cargo de todos los niveles de gobierno. Como reglamentaria del

referido artículo 21 constitucional, en materia de seguridad pública, se expidió la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Igualmente, son aplicables en materia de seguridad: la Ley de Seguridad Nacional; la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal; la Ley Federal de Seguridad Privada y la Ley de Seguridad Privada para el Distrito Federal:

La seguridad es obligación del Estado proporcionarla y, en su caso, regularla. Cabe mencionar que no existe, en nuestra legislación, un concepto de seguridad personal o individual; por lo tanto, entenderemos por esa clase de seguridad, las acciones y elementos que cada persona se procura para atender y preservar su propia integridad. La seguridad es obligación del Estado. En caso de que el Estado no pueda proporcionarla, por lo menos debe otorgar y permitir que el particular busque su propia seguridad. La forma en que el Estado tiene para cumplir esa obligación, ante la omisión de proporcionar seguridad, es permitiendo al particular que tenga acceso a todos los medios materiales para hacer efectiva su seguridad y legítima defensa. Y la manera en que el Estado podrá solucionar la crisis de seguridad y de derechos humanos provocada por la guerra contra el narcotráfico, será con la despenalización.

III. CONCLUSIONES

Es dado al hombre, señor, atacar los derechos ajenos, apoderarse de sus bienes, atentar contra la vida de los que defienden su nacionalidad, hacer de sus virtudes un crimen y de los vicios propios una virtud; pero hay una cosa que está fuera del alcance de la perversidad, y es el fallo tremendo de la Historia.

Benito JUÁREZ

- a) Como consecuencia de la “guerra al narcotráfico” durante el periodo 2006-2012, existió una sensación generalizada en el país de inseguridad.
- b) Esa inseguridad se reflejó en un aumento de la violencia relacionada con el narcotráfico y con los delitos conexos.
- c) Las fuerzas armadas, corporaciones policiacas y las instituciones de procuración y administración de justicia, encargadas de combatir y reprimir el narcotráfico, frecuentemente incurrieron en ataques contra los derechos humanos, tomando como pretexto la lucha contra la delincuencia.

- d) No existió, al parecer, una política de Estado donde se originara la falta de respeto a los derechos humanos.
- e) Sin embargo, hubo un desinterés general en las autoridades (locales y federales), para promover y proteger los derechos humanos y para sancionar los ataques a estos.
- f) Asimismo, puede afirmarse que, a pesar de las reformas constitucionales y legales en la materia, no existió una decisión política firme y decidida para proteger los derechos humanos.

Para solucionar la situación expuesta, se deberá:

- a) Sancionar a los responsables de ataques a los derechos humanos y a los responsables, por omisión, de que no sean castigados.
- b) Excluir a las fuerzas armadas de la lucha contra el narcotráfico.
- c) Despenalizar el narcotráfico.¹⁶
- d) Aplicar una política institucional de respeto a los Derechos Humanos.
- e) Fomentar en las autoridades federales y locales, el convencimiento moral de que el respeto a la ley, esencialmente en materia de derechos humanos, es su obligación principal.

¹⁶ La primera droga que deberá despenalizarse es la marihuana, toda vez que es la de mayor demanda y mayores ganancias produce a los cárteles de la droga, tiene usos medicinales y, sobre todo, no causa adicción ni se han registrado, en la historia contemporánea de la medicina, casos de muerte por sobredosis.

Una de las investigaciones más recientes y completas, sobre las consecuencias del uso de la marihuana, es el que ha dado a conocer en Agosto de 2012, la Universidad de Duke, en Carolina del Norte, Estados Unidos. El estudio fue publicado en *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS) y duró más de 20 años, se aplicó a 1,037 personas, nacidas entre 1972 y 1973 en Nueva Zelanda; el seguimiento se efectuó hasta que los participantes cumplieron 38 años; se realizaron estudios cuando eran niños, antes de que empezarán a usar la droga y después de manera periódica. Los resultados fueron:

1. Cuando el consumo de la marihuana se realiza por niños y adolescentes, se causan daños irreversibles en las facultades neuropsicológicas, dependiendo de la frecuencia y cantidad que se consume, además de que mientras más temprano se inician en el uso de esta droga, más daño se causa.
2. Por el contrario, cuando el consumo se inicia después de que el cerebro está completamente formado, o sea, de los 18 años de edad en adelante, no existen evidencias de mayores daños.

La investigación fue dirigida por la Dra. Madeleine Meir, contando con la colaboración, entre otros científicos, de la Dra. Terrie Moffitt, del Instituto de Psiquiatría del King's College de Londres, quien declaró “es un estudio tan especial que ahora puedo decir con seguridad que la marihuana es segura para los cerebros mayores de 18 años, pero es peligrosa para los menores de 18 años”.

*Cuando uno mira a los resultados de la estrategia de Calderón,
la mayoría de la gente dirá que no ha funcionado.
Ha muerto demasiada gente.¹⁷*

Kofi ANNAN (2012)

*La única guía de un hombre es su conciencia; el único escudo frente
a sus recuerdos es la rectitud y la sinceridad de sus acciones.
Es muy imprudente caminar por la vida sin ese escudo, pues a
menudo nos engañan la frustración de nuestras esperanzas
y el fracaso de nuestros cálculos; pero con ese escudo,
al margen de las jugarretas del destino,
avanzamos siempre en las filas
del honor.*

Winston CHURCHILL

¹⁷ EFE, "Táctica de FCH falló: Annan. 'Ha muerto demasiada gente'. Exsecretario de ONU llama a despenalización de las drogas", en *El Universal*. México, 19 de octubre de 2012, p. A20. Kofi Annan participó en la elaboración de un informe de la Comisión Global de Política de Drogas (2011), dirigido por el expresidente de Brasil Fernando Henrique Cardoso, donde se recomendó regular el consumo de marihuana y despenalizar el uso de otras drogas.

EL ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO EN LAS FACULTADES DE DERECHO ITALIANAS: JUSTIFICACIONES HISTÓRICAS Y ACTUALES

Alessandro CASSARINO*

SUMARIO: 1. Breves consideraciones sobre el origen de la introducción de la enseñanza del derecho público romano en las Facultades jurídicas italianas. 2. Razones actuales para justificar el estudio del derecho público romano en las Facultades jurídicas italianas. 3. Ejemplos de sectores del derecho romano público que podrían favorecer la reflexión de un jurista moderno: el sistema constitucional republicano. 4. La distinción entre derecho público y derecho privado y la formación de un sistema de derecho privado por medio de una pluralidad de ordenamientos. 5. Las formas jurídicas de las relaciones internacionales. 6. La articulación administrativa del territorio romano.

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA INTRODUCCIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO EN LAS FACULTADES JURÍDICAS ITALIANAS

A fines del siglo XIX en la carrera de Derecho de las Facultades italianas eran previstas tres asignaturas obligatorias de derecho romano: Instituciones de derecho romano, Derecho romano, que se llamaba también Curso de Pandectas, e Historia del derecho romano. La primera tenía como objeto la exposición sistemática del derecho privado romano, la segunda profundizaba algunos institutos contenidos en el Digesto de Justiniano, por medio del análisis de los textos de los juristas, mientras que la tercera se proponía ofrecer a los alumnos un cuadro general de la evolución histórica

* Doctor de Investigación en Derecho Romano, Europeo y Transnacional de la Universidad de Siena y estudioso de la asignatura de Derecho Romano, reconocido por el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, correo electrónico: alexcass@email.it

del derecho romano, en las varias épocas desde los orígenes de la ciudad hasta la muerte de Justiniano en 565 d. C.

Así la Historia del derecho romano vino a centrarse en el estudio del derecho público en sus distintas ramas: el derecho constitucional, administrativo, penal y procesal penal, las fuentes del derecho y se dejó a las Instituciones de derecho romano todo el sector del derecho privado. Esta división del derecho público y privado romano entre las dos asignaturas sigue existiendo en sus líneas generales aún hoy.

La introducción en Italia del derecho público romano como enseñanza necesaria para la formación de un jurista, fue una novedad respecto del modelo educativo alemán, que ejerció un influjo enorme en Europa a lo largo de todo el siglo XIX. De hecho, mientras que en Alemania el gran desarrollo de las investigaciones sobre el derecho constitucional y público de Roma, es debido sobre todo a los historiadores 'puros', que estaban en búsqueda de una legitimación en el mundo antiguo de los poderes del Káiser del nuevo Imperio alemán proclamado en 1871, en Italia la materia se incluyó en la esfera de intereses de los juristas, que sentían la necesidad de ofrecer la visión del camino realizado por el derecho público romano en paralelo a la formación paulatina del ordenamiento privado.¹

La grandeza de la ciencia jurídica alemana ciertamente había representado un modelo fundamental para la italiana alejándola desde las últimas décadas del siglo XIX del influjo francés, que había predominado hasta entonces. Pero la introducción de la enseñanza del derecho público romano en las Facultades de Derecho, constituye un elemento de originalidad de la experiencia italiana que la distingue de la alemana.

Lo que no debe sorprender a la luz del papel de los juristas romanistas, en el renacimiento de los estudios jurídicos en Italia al comienzo de 1880, después de más de un siglo de decadencia.² Una vez introducido como materia de estudio, el derecho público romano fue considerado como un requisito indispensable para entender el clima político y jurídico, dentro del cual se había desarrollado el ordenamiento del derecho privado y su sistema de fuentes.

¹ Véanse las consideraciones expresadas sobre este punto por M. Talamanca al celebrar la persona de su Maestro Arangio-Ruiz: TALAMANCA, Mario, *Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964): Trent'anni dopo*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (BIDR) 96-97, 1999, pp. XIII y ss.

² Sobre el tema cfr. ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 271 y ss.; GROSSI, Paolo, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000.

También en la primera mitad del siglo XX se mantuvo vivo en Italia el interés por este sector jurídico, que conoció una fase de celebridad sobre todo durante el régimen fascista de Mussolini (1922-1943), pues aquel poder político se consideraba heredero directo del romano. Sin embargo no es verdad que sólo los juristas comprometidos con la dictadura, se dedicaron al estudio y enseñanza del derecho público romano, por el contrario hubo muchos, que lo hicieron de una forma científicamente neutral o aún más por oposición a las ideas de la dictadura.

No es por casualidad que casi paradójicamente después de la Segunda guerra mundial (1939-1945) y la caída del Fascismo (1943), los mejores estudiosos de esta materia fueron grandes juristas y Maestros así como: Francesco de Martino, Antonio Guarino, Giuseppe Grosso, Feliciano Serraio (y otros) que reaccionaron al uso arbitrario que el régimen fascista había hecho del derecho público romano, demostrando claramente su verdadero contenido.

2. RAZONES ACTUALES PARA JUSTIFICAR EL ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO EN LAS FACULTADES JURÍDICAS ITALIANAS

Si éstas son las razones históricas que explican la introducción y conservación de la asignatura, de derecho público romano en las Facultades de Derecho italianas, necesita considerarse ahora porqué ha sobrevivido también después de las profundas reformas de los años 1999 y 2004.

A mi parecer, su sobrevivencia no es debida a motivos de un inútil obsequio a la formación tradicional de un jurista, sino al hecho de que un curso de derecho público romano, puede estimular importantes reflexiones en los estudiantes de primer año (a los que está destinado), sobre algunos fenómenos jurídicos, que tendrán la ocasión de encontrar a lo largo de sus estudios y vida profesional, así como el funcionamiento de un sistema constitucional elástico, básicamente no escrito en una Carta fundamental, sino relacionado con la sociedad 'material' en desarrollo continuo; la pluralidad de las fuentes de derecho, que no se pueden reducir a la sola ley; la convivencia de más ordenamientos (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*) en un mismo ordenamiento unitario; algunas garantías reconocidas al acusado en el proceso penal; las relaciones internacionales de paz y guerra; los modelos de organización del territorio 'estatal' y la cuestión de la concesión de la ciudadanía y la progresiva integración de los extranjeros.

Sin embargo, no es fácil realizar concretamente un curso de derecho público romano. Un primer tipo de dificultad depende de la elección de los argumentos que pueden formar objeto de las clases, ya que son muchos y se desarrollan en un ámbito temporal muy largo. A ésta se suman otras dificultades más graves, debidas a la diferente procedencia de los datos antiguos a nuestra disposición, con que reconstruir el cuadro jurídico de las varias instituciones.

En efecto falta para el derecho público romano un modelo de manual básico, que corresponda a lo que representan en el derecho privado las Institutas de Gayo (de la mitad del siglo II d. C. y ‘redescubiertas’ en 1816 en la biblioteca capitular de Verona) y las Institutas de Justiniano escritas en 533. Además, todo el ordenamiento publicístico de un periodo muy extendido de la experiencia romana (las épocas del reino, la república y el primer imperio —siglos VIII a. C., II d. C.—), se puede conocer casi exclusivamente por medio de las fuentes históricas, literarias, epigráficas que suscitan no pocos problemas e incertidumbres bajo el perfil de la claridad de los términos y conceptos. Sólo en mínima parte son disponibles los textos jurídicos antiguos sobre el derecho público, como es el largo pasaje del manual (*enchiridion*), del jurista Pomponio (mitad del II siglo d. C.) incluido en el Digesto de Justiniano (D. 1.2.2), en donde se tratan brevemente las fuentes del derecho, los magistrados y las principales figuras de juristas.

También para el imperio desde el III siglo d. C. hasta Justiniano, lamentablemente el panorama del derecho público que tenemos, es muy fragmentario y problemático pues del *Corpus iuris civilis* se desprenden sólo algunas noticias, que van completadas con los datos de las fuentes extra-jurídicas, incluidos los contenidos en los escritos de naturaleza religiosa y eclesiástica.

3. EJEMPLOS DE SECTORES DEL DERECHO ROMANO PÚBLICO QUE PODRÍAN FAVORECER LA REFLEXIÓN DE UN JURISTA MODERNO: EL SISTEMA CONSTITUCIONAL REPUBLICANO

Entre todos los posibles argumentos que podrían formar objeto de un curso de derecho público romano, valdría la pena reflexionar aquí sobre unos ejemplos concretos. Empecemos con el ordenamiento constitucional maduro de la época republicana (287-133 a. C.).

En una constitución que sigue manteniendo su carácter básicamente no escrito, aún después de las leyes de reforma aprobadas en el periodo entre el 367 y el 287 a. C.,³ son tres los elementos que desarrollan un papel fundamental en la adecuación del sistema a las exigencias, que paulatinamente se manifiestan con la evolución de la sociedad y política romanas. El primero es la praxis derivante de la actividad de gobierno de la república (la *res publica*), inspirada en los usos y costumbres de los antecesores (el *mos maiorum*); por lo tanto la manera de tratar los asuntos públicos, se basaba muchas veces sobre la autoridad de los antiguos gobernantes y sus enseñanzas. El segundo elemento es representado por la introducción de nuevas soluciones (indicadas como “nuevos ejemplos”, *nova exempla*), por parte de un órgano así como un magistrado mayor con poder de imperio (un cónsul o un pretor) o bien el senado, sin un acuerdo previo con los demás órganos; la nueva solución una vez introducida, se ponía como un precedente al que poder referir cuando se presentaban casos análogos. El tercer elemento consiste en la realización de convenciones entre órganos constitucionales, para la aceptación de nuevos principios y reglas para la modificación y adecuación del sistema existente.⁴

Estos tres elementos obviamente eran condicionados por la dialéctica política entre grupos y clases sociales y los partidos y movimientos que los representaban.⁵

Ya los Romanos de la época estaban conscientes de dichas características de su orden constitucional, en el momento en que subrayaban su formación consuetudinaria, como escribe Cicerón en el *De republica*, al recordar el pensamiento de Catón el viejo (el Censor), que a inicios del siglo II a. C. había proclamado la superioridad de la constitución romana, respecto de aquellas de las ciudades griegas, pues sus ordenamientos dependían de la obra de un solo hombre (Solón, Clístene, Licurgo), mien-

³ De las que las más importantes son: la ley Licinia-Sextia (367 a. C.), que imponía la elección de uno de los cónsules entre los plebeyos y que les abrió el acceso a las demás magistraturas, la ley Ovinia (318-312 a. C.), que reglamentó la elección de los senadores confiándola a los censores; la ley Ogulnia (300 a. C.), que admitió los plebeyos a los colegios sacerdotales más elevados (Pontífices y Augures); la ley Hortensia (287 a. C.), con la que se reconoció a los plebiscitos votados por la plebe el mismo valor de las leyes. Sobre estos ordenamientos véase PETRUCCI, Aldo, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 35 y ss.

⁴ V. CERAMI, Pietro, PURPURA, Gianfranco, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 94 y ss.

⁵ Cf. DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana* vol. I, Napoli, Jovene, 1972, pp. 251 y ss., vol. II, Napoli, Jovene, 1973, pp. 138 y ss.; Feliciano SERRAO, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, Pacini, 1981, pp. 39 y ss., 135 y ss.

tras que la romana era el resultado del ingenio de muchos a través de los siglos y generaciones:

Catón solía decir que la constitución de nuestra ciudad era superior a las de las ciudades <griegas>, porque en aquellas la república había sido constituida generalmente por una sola persona con sus leyes e institutas ...por el contrario nuestra república fue constituida no por el ingenio de un solo hombre, no con la vida de uno, sino por muchas generaciones y siglos (De rep. 2.1.2).⁶

Tal realidad explica a nuestros ojos de juristas modernos, un interesante aspecto de ‘elasticidad’ de la constitución romana republicana, gracias a que muchas veces se realiza la que nos parecería, una desventaja superación de normas establecidas en leyes o plebiscitos anteriores, sin que se considere como un acto de ilegalidad o una violación del orden constitucional. Lo que nos podría incitar a reflexionar sobre un modo de adecuación constante, de un sistema a la sociedad real y sus necesidades concretas que no implica, pero ni cambios de régimen ni subversiones de un orden que por el contrario, siempre se renueva así según líneas compartidas por los órganos constitucionales y las fuerzas “políticas” que se mueven tras ellos. Dicha reflexión podría servir para ofrecer una visión alternativa a la de los sistemas constitucionales “rígidos” (como son la mayoría de los modernos) y sus problemáticas de adecuación a las nuevas instancias, procedentes de sociedades en constante evolución.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO Y LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA DE DERECHO PRIVADO POR MEDIO DE UNA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS

Otra temática relacionada a un curso de derecho público romano, que podría revelarse importante para la formación jurídica, sería la separación conceptual entre las nociones de derecho público y derecho privado. Se trata de una separación tan obvia que hoy se considera como un supuesto implícito, que no merece ni una explicación. En realidad es el resultado de una reflexión jurisprudencial de los Romanos, que se elaboró durante por

⁶ *Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis ...nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.*

lo menos dos siglos (IV-II a. C.) y que se apoya sobre todo en el diferente tipo de intereses que las dos ramas del derecho quieren perseguir.

La conceptualización más clara se encuentra en un famoso texto del primer libro de las Institutas de Ulpiano (que vivió durante las primeras décadas del siglo III d. C.), puesto al inicio del Digesto de Justiniano (D. 1.1.1.2) en donde se afirma:

de las actividades de un jurista dos son los sectores: el público y el privado. El derecho público (ius publicum), es el que atañe al orden y organización de la comunidad romana, el derecho privado (ius privatum) es el que atañe a la utilidad de los particulares ...el derecho público consiste en los cultos divinos, sacerdotes y magistrados. El derecho privado es dividido en tres partes, pues proviene de los preceptos del derecho natural, derecho de las gentes, derecho civil.⁷

En su testimonio Ulpiano retoma conceptos, que ya se habían delineado en la experiencia jurídica romana desde hace muchos siglos, porque son los mismos que se pueden desprender de la sistemática de la obra *Sobre las leyes (De legibus)* de Cicerón,⁸ escrita en torno a la mitad del siglo I a. C. Lo que se pone de relieve en esta definición es lo siguiente:

- a) El derecho público y el derecho privado representan dos sectores (*positiones*), específicos de un mismo y único ordenamiento jurídico: el primero refiere al orden y organización de la comunidad romana (*ad statum rei Romanae*), el segundo a la utilidad de los particulares (*ad singulorum utilitatem*);
- b) Los dos derechos (público y privado) a su vez son formados por la incorporación y unión de más derechos: el derecho público se compone de las normativas relativas a los cultos institucionales de todo el pueblo romano (*sacra publica*), las actividades y funciones de los colegios sacerdotales (*sacerdotia*), encargados de la gestión de las relaciones de la república con las divinidades, y por último las actividades y funciones de los órganos “laicos” de la comunidad, definidos con el nombre colectivo de magistrados (*magistratus*), cuya tarea es la administración político-constitucional de la misma comunidad;

⁷ *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ...publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

⁸ CICERÓN, *De legibus* 2.19 y ss. y 3.6 y ss.

- c) El derecho privado resulta de la confluencia de más derechos que el jurista indica como derecho natural, derecho de las gentes y derecho civil (*ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*);
- d) La composición variada del derecho público y privado y el distinto origen de los preceptos que los integran, no inciden en el carácter unitario del ordenamiento jurídico romano, que sigue siendo uno solo aunque articulado en más ramas.⁹

Si resulta detallada de una forma muy precisa la diferencia de objeto entre los dos sectores del derecho con base en los distintos intereses —de la comunidad o bien de los particulares— que los inspiran, llama mucho la atención la afirmación de Ulpiano que da tanta importancia en el derecho público a las normativas, que reglamentan los cultos colectivos y las actividades de los colegios sacerdotales, mientras que reduce todo el aparato laico de la administración del “Estado” a la expresión “magistrados”.¹⁰ Sin embargo, lo que importa destacar para nuestros fines actuales es la visión unitaria del ordenamiento jurídico, que se revela en la concepción del jurista a pesar de su separación en dos grandes sectores; y no es por casualidad que su pensamiento se manifiesta al inicio de una obra de carácter básico (como son sus *Institutas*), destinada a la formación jurídica elemental, para proclamar que esta debe ser única, no teniendo ningún sentido tener distinta la preparación para un jurista de derecho público y uno de derecho privado.

En cuanto a este último sector los Romanos aparecen conscientes perfectamente, de su naturaleza compleja desde el siglo I a. C. Ya entonces existía un sistema de derecho privado, compuesto por la agregación de tres distintos ordenamientos (o como alguien prefiere decir, niveles normativos):¹¹ el derecho civil (*ius civile*), que era el más antiguo, pertenecía sólo a los ciudadanos romanos y procedía de las costumbres (*mores*), las leyes y plebiscitos, los decretos del senado y la interpretación de los juristas (la *iurisprudencia*), el derecho honorario (*ius honorarium*), que era creado por los edictos de los magistrados (en primer lugar de los pretores),

⁹ Sobre dicha definición de derecho público y privado cf. las observaciones de GUARINO, Antonio, *Forma e materia della costituzione romana*, en *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna), Napoli, ESI, 2006, pp. 397 y ss.; CERAMI-PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, op. cit., pp. 1 y ss.

¹⁰ Posibles explicaciones de esta afirmación se encuentran en los autores mencionados en la nt. 9.

¹¹ Así e.g. LANTELLA, Lelio-STOLFI, Emanuele, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 32 y ss.

en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales y estaba dirigido a todos los que vivían en el territorio sometido a Roma, y el derecho de gentes (*ius gentium*), que se configuraba como el derecho que incluía las instituciones jurídicas, comunes a todos los pueblos y que en la parte referente a los comercios había penetrado en el sistema privado romano, por medio de la actividad jurisdiccional del pretor ‘peregrino’, encargado de fijar los términos de controversias en materia mercantil entre Romanos y extranjeros o bien, entre extranjeros que tenían sus negocios en Roma para que un juez pudiese solucionarlas.¹²

Comentaba Cicerón en su libro *Sobre los deberes (De officiis)*:

*Nuestros antecedentes quisieron que una cosa fuese el derecho ‘civil’ y otra el derecho ‘de gentes’: el derecho ‘civil’ no puede identificarse con el derecho ‘de gentes’, mientras que el derecho ‘de gentes’ forma parte del derecho ‘civil’ (3.17.69).*¹³

En su visión, el derecho de gentes aparecía como el derecho común a los distintos pueblos, que por un lado, se contraponía al derecho civil, entendido como derecho específico y propio de los ciudadanos de una comunidad, más que por el otro, venía a sumarse al derecho civil en la formación del ordenamiento jurídico de una misma comunidad, que nacía de la reunión de normas para sus propios ciudadanos y normas comunes a todos.

La consciencia que en un único ordenamiento de derecho privado se mezclaban más ordenamientos paralelos, se expresa aún más claramente en el pensamiento de los juristas clásicos, como se puede desprender de algunos textos muy famosos que consideramos a continuación.¹⁴

El primero es el pasaje de apertura de las *Institutas* de Gayo (1.1-2), en donde se afirma que:

1. *Todos los pueblos que son regidos por leyes y costumbres, en parte utilizan su derecho, en parte utilizan el derecho común a todos los hombres: en efecto el derecho que cada pueblo creó para sí es propio de aquel pueblo y se llama derecho civil (ius civile), como si fuera el derecho propio de la comunidad;*

¹² Véase SERRAO, Feliciano, *Il sistema delle fonti nella costituzione romana*, en *Tradizione romanistica e Costituzione*, op. cit. pp. 341 ss.

¹³ *...maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod ius civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet ...*

¹⁴ Para un análisis más profundizado reenvío sobre todo a SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 115 y ss., 246 y ss.; CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 169 y ss., 361 ss.

por el contrario el derecho que la razón natural creó para todos los hombres, se observa en el mismo modo por todos los pueblos y se llama derecho de las gentes (*ius gentium*), en cuanto derecho que utilizan todas las gentes. Por lo tanto el pueblo romano en parte utiliza su propio derecho, en parte lo que es común a todos los hombres...

2. Los ordenamientos del pueblo romano (*iura populi Romani*) se componen de leyes, plebiscitos, decretos del senado, constituciones del emperador, edictos de los magistrados y respuestas de los juristas.¹⁵

El jurista empieza su manual para los estudiantes con una afirmación de carácter general: el ordenamiento jurídico de cada pueblo es formado por dos tipos de derecho, uno propio a él y otro común a todos los hombres. El primero integra el derecho civil (*ius civile*), que cada comunidad constituye para sus ciudadanos, mientras que el segundo es el fruto de la razón natural (*naturalis ratio*) y por lo tanto incluye normas e institutos compartidos entre Romanos y extranjeros.

En esta afirmación, Gayo relaciona el derecho 'de gentes' (*ius gentium*) en su sentido de derecho común a todos los pueblos, a la razón natural sin confundirla con el derecho natural, que no define ni trata en su exposición elemental. En el § 2 se destaca otro aspecto de la enseñanza gayana: el ordenamiento jurídico romano se expresa con el término plural de 'ordenamientos' (*iura*), para indicar el distinto origen de los derechos que lo forman: el derecho civil que proviene de las leyes, plebiscitos, decretos del senado, constituciones imperiales e interpretación de la jurisprudencia, y el derecho honorario que emana de los edictos de los magistrados.

Dicha separación se observa también en un texto de Papiniano (2 *defin.*) puesto en D. 1.1.7 pr.-1, en donde se identifica el derecho civil como el que deriva de las mismas fuentes ya listadas por Gayo, y el derecho honorario como el que los pretores introdujeron para ayudar, suplir y corregir el primero:

El derecho civil es el que viene de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los emperadores y autoridad de los juristas. El derecho pretorio es el que los pretores introdujeron, para ayudar o suplir o corregir el derecho civil por pública

¹⁵ *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur ... Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

*utilidad. Este derecho se llama también honorario porque hace referencia al cargo (honor) de los pretores.*¹⁶

También en la doctrina de Papiniano no se rompe la unidad del derecho privado, sino se subraya su derivación de ordenamientos distintos, de que el honorario que es creado por la actividad jurisdiccional de los pretores, sirve para completar e integrar el civil para fines de pública utilidad.

Por último concentremos nuestra atención sobre otro pasaje de Ulpiano, extraído siempre del libro primero de sus Institutas e incluido en una "cadena" de textos, insertados en el título de apertura del Digesto de Justiniano (D. 1.1).

Después de haber afirmado como ya hemos visto, la tripartición del derecho privado en derecho natural, de gentes y civil, Ulpiano define el primero (*ius naturale*) con estas palabras:

*El derecho natural es el que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que nacen en la tierra y el mar y es común también a los aves (D. 1.1.1.3).*¹⁷

Indicando como ejemplos la unión del macho y de la hembra (que los hombres llaman matrimonio) y la procreación y crianza de los hijos; a continuación se expresa la noción de derecho de las gentes (*ius gentium*):

*El derecho de gentes es el que utilizan las gentes humanas. Este derecho fácilmente se puede distinguir del derecho natural, porque el derecho natural vale para todos los animales, mientras que el derecho de gentes solo es común a los hombres (D. 1.1.1.4).*¹⁸

Y para aclarar mejor la diferencia, se alude a la esclavitud y a sus modos de liberación (las manumisiones), como instituciones que son propias del derecho de gentes y que son desconocidas al derecho natural, según el cual todos los hombres nacen libres.

¹⁶ *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

¹⁷ *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est.*

¹⁸ *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

Por lo tanto en la perspectiva ulpiana se niega la identificación entre derecho natural y derecho de gentes, pues las dos ramas se mantienen distintas y no se pone la razón natural, en la base de las instituciones jurídicas comunes a todos los pueblos humanos. Aunque esta teoría tenga elementos novedosos capaces potencialmente de dar vida, a una auténtica doctrina de 'derechos humanos' de la Antigüedad, de hecho no hubo consecuencias concretas dado que nunca en la experiencia jurídica romana posterior, se utilizó dicha concepción jusnaturalística para criticar y modificar el derecho civil o de gentes, en una óptica de mayor justicia e igualdad entre seres humanos.

Como se puede apreciar de lo que se acaba de comentar, el estudio de la experiencia jurídica romana como un sistema que es en el mismo tiempo pluralista y unitario, puesto que se forma mediante la superposición de distintos ordenamientos (o niveles normativos) manteniéndose único, podría revelarse muy provechoso también para la mentalidad jurídica moderna, que cada día tiene que enfrentarse con sistemas en que confluyen, se mezclan, chocan disciplinas de distinta procedencia: federales, estatales, locales, internacionales, etcétera.

5. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Empecemos con una pregunta. ¿Es útil para un jurista contemporáneo estudiar el derecho de los Romanos que concierna las relaciones internacionales, dado que la opinión predominante aún hoy pone el nacimiento del derecho internacional moderno, con los tratados de Westfalia (1648), celebrados como conclusión de la Guerra de los Treinta años (1618-1648)? En efecto se suele afirmar que entonces los Estados europeos se dieron cuenta de su posición de igualdad, con base en los principios de soberanía y laicidad, sobrepasando en modo definitivo la visión universal que el mundo medieval había ofrecido, bien sea del poder político (el Imperio), así como del religioso (la Iglesia de Roma). Sólo desde aquel momento paulatinamente vendría elaborándose la idea de un ordenamiento jurídico internacional y se sentiría la exigencia de encontrar su justificación teórica.

Si se aceptase tal punto de vista, la respuesta a la pregunta inicial debería ser negativa, ya que no existiría ningún derecho internacional antiguo.

De hecho necesita recordar que sólo pocos años antes de la celebración de los tratados de Westfalia, en 1625, fue publicado por primera vez el *Jus*

belli ac pacis de Hugo Grocio, en que se refleja su esfuerzo más grande para encontrar una ley universal, reguladora de la vida y las relaciones entre los pueblos. Su ideal es propugnar decididamente por la existencia de una comunidad estatal superior a los Estados singulares, en donde éstos deben actuar en función del bien común y en el respeto de los límites impuestos por él.¹⁹ En el desarrollo de su pensamiento Grocio mueve a la grande tradición medieval y romana antigua, que interpreta a la luz de una racionalidad nueva y más viva con la finalidad de individualizar en el orden de la razón y la naturaleza el origen, legitimidad y obligatoriedad de las normas internacionales.

Si esta necesidad de reflexionar sobre los datos de la tradición precedente para construir una teoría nueva, era sentida tan fuertemente por Grocio durante el desastre de la Guerra de los Treinta años, una necesidad aun más relevante de confrontarse con la experiencia anterior, fue la que Europa probó a lo largo de la Revolución Francesa y la época napoleónica, con la gran diferencia que la negación de todos los aspectos relacionados con el *Ancien régime*, habían llevado a una revalorización del pensamiento político y constitucional clásico sobre todo lo que nos interesa de la Roma republicana. Y también si mayor atención se dedicó a su ordenamiento interior (basta pensar en la institución de los cargos de cónsules, tribunos de la plebe y la recuperación del concepto de ley), no se ignoró tampoco el complejo sistema de relaciones internacionales, que giraba alrededor de la Urbe de Roma durante la república y el primer Imperio.

Por lo tanto basándonos en las consideraciones de Grocio y el pensamiento político-jurídico de la Revolución Francesa y la edad napoleónica, podríamos aislar aún hoy unos elementos para hablar de un sistema romano de 'derecho internacional' o si se prefiere, de "derecho supranacional".²⁰

En la historia romana más antigua hasta el siglo III a. C. existe un "derecho fecial" (*ius Fetiale*), que reglamenta los aspectos jurídicos de la declaración de guerra y la celebración de los tratados internacionales (*foedera*). Se trata de un derecho común no sólo a las ciudades itálicas, cada una de las cuales lo custodia por medio de un colegio sacerdotal de los Feciales (*Fetiales*), sino también a otras poblaciones mediterráneas (como los Cartagineses), que tiene como objeto las relaciones entre "naciones". Este de-

¹⁹ Hugo GROTIUS, *De Jure belli ac pacis* lib. II, ed. Amsterdam, 1631, Capp. I y ss.

²⁰ En materia véase el recién estudio de PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano, op. cit.*, pp. 387 y ss.

recho progresivamente agota su función durante el siglo III a. C. cuando se impone el rol "mundial" de Roma, pero sus huellas se mantienen también después al punto de acondicionar la teoría de la "guerra legítima" (*bellum iustum*), a lo largo del siglo I a. C. y el imperio de Augusto, que declara la guerra a Antonio y Cleopatra según las formas del derecho fecial.²¹

Desde el siglo III a. C. como comentamos en el párrafo anterior, se desarrolla con base en la costumbre un "derecho de las gentes" (*ius gentium*) que es entendido bien sea como un "derecho internacional de los negocios" nacido y desarrollado, gracias a los tráficos mercantiles, así como un derecho que incluye a todas las instituciones jurídicas comunes, entre los pueblos (por ejemplo, la esclavitud, algunos actos de adquisición de la propiedad, algunos contratos).²²

Las formas jurídicas de las relaciones internacionales nacen, se plasman y se modifican no *a priori* según modelos abstractos, sino en razón de la fuerza política, económica y militar. Cuando Roma aún era una pequeña comunidad encerrada por pueblos hostiles con poder igual o superior, los tratados internacionales que celebraba tenían un contenido de paridad (*foedera aequa*) y la igualdad era la base también de todo vínculo con los extranjeros particulares (*amicitia, hospitium*).

En el momento en que el poder romano se hace predominante, también las formas jurídicas se adaptan a la nueva situación y se abandona el criterio igualitario de las relaciones internacionales, con la afirmación de un sistema de tratados 'desiguales' (*foedera iniqua*), sumisiones fiduciarias (*deditiones in fidem*), protectorados y estados 'clientes' que lleva a la progresiva formación del imperio de Roma, que absorbe en sí las varias comunidades de los territorios conquistados, creando (hasta la concesión a todos de la ciudadanía romana en 212 d. C.), un cuadro de relaciones no uniforme, sino basado en vínculos distintos para cada pueblo y nación.

La realidad histórica que acabamos de describir, claramente explica el nacimiento y evolución (entre los siglos III a. C. y II d. C.), de una intensa red de relaciones internacionales entre Roma y las demás entidades, que paulatinamente vienen a integrarse a su dominio, que puede representar un núcleo embrional de 'derecho internacional' público y privado.

Este mosaico tan rico y variado se transforma con la afirmación (en el siglo III d. C.), de la idea de imperio universal en donde se incorporan to-

²¹ CASIO, V. Dion, *Historia Romana* 50.4.4-5.

²² GAYO *Inst.* 1.1; Ulpiano en D. 1.1.1.4, mencionados arriba § 4.

das las comunidades menores, quitando importancia a las relaciones entre ellas. Así se pasa a una concepción del derecho internacional, como un derecho que se identifica con una comunidad estatal universal y superior a las naciones, poblaciones y ciudades que están incluidas en ella, que es la única que tiene la función de ocuparse de los intereses generales. Y es esta nueva concepción de imperio universal, la que el pensamiento político y jurídico romano transmite a la Edad Media.

6. LA ARTICULACIÓN ADMINISTRATIVA DEL TERRITORIO ROMANO

Pasemos ahora al último ejemplo: la organización territorial de la "república" romana en colonias, municipios y provincias que tuvo lugar en edad republicana (siglos V-I a. C.) y el primer Imperio (siglos I-III d. C.) y en provincias, diócesis y prefecturas, que fue introducida durante los siglos IV-VI d. C. ¿Sirve a un futuro jurista de hoy conocerla? Según una visión superficial, la respuesta tendría que ser negativa pues parecería un mero ejercicio de erudición.

De hecho, el conocimiento de la experiencia romana en este sector, puede ayudar a las mentes de los alumnos de derecho para entender y reflexionar, sobre un fenómeno que caracteriza plenamente también al mundo contemporáneo también en el campo jurídico: la progresiva formación de entidades supranacionales así como la Unión Europea destinadas —por lo menos en las intenciones—, a substituir paulatinamente los Estados que las integran mediante una unión no sólo económica, sino política, social y jurídica.

Son conocidas por todos las dificultades que se encuentran, en las varias etapas de este procedimiento de unión y los obstáculos que ponen las autoridades nacionales de los Estados singulares.

En el mundo romano, sobre todo en el periodo entre la mitad del siglo IV a. C. y el siglo III d. C., se asiste al tránsito de un sistema de comunidades cerradas y celosas de su autonomía, a una progresiva integración en la comunidad romana, en una primera fase de forma muchas veces forzada y brutal, como consecuencia de las conquistas militares y la expansión imperial, pero después (a partir del siglo I d. C.) en modo voluntario, puesto que la pertenencia al Imperio ya no era percibida como una imposición, sino como un deseo de incorporarse en un ordenamiento, que se consideraba común y superior y del que se compartían los valores fundamentales.

Paralelamente se puede abordar otra grande temática actual, que ocasiona grandes debates en los países 'más ricos' y se refiere a la concesión de la ciudadanía, a los extranjeros que viven en sus territorios con la finalidad de incorporarlos en una misma comunidad con los ciudadanos originarios. Las cuestiones más relevantes conciernen a los requisitos para conseguir la ciudadanía, la creación de formas intermedias entre la condición de ciudadano y extranjero (por ejemplo, el derecho de votar en las elecciones regionales), la posibilidad para los nuevos ciudadanos de conservar sus tradiciones, la doble ciudadanía y muchas otras.

También en este caso no parece inútil confrontarse con lo que pasó en la experiencia romana, que vio una sucesión de fases de apertura a la concesión de la ciudadanía y fases de dura negación de la misma (con verdaderas luchas armadas), hasta el definitivo y universal otorgamiento por parte del emperador Caracalla en el año 212 d. C.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- CERAMI, Pietro-PURPURA, Gianfranco, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2007.
- DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana* voll. I e II, Napoli, Jovene, 1972-1973.
- GROSSI, Paolo, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffré, 2000.
- GUARINO, Antonio, *Forma e materia della costituzione romana*, en *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna), Napoli, ESI, 2006.
- LANTELLA, Lelio-STOLFI, Emanuele, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2005.
- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- PETRUCCI, Aldo, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2012.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005.
- SERRAO, Feliciano, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, Pacini, 1981.
- , *Il sistema delle fonti nella costituzione romana*, en *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna), Napoli, ESI, 2006.
- TALAMANCA, Mario, *Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964): Trent'anni dopo*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (BIDR) 96-97, 1999.

LA NUEVA GUERRA DE CONQUISTA Y LA DEFENSA CAMPEÑO/INDÍGENA DEL TERRITORIO COMO PRÁCTICA DESCOLONIZADORA

Óscar Arnulfo DE LA TORRE DE LARA¹

SUMARIO: I. *Colonialismo interno/externo y violencia epistémica.* II. *Neocolonización y reformas estructurales neoliberales.* III. *Tierra y libertad. Territorio y autonomía.* IV. *La defensa del territorio como práctica descolonizadora.* V. *La dimensión jurídica de la descolonización.*

Sin duda alguna hablar de reformas estructurales neoliberales en América Latina implica hablar de procesos más amplios de neocolonización, mismos que se han venido expresando en las últimas décadas a través de la expansión de la industrialización y la acumulación monopólica de capital, profundizando la dependencia, proletarización, marginalización y empobrecimiento de amplios sectores de la población en América Latina, al grado que, en los albores de este nuevo milenio, los ámbitos comunitarios campesinos e indígenas y sus sentidos del buen vivir —ligados a sus *saberes de subsistencia*²— se ven seriamente amenazados por la racionalidad capitalista neoliberal en un proceso ampliado de subsunción real de la vida en el capital, mediante la subordinación de la naturaleza y los procesos biológicos constitutivos de la reproducción natural de la vida.

Hablando en clave de derechos humanos, podemos decir que “gracias” a la hegemonía del neoliberalismo y por tanto a su capacidad de impo-

¹ Doctorante de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, España, en el programa de Derechos Humanos y Desarrollo; profesor de Sociología del Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

² Entendemos *saberes de subsistencia* siguiendo a Jean Robert, como aquellos conocimientos precisos, apropiados al lugar, adecuados a su clima, y en armonía con su cultura particular.

ner regulaciones jurídicas hacia dentro de los estados nacionales, es que los llamados *derechos económicos sociales y culturales* reconocidos por el derecho internacional se ven desactivados. La autoridad internacional del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial en materia económica, se ejerce por su capacidad material y estructural de inducir comportamientos macroeconómicos, a los Estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional —como México—, para lo cual se establecen “reglas técnicas” de la buena conducta económica, que implican ajustes estructurales que refuerzan un contexto socioeconómico y geopolítico contrario a la eficacia real de los derechos humanos, pero si en beneficio de los derechos patrimoniales de grandes corporativos transnacionales y el libre comercio.³ En base a estos ajustes estructurales se crean y modifican leyes estatales que territorializan un nuevo orden colonial articulado a toda una red de tramas sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de dominación, explotación, exclusión y marginación de amplios sectores sociales.

Las reformas estructurales son ajustes a las regulaciones jurídicas nacionales, impuestos como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales (Tratados de Libre Comercio), mediante el despliegue de los dispositivos militares, políticos, económicos y culturales del discurso neoliberal. Esta imposición, no sólo abre la puerta al despojo y explotación de recursos de los países del tercer mundo, sino que tienen también como consecuencia la transformación de dinámicas sociales, económicas, culturales, políticas y estéticas. Estas transformaciones implican una profunda degradación de los diversos tejidos sociales entretejidos, que conforman nuestras variopintas sociedades latinoamericanas, no sólo a través de la ya vieja invisibilización y descalificación epistemológica, sino también al fiscalizar e ilegalizar prácticas, conocimientos y expresiones culturales, de los diversos pueblos indígenas y comunidades tradicionales a lo largo y ancho de Nuestra América.

Por lo anterior en este espacio, quiero referirme a las consecuencias de las reformas estructurales neoliberales, impuestas en México en las últimas dos décadas, fundamentalmente aquellas que afectan los ámbitos rurales, campesinos e indígenas, ya que éstas forman parte de una amplia ofensiva

³ Cfr. MEDICI, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Ed. Universidad de la Plata (Edulp), Buenos Aires, 2011.

encaminada al despojo de los territorios indígenas y campesinos, así como a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales y semillas transgénicas, así como el despojo del conocimiento indígena en torno a la biodiversidad (biopiratería). Esta estrategia neocolonial se sustenta en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula, y va dirigida precisamente minar los cimientos de la autonomía de los pueblos indios y campesinos, propiciando su desintegración y sentando las bases para el despojo de la fuente ancestral de su subsistencia, esto es: la tierra.

Sin embargo, es preciso decir que este proceso de neocolonización —vía reformas estructurales—, ha enfrentado una importante oposición desde diversos movimientos sociales a lo largo y ancho de nuestro país, se trata —como las llama Raúl Zibechi—, de *revoluciones o insurrecciones en marcha* que han sabido hacerse visibles en momentos cruciales. Sólo baste recordar el levantamiento armado del EZLN el 1 de enero de 1994, como resultado de la combinación de varios y complejos procesos locales y nacionales (el profundo problema agrario, la modernización de la economía chiapaneca, el desarrollo político-ideológico de un amplio movimiento campesino indígena y popular, la violencia gubernamental y la falta de democracia). El EZLN surge a la luz pública con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y dos años después de las reformas al artículo 27 de la Constitución. Es decir que se hace visible en un momento coyuntural importantísimo para los pueblos campesinos, sin embargo su historia hunde sus raíces en la confluencia de muy antiguos procesos de lucha.

Como bien afirma el pensador uruguayo Raúl Zibechi “las revoluciones en marcha son estuarios, donde desembocan y confluyen ríos y arroyos de rebeldías que recorrieron largos caminos [...] Estas revoluciones son el momento visible, importante pero no fundante, de un largo camino subterráneo”.⁴ Se trata de procesos que vienen de larga data, nacidos en la fragua de un *saber histórico de las luchas*⁵ y una *apropiación crítica de la*

⁴ ZIBECHI, Raúl, “La revoluciones de la gente común”, en *La jornada*, México, 3 de junio de 2011.

⁵ Cfr. FOUCAULT, Michel, *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

historia,⁶ en la búsqueda de la liberación, la construcción de poder popular, la reapropiación de sus contextos y la afirmación de sus identidades.

La lucha por la tierra y la identidad en México, es una de estas insurrecciones en marcha, y se encuentra en el corazón de los actuales movimientos indígenas campesinos, que buscan la re-apropiación de sus contextos, en firme oposición a la destrucción de las formas de vida vernáculas, los sentidos locales de la buena vida, costumbres y tejidos sociales comunitarios, así como la afirmación/recuperación de identidades, de epistemologías, de espiritualidades, de formas de ser y de existir que han sido ninguneadas, inferiorizadas, ocultadas y destruidas por la colonialidad. De modo que los movimientos indígenas campesinos contemporáneos, tienen su origen hace más de 500 años como reacción a la instauración del orden colonial aún vigente, y han viajado en forma subterránea hasta nuestros días.

I. COLONIALISMO INTERNO/EXTERNO Y VIOLENCIA EPISTÉMICA

Como señalan Mohanty y Spivak, la palabra colonización sirve para caracterizar las jerarquías económicas y políticas más evidentes, así como la producción de un discurso cultural particular sobre lo que se llama el Tercer Mundo. Supone una relación de dominación estructural y una supresión —con frecuencia violenta—, de la heterogeneidad del/los sujeto/s en cuestión,⁷ constituyéndolo/borrándolo/obligándolo(s) a ocupar el espacio del otro autoconsolidante del imperialismo.⁸

En México la colonización se ha manifestado en la histórica imposición violenta de distintos modelos sociales, a contrapelo de la condición cultural de la mayoría de los hoy mexicanos. Esto ha traído como consecuencia un sin fin de conflictos sociales a lo largo de nuestra historia, de modo que muchos de los estallidos violentos han nacido de estos conflictos no resueltos y, “desnudan las formas escondidas, soterradas, de los conflictos culturales que acarreamos, y que no podemos racionalizar”,⁹ y en el actual

⁶ Cfr. FALS BORDA, Orlando, *Conocimiento y poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia*, Ed. Siglo XXI, Santa Fe de Bogota, 1985.

⁷ CHANDRA TALPADE, Mohanty, “Bajo los ojos de occidente. Saber académico y discursos coloniales”, en *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2008, pp. 70 y 71.

⁸ GAYATRI CHAKRAVORTY, Spivak, “Estudios de la Subalternidad: Deconstruyendo la Historiografía” en *Estudios Post...* op. cit., p. 51.

⁹ RIVERA CUSICANQUI, Ch'ixinakax utxiwa. *Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Ed. Tinta Limón, Buenos Aires, 2010 p. 20.

contexto de globalización neoliberal se han venido agudizando y sus manifestaciones no se han hecho esperar, ante el despojo y negación estructural reinante. Es por esto que resulta fundamental —como señala Rossana Reguillo—, el debate en torno a la globalización y sus consecuencias, pues no se puede obviar la historicidad de ciertos procesos cuya explicación no se agota en la emergencia del “nuevo” orden global neoliberal, sino que hay que traer a debate esas epistemologías *otras* subalternizadas en la construcción de la modernidad capitalista.¹⁰

La instauración de la modernidad capitalista llegó a la América Latina desde fuera y como violencia de conquista,¹¹ adoptando desde el inicio la forma colonial. El colonialismo se instauró en América erigiéndose en el

¹⁰ REGUILLO, Rossana, *Violencias y después. Culturas en reconfiguración*. Disponible en <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llil/as/cpa/spring03/culturaypaz/reguillo.pdf>. [citado 14 de agosto 2011].

¹¹ América Latina fue la *primer colonia* de la Europa moderna —sin metáforas ya que históricamente fue la primer “periferia” antes que África y Asia—. La “colonización de la vida cotidiana del indio, del esclavo africano poco después, fue el primer proceso “europeo” de “modernización”, de civilización de subsumir (o alienar) al Otro como “lo Mismo”, pero ahora ya no como objeto de una praxis guerrera, de violencia pura —como en el caso de Cortés contra los ejércitos aztecas o de Pizarro contra los incas— sino de una praxis erótica, pedagógica, cultural, política, económica, es decir, del dominio de los cuerpos por el machismo sexual, de la cultura, de tipos de trabajos, de instituciones creadas por una nueva burocracia política, etcétera, dominación del otro. Es el comienzo de la domesticación, estructuración, colonización del “modo” como aquellas gentes vivían y reproducían su vida humana. Sobre el efecto de aquella “colonización” del mundo, de la vida, se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial, una economía capitalista (primero mercantilista y después industrial) dependiente y periférica desde su inicio, desde el origen de la Modernidad (su “Otra-cara”: te-ixtli). El mundo de la vida cotidiana (Lebenswelt) conquistadora-europea “colonizará” el mundo de la vida del indio, de la india, de América. DUSSEL, Enrique, 1492. *El encubrimiento del otro. El origen del mito de la Modernidad*, Ediciones Antropos, Santa Fé de Bogota, 1992, pp. 69 y 70. Es preciso hablar frente a lo que dice Dussel, en torno al fenómeno del mestizaje y rescatarlo del simplismo que entrafía entenderlo como el producto de un choque de culturas que da pie a una cultura sincrética o híbrida, pues esta idea esconde más de lo que muestra al cooptar y mimetizar mediante la incorporación selectiva de ideas y símbolos en torno a lo que es “mestizo”, alimentando un multiculturalismo despolitizado y cómodo. Silvia Rivera Cusicanqui —hablando de la realidad andina—, cuestiona el discurso en torno a la hibridez ya que éste “asume la posibilidad de que de la mezcla de dos diferentes, pueda salir un tercero completamente nuevo, una tercera raza o grupo social capaz de fusionar los rasgos de sus ancestros en una mezcla armónica y ante todo inédita. La noción de *ch'ixi*, por el contrario, equivale a la de “sociedad abigarrada” de Zavaleta, y plantea la coexistencia en paralelo de múltiples diferencias culturales que no se funden, sino que antagonizan o se complementan. Cada una se reproduce a sí misma desde la profundidad del pasado y se relaciona con las otras de forma contenciosa”, Rivera Cusicanqui, op. cit., p. 70. Más o menos en la misma tesitura —hablando de la realidad mexicana—, Bonfil Batalla mostró cómo el discurso en torno al mestizaje producto ideológico de la Revolución Mexicana invisibilizó la heterogeneidad y diversidad del movimiento revolucionario y sus distintos proyectos de nación, de este modo se trató de redimir al indio a través de su desaparición “[...] lo que el México de la revolución se propone por una parte es, *redimir* al indio, esto es, incorporarlo a la cultura nacional y a través de ella a la civilización *universal* (es decir, occidental); y, por otra parte apropiarse de todos aquellos símbolos del México profundo que le permitan construir su propia

paradigma perverso que nos corretea hasta nuestros días, pues responde a una lógica de inclusión/exclusión fundamentada, como señala Armando Bartra en *coartadas racistas*. Dicho paradigma que “responde a lógica expansiva del gran dinero produce y reproduce relaciones serviles y esclavistas. Pero los procedimientos racistas de dominación y los mecanismos coercitivos de explotación no resultaron sólo de la vía colonial sino también de las exigencias socioeconómicas del modelo tecnológico que se impuso en muchas regiones”,¹² a saber el modelo económico y tecnológico capitalista occidental. Se puede afirmar que a partir de la conquista y la imposición del modelo colonial, las formas coactivas de explotación se asocian a relaciones sociales racistas y formas de dominación despóticas y patriarcales. Dicha asociación no es para nada casual, ya que como señala Bartra, “la diversidad mercantilizada puede ser lucrativa, razón por la cual hay circunstancias en que las identidades amaestradas adquieren un valor positivo dentro del orden social existente. Existen sin embargo otras causas de que perdure la etnicidad estigmatizante de connotación negativa”,¹³ como dispositivo biopolítico¹⁴ que permite la cíclica inclusión/exclusión de ciertos grupos dentro de la sociedad, basado en un prejuicio cultural más que biológico.¹⁵ Con esto lo que quiero poner de manifiesto es que el

imagen de país mestizo”. BONFIL BATALLA, Guillermo, *México profundo. Una civilización negada*, Ed. De bolsillo, México, 2006, p. 168.

¹² BARTRA, Armando, *El hombre de hierro. Los límites sociales y naturales del capital*, Ed. Itaca, México, 2008, p. 184.

¹³ *Idem, supra*.

¹⁴ En los Estados modernos, el discurso de los derechos humanos y de la ciudadanía es la forma de sacralizar la *nuda vida*, y es su forma de inscribirla en el Derecho. A tenor de ese discurso de los derechos humanos y de la ciudadanía, el simple nacimiento de los seres humanos (en tanto que libres, iguales y dotados de derechos innatos) marcaría el fundamento de la *bios*. Sin embargo, sabemos que esto no es así, y la clave de análisis biopolítica nos muestra como el *estado de excepción* devenido permanente y expresado en la guerra, la limpieza étnica, el genocidio y también el genocidio social, despojan constantemente a la *nuda vida* de ese estatuto jurídico. Son sin duda, biopolíticos, su objetivo son las poblaciones. Tomado de Medici, *op. cit.*, p. 78. Ver. AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 2010.

¹⁵ Se trata de proyectos civilizatorios en pugna. Según la terminología utilizada por Guillermo Bonfil Batalla se trata de una disputa entre el México *imaginario* o *ficticio* y el México *Profundo*; el primero corresponde al México de las élites políticas e intelectuales, que tienen la mirada y modo del colonizador, es decir los mexicanos que impulsan el proyecto dominante, buscando construir una nación en base a la civilización occidental capitalista y que han adquirido hegemonía entre los grupos dominantes de la sociedad mexicana; y el segundo corresponde al México de quienes se encuentran arraigados a las formas y modos de vida de estirpe mesoamericana, que no comparten el proyecto occidental o lo asumen desde una perspectiva cultural diferente. Esta contraposición no se reduce sólo al ámbito racial, económico, ni de filiación ideológica, religiosa o partidaria, ni siquiera al modelo político económico por adoptar, sino que para entender y resolver estas contradicciones es necesario

profundo problema de violencia estructural que vivimos hoy día en México, revela una estructura de poder sustentada en el dominio y la explotación instaurados con el orden colonial impuesto por la conquista europea, que no sólo no ha sido cancelado, sino que ha sido refuncionalizado en un colonialismo interno/externo, bajo las bases ideológicas del neoliberalismo.

Como señala el iusfilósofo vasco Asier Martínez de Bringas “la fundación de la modernidad capitalista y la expansión derecho moderno, viene configurado por la ‘conquista de América’ en cuanto nuevo territorio que exige ser dominado, física, psíquica y normativamente.¹⁶ Afirmación que puede ser complementada con la de la socióloga andina Silvia Rivera Cusicanqui, cuando dice que “la colonialidad de la estructura de poder es un rasgo que reproduce e internaliza, desde la colonia hasta nuestros días, el monopolio de los herederos de los antiguos conquistadores sobre el Estado y la cosa pública; este monopolio les otorga el derecho exclusivo ‘de nombrar y de normar’, gobernando el sentido común de la sociedad y la lógica de su aparato estatal”.¹⁷

De este modo se construyó un orden jurídico, social, político y cultural basado en la *violencia epistémica* como forma de ejercer el poder simbólico. Es decir a través de “la alteración, negación y [...], extinción de los significados de la vida cotidiana, jurídica y simbólica de individuos y grupos”.¹⁸ Mediante el uso del poder simbólico se naturalizan relaciones de dominación, opresión y explotación, ya que la coerción que ejerce la violencia simbólica, se instituye por medio de una adhesión que el dominado no puede evitar otorgar al dominante, cuando sólo dispone, para pensarlo y pensarse, o pensar su relación con él, de categorías o instrumentos de conocimiento que comparte con él, y que al no ser, más que una forma

enmarcarlas en el desafío que plantea la presencia de diferentes horizontes de inteligibilidad en la misma sociedad. Se trata de proyectos diferentes que descansan en formas distintas de concebir el mundo, la naturaleza, la sociedad y el ser humano; que postulan diferentes jerarquías de valores; que no tienen las mismas aspiraciones ni entienden de la misma manera lo que significa la realización plena del ser humano; son proyectos que expresan diversos sentidos de trascendencia que son únicos y, por lo tanto, diferentes.

¹⁶ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, “La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas”, en *Revista de investigaciones jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, pp. 642, 643.

¹⁷ RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Gestión Pública Intercultural. Pueblos Originarios y Estado*, Ed. Servicio Nacional de Administración de Personal (SNAP), La Paz, 2008, p. 6.

¹⁸ BELAUSTEGUIGOITIA, Marisa, “Descarados y deslenguadas: el cuerpo y la lengua india en los umbrales de la nación”, en *Debate Feminista*, año 12, vol. 24, México, 2001, pp. 237 y 238.

incorporada de la estructura de la relación de dominación, hacen que ésta se conciba como natural.¹⁹

Como afirma Pierre Bourdieu, la dominación siempre tiene una dimensión simbólica, “los actos de sumisión, de obediencia, son actos de conocimiento y reconocimiento, que como tales recurren a estructuras cognitivas susceptibles de ser aplicadas en todas las cosas del mundo y, en particular, a las estructuras sociales”.²⁰ Así mediante el uso del poder simbólico, la *violencia epistémica* oculta al otro —al dominado—, expropiándolo de su posibilidad de representación. Estas formas de ninguneo, ocultamiento y alteración de experiencias, traen como consecuencia silencios y ausencias en la vida social y política, y por tanto marginaciones y exclusiones que mantienen en la intemperie a grandes grupos humanos.

De este modo es que identidades, espiritualidades, epistemologías, representaciones sociales, e instituciones jurídicas han sido violentadas y acalladas en la construcción de la ficción del Estado, nación que hoy llamamos México, desde un imaginario colonizador primero, y ahora bajo un discurso tecnocrático/neoliberal que podríamos calificar sin tapujos, como neo-colonizador o colonialismo interno/externo,²¹ expresado en una estructura de poder manifiesta en un Estado colonizado/colonizante. El cual afirma Rivera Cusicanqui:

¹⁹ BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1999, pp. 225 y 227

²⁰ *Ibidem*, p. 227.

²¹ La definición del colonialismo interno está originalmente ligada a fenómenos de conquista, en que las poblaciones de nativos no son exterminadas y forman parte, primero, del Estado colonizador y, después, del Estado que adquiere una independencia formal, o que inicia un proceso de liberación, de transición al socialismo o de recolonización y regreso al capitalismo neoliberal. Los pueblos, minorías o naciones colonizados por el Estado-nación, sufren condiciones semejantes a las que los caracterizan en el colonialismo y el neocolonialismo a nivel internacional: habitan en un territorio sin gobierno propio; se encuentran en situación de desigualdad frente a las élites de las etnias dominantes y de las clases que las integran; su administración y responsabilidad jurídico-política conciernen a las etnias dominantes, a las burguesías y oligarquías del gobierno central o a los aliados y subordinados del mismo; sus habitantes no participan en los más altos cargos políticos y militares del gobierno central, salvo en condición de “asimilados”; los derechos de sus habitantes y su situación económica, política, social y cultural son regulados e impuestos por el gobierno central; en general, los colonizados en el interior de un Estado-nación pertenecen a una “raza” distinta a la que domina en el gobierno nacional, que es considerada “inferior” o, a lo sumo, es convertida en un símbolo “liberador” que forma parte de la demagogia estatal; la mayoría de los colonizados pertenece a una cultura distinta y habla una lengua distinta de la “nacional”. Si, como afirmara Marx, “un país se enriquece a expensas de otro país” al igual que “una clase se enriquece a expensas de otra clase”, en muchos estados-nación que provienen de la conquista de territorios, llámense Imperios o Repúblicas, a esas dos formas de enriquecimiento se añaden las del colonialismo interno (Marx, 1963: 155, Tomo I). Tomado de GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, “Colonialismo Interno. Una redefinición”. *Rebeldía* número 12, México, octubre de 2003, p. 52. Ver. RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa... op. cit.*

Se reproduce a través de normativas arcaicas y contradictorias entre sí, producto de la superposición de diversas leyes, promulgadas en distintos momentos históricos, las cuales son manipuladas por los sujetos dominantes para reproducir la dominación. También es un Estado excluyente, que confía el manejo del aparato estatal sólo a una clase media letrada, mestiza y occidentalizada, que ejerce desde allí la pedagogía cotidiana de la segregación, el “ninguneo” y el maltrato sutil de la mirada y el gesto hacia la mayoría de ciudadanos y ciudadanas de segunda clase, subalternos y subordinados pero también, hasta cierto punto, internamente convencidos. El colonialismo es entonces no sólo una estructura interna, que gobierna los distintos eslabones de la cadena de exclusiones y silenciamientos que constituye la sociedad [...], es también una estructura internalizada, que se muestra en las prácticas inconscientes y en los gestos cotidianos no sólo de los indios, sino también de sus intermediarios y de las élites mestizo-criollas que los dominan.²²

II. NEOCOLONIZACIÓN Y REFORMAS ESTRUCTURALES NEOLIBERALES

Siguiendo la interpretación neozapatista, la etapa actual del capitalismo puede ser comprendida como una guerra territorial, a saber, nueva guerra de conquista. Una guerra que se libra en todas partes, en todo momento, de todas las formas. Esta nueva fase neoliberal de desarrollo del capitalismo, se caracteriza por convertir países enteros en departamentos de la mega empresa neoliberal, operando mediante la destrucción/despoblamiento por un lado, y la reconstrucción/reordenamiento por el otro, de regiones y de naciones enteras, a fin de abrir nuevos mercados y modernizar los existentes.²³ Esta nueva guerra de conquista se realiza mediante una ocupación y reordenamiento del territorio, configurando un colonialismo interno/externo, que como dice González Casanova:

Tiende a realizar expropiaciones y despojos de territorios y propiedades agrarias existentes, y contribuyen a la proletarización o empobrecimiento por depredación, desempleo, bajos salarios, de la población y de los trabajadores de las zonas subyugadas. Al despojo de territorios se añade la creación de territorios colonizados o de enclaves coloniales; al despojo de circuitos de distribución se añade la articulación de los recursos con que cuentan las megaempresas y los complejos; a la asfixia y abandono de la producción y los productos locales, se agrega el impulso de los “trusts” extranjeros unidos al gran capital privado y público nativo.²⁴

²² RIVERA CUSICANQUI, *Gestión intercultural... op. cit.*, pp. 7-8.

²³ Cfr. “Subcomandante Insurgente Marcos”. *Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial*. Ediciones del FZLN. México, 2004.

²⁴ GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, “Colonialismo Interno. Una redefinición”, en *Rebeldía*, n° 12, México, octubre de 2003, p. 52.

De modo que esta neo-conquista —neo-colonización—, tiende a separar masivamente a campesinos e indígenas de sus territorios, por medio de múltiples acciones. Ya sea mediante el uso de leyes, políticas públicas o programas gubernamentales, la finalidad es escindir tierra, agua, biodiversidad, cultivos tradicionales, cultura comunitaria, trabajo campesino y saber acumulado. Es decir que esta nueva guerra territorial se traduce en una *guerra contra la subsistencia*.²⁵ Se trata de destruir los vínculos socio-bio-culturales de los pueblos que viven *con* la naturaleza,²⁶ con el fin de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia, en un nuevo proceso de acumulación de capital.

La destrucción/despoblamiento opera mediante la destrucción su tejido social y la aniquilación de todo lo que da cohesión a una sociedad. Pero no se detiene ahí la *guerra contra la subsistencia*, sino que de manera simultánea a la destrucción y el despoblamiento, opera la reconstrucción de ese territorio y el reordenamiento de su tejido social, pero ahora con otra lógica, otro método, otros actores, otro objetivo. En suma, como bien dicen los zapatistas “las guerras imponen una nueva geografía”.²⁷

²⁵ Subyacente a la expropiación legalizada de la plusvalía del trabajo, a la lucha de clases y a la acumulación del capital, hay una guerra epistémica quizás más fundamental que todas las otras: una guerra entre saberes cuya forma histórica es la guerra contra la subsistencia. Atrás de los conflictos en torno a la repartición desigual de lo que aún se llama riqueza, hay una pugna despiadada entre dos tipos de saberes. Los primeros son empíricos, generalmente transmitidos oralmente, locales y concretos. Los segundos son formalizados y hasta matematizados, conservados por escrito, desterritorializados, desmaterializados, de pretensión universal y abstractos. En la sociedad contemporánea, son los segundos los que dan prestigio, hacen parecer inteligentes a los que los detienen y dan poder. Los primeros han sido tildados de arcaicos, despreciables, provincianos. Los segundos se catalogan como científicos y los primeros como retrógrados y obsoletos, o se catalogaban así hace medio año. Son *saberes de subsistencia* que permiten vivir a partir de lo que nos dan el suelo, el cielo y las aguas. Los segundos son saberes económicos que permiten obtener de otros, frecuentemente muy lejanos, de hecho, lo más lejanos posible, los elementos de nuestra subsistencia. Los primeros presuponen capacidades únicas, apropiadas a un lugar, una cultura, un clima: autonomía. Los segundos prosperan cuando el mundo parece haberse transformado en un desierto cultural, un espacio *sin fuegos ni lugares*, abstracto, son heterónomos, falsamente universales, desarraigados de todo suelo, toda materia, toda carne. Son los que se enseñan en las universidades —las universidades *transgénicas* de los ricos, como dijo el Comandante Tacho— y los que abren al éxito profesional, político, científico y social que buscan las elites. Los primeros saberes son los de la gente humilde que no ha roto del todo con su anclaje en una tradición local. Tomado de Jean Robert, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio «los motivos de la esperanza»*, año 1, n° 1, septiembre-octubre, México, 2009.

²⁶ Cfr. WALTER PORTO GONÇALVES, Carlos, “Latifundios genéticos y existencia indígena”, en *Chiapas*, n° 14, Ed. Era, México, 2002.

²⁷ Subcomandante Insurgente Marcos, “Apuntes sobre las guerras. (Carta primera a Don Luis Villoro Toranzo)”, en *Rebeldía*, Año 9, número 76, México, 2011, p. 33.

Este proceso inicia concretamente en México, a mediados de los 80's y principios de los 90's del siglo pasado, con la reconversión neoliberal respecto a la tenencia de la tierra y las políticas agrarias. Con esto el desarrollo de la organización ejidal y comunal para la producción agroalimentaria, se vio brutalmente afectada al adoptarse un modelo de desarrollo que implicó reformas profundas al sector rural. La reestructuración del sistema agroalimentario mundial, subordinó los procesos productivos nacionales a las relaciones globales de producción y consumo, fomentando el abandono de la regulación del sector agropecuario mediante políticas de Estado —principio bajo el cual se había desarrollado la agricultura hasta los años ochenta—.²⁸ Asimismo se reformó el artículo 27 de la Constitución (1992), lo cual implicó la derogación, modificación y promulgación de nuevas leyes no sólo en materia agraria sino también de otros ámbitos íntimamente ligados al mundo rural.²⁹

Los tecnócratas no sólo decretaron el insoslayable fin de una reforma rural senecta que había durado ya tres cuartos de siglo, emprendieron también una contrarreforma; una “reconversión” librecambista que sustituye el mandato justiciero del constituyente de 1917, por las inapelables órdenes del mercado. Los cambios salinistas al artículo 27 no se limitan a dar por concluido el reparto agrario, lo más grave es que transforman la tierra en una mercancía más. Lo que era un medio de vida al que se accedía en el ejercicio de un derecho y se usufructuaba con criterios de equidad, deviene una propiedad privada entre otras. La tierra: un valor de uso al que nuestra revolución agraria quiso dotar de misión social, se reduce a simple valor de cambio.³⁰

La modificación al Artículo 27 constitucional y la promulgación de la Ley Agraria en 1992, significó el fin del reparto agrario en México. La derogación de los incisos X y XII del Artículo 27 que establecían el derecho a la solicitud de tierras, de modo que se sesgó la posibilidad de acceso a la

²⁸ STEFFEN RIEDEMANN María Cristina y ECHÁNOVE HUACUJA, Flavia, “El modelo neoliberal y el difícil proceso organizativo que viven los ejidatarios mexicanos productores de granos”, en *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, primer semestre, año/vol. 1, n° 001, UAM- Iztapalapa, México, 2005, pp. 211-233.

²⁹ Otra ley que nace a raíz de la reforma al artículo 27 constitucional, fue la Ley de Aguas Nacionales cuyos principales objetivos son: el fomento a la actividad empresarial en la construcción y operación de infraestructura hidráulica, la consolidación de organismos privados operadores de los servicios de agua potable y saneamiento urbanos y la creación de un régimen de concesiones de aguas nacionales incorporado al mercado bajo ciertas regulaciones.

³⁰ BARTRA, Armando, “Reformas Agrarias del Nuevo Milenio”, en *Masiosare*, México, 14 de febrero de 1999.

tierra a nuevos solicitantes vía dotación de tierras, pero también a los ejidatarios por la vía de la ampliación de los ejidos ya existentes. La política agraria en el país entró en una nueva fase, sin camino de retorno a lo que había sido durante décadas una acción fundamental del Estado y la política agraria: el reparto de tierras a los grupos campesinos solicitantes.

Asimismo la promulgación de la nueva Ley Agraria, se inició la implementación del Programa de Certificación y Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE), y su equivalente para tierras Comunales (PROCECOM). Estos programas gubernamentales abren la posibilidad, para la incorporación de las tierras ejidales y comunales al mercado. De este modo a partir de la reformas salinistas al artículo 27 constitucional “se ha instaurado un nuevo modelo neoliberal de derechos y obligaciones bajo una premisa históricamente falsa. Es la idea de que a través del programa de certificación de derechos ejidales o comunales, los poseedores de la tierra obtienen más seguridad de la propiedad; es decir mayor ciudadanía en forma de seguridad de derechos y obligaciones. Sin embargo, la idea de posesión de derechos de propiedad no es la seguridad de la propiedad, ni mucho menos la garantía de la tenencia, sino la posibilidad de la mercantilización de la propiedad ante la liberalización de los derechos”.³¹

Estas reformas constitucionales no sólo echan por tierra conquistas campesinas revolucionarias,³² sino que tienen repercusiones muy serias

³¹ MALDONADO ARANDA, Salvador, “Nuevas ciudadanía en el México rural. Derechos agrarios, espacio público y el Estado neoliberal”, en *Revista LiminaR. Estudios sociales y humanísticos*, año 8, vol. VIII, n° 1, junio de 2010, San Cristóbal de Las Casas, p. 49

³² Es bien sabido la Revolución Mexicana de 1910-1917, es una revolución eminentemente campesina, al plantear las bases para la construcción de un proceso de reforma agraria. Proceso revolucionario que en última instancia refleja una contienda social antiqüísima por el control de los recursos productivos. Si bien es cierto que el constituyente de 1917 tuvo una fuerte presencia campesina, la reforma agraria institucionalizada no representó plenamente los ideales del *Plan de Ayala*, sino que expresó una correlación de fuerzas en la que las demandas campesinas pudieron ser refuncionalizadas pero no negadas. Es decir que una vez consumada la Revolución de 1910-1917, y una vez que ésta se ha hecho gobierno, transforma el agrarismo en una tarea institucional-burocrática. Dice Bartra que: “como la Corona durante la Colonia, el moderno Estado mexicano es el gran concededor de tierras, pero hoy el uso de ese poder es mil veces más eficaz”, ya que ejerce un control de los recursos, excluyendo a los campesinos como protagonistas de la producción y gestión autónoma de la tierra. Sin duda el artículo 27 de la Constitución de 1917 puede considerarse una conquista de luchas campesinas, al estipularse al Estado como el garante de la reproducción de las relaciones sociales en el ámbito nacional, adoptándose un modelo de Estado que se obligaba a procurar la reproducción del ciudadano, misma que en el medio rural consistía en dotar a los campesinos del medio primordial para su reproducción: la tierra. No obstante, aunque el marco legal de estas relaciones quedo definido y las obligaciones que el mismo Estado se impuso, lo conminaban a dotar de tierras a los campesinos, estos no accedieron a su disfrute de forma automática. De ahí que a pesar de tener garantizado constitucionalmente su derecho a la tierra, las luchas y reclamos

para la vida social del campo, y las culturas campesinas e indígenas que ahí se expresan, permitiendo por la vía legal un proceso de neocolonización de los ámbitos comunitarios, mediante el despojo territorial, clausurando la reforma agraria producto de la revolución mexicana 1910-1917 y el abandono del carácter de la propiedad social (inalienable, imprescriptible, intrasmisible e inembargable), iniciándose un proceso de reforma agraria de mercado.³³

A estas reformas estructurales subyace una pretensión neocolonizadora, se trata de destruir así la esencia ideológica de la Constitución de 1917 para quedar totalmente sometidos a un nuevo tipo de colonialismo. Se cierne sobre nosotros la perspectiva de un nuevo proceso de despojo legalizado y acaparamiento de tierras por unos cuantos privilegiados, amparado en la globalización y en el libre comercio. Sin embargo, la problemática en torno al despojo de tierra no se limita a una cuestión de cantidad de tierra acumulada, sino también a la racionalidad y la forma de entender la misma y su función social. Hoy, igual que hace 500 años, el colonialismo neoliberal violenta significados de la vida cotidiana, así como instituciones jurídicas y representaciones simbólicas, en un proceso cada vez más amplio de desvalorización de las formas de vida campesinas.

Hoy día la guerra de conquista está lejos de haber terminado, ya que en la actualidad “democrática” mexicana el saqueo y la explotación territorial siguen siendo una constante, aunque refuncionalizada e instrumentada a través de nuevos mecanismos de acumulación y despojo, anclados en la idea del progreso del modelo de “desarrollo” dominante, que no es más que la ideología de la superioridad del modelo civilizatorio occidental capitalista, basado en un paradigma científico-tecnológico ligado al colonialismo y la imposición violenta de una epistemología excluyente, que priva a los pueblos de culturas diferentes la oportunidad de definir sus

campesinos no culminaron con la revolución y el reparto agrario en los hechos se fue realizando de acuerdo a la presión que ejercieron los propios campesinos para obtenerla. Este periodo histórico, que va aproximadamente de los años 20's a los 80's del siglo pasado, está plagado de movimientos y revueltas campesinas, aunque la historiografía del agrarismo oficial las haya escamoteado. Cfr: BARTRA, Armando, *Los herederos de Zapata. Movimientos campesinos posrevolucionarios en México*, Ed. Era, México, 1992, p. 15 y CANABAL CRISTIANI, Beatriz y FLORES FÉLIX, Joaquín, “Movimiento indígena y campesino en México”, en *La sociedad frente al Mercado*, María Tarrío y Luciano Concheiro [Coor], Ed. UAM-Xochimilco y La Jornada Ediciones, México, 1998, p. 325.

³³ Cfr: DE ITA, Ana, *México: Impactos del Procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*, CECAM, México, 2003.

propias formas de su vida social.³⁴ De este modo —históricamente— “la violencia colonial no sólo se propone mantener una actitud ‘respetuosa’ de los hombres sometidos, sino trata de deshumanizarlos al liquidar sus tradiciones, su organización familiar, su lengua; destruyendo su cultura y embruteciéndolos de cansancio, abandonándolos, y si se resisten aún, las armas los acabarán de aniquilar”.³⁵

III. TIERRA Y LIBERTAD. TERRITORIO Y AUTONOMÍA

Lleva razón Armando Bartra cuando afirma que la histórica lucha campesino-indígena que encierra el apotegma libertario *Tierra y Libertad*, constituye un reclamo por autonomía y la base material para que ésta pueda realizarse. De modo que la tierra no sólo es concebida como medio de trabajo, sino también como hábitat y territorio histórico, como medio ambiente, como paisaje, para su gestión económica y autogobierno.³⁶ Por esto, el líder y pensador mixe, Floriberto Díaz Gómez, decía que —aunque es muy limitada—, la noción occidental de territorio es la que mejor expresa concepto integral de lo que significa la tierra para los indios. Por eso territorio es un palabra de batalla en el plano jurídico, frente a los Estados-gobierno.³⁷

En los últimos años se ha producido una profunda e importantísima mutación política en un número creciente de personas y grupos sociales. Se trata de la mutación, de la histórica lucha por la tierra, a la defensa del territorio, ya que la defensa del territorio es un acto de soberanía popular en que se defiende mucho más que la tierra. En esa antiquísima tradición se apoyan hoy los pueblos indios y campesinos, que en la defensa vigorosa de su territorio encuentran la base para sustentar, con su modo de vida, una nueva forma de auténtica democracia.³⁸

Así entendido, el territorio no es sólo un bien físico, sino tierra humanizada, fuente de convivencia, saberes, de cultura, identidad, tradiciones y derechos. Es por esto que Enrique Leff afirma que “el territorio es el *locus*

³⁴ Cfr. FOrNET-BETANCOURT, Raúl, *La interculturalidad a prueba*. Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> [citado el 4 de junio de 2012].

³⁵ CUELI, José, “Pobreza-violencia: un estado mental”, en *La jornada*, México, 12 de abril de 2013.

³⁶ BARTRA, “Reformas agrarias”, *op. cit.*

³⁷ DÍAZ GÓMEZ, Floriberto, “Pueblo, territorio y libre determinación indígena”, en *La jornada semanal*, México, 11 de marzo del 2001.

³⁸ Cfr. ESTEVA, Gustavo, “La lucha por la democracia”, en *La jornada*, México, 16 de julio de 2009.

de los deseos, demandas y reclamos de la gente para reconstruir sus mundos de vida y reconfigurar sus identidades, a través de sus formas culturales de valorización de los recursos ambientales y de nuevas estrategias de reapropiación de la naturaleza”.³⁹ Como lo dice Andrés Aubry, el territorio “es el espacio reapropiado por un pueblo, el patrimonio del *first people*, el pueblo originario que lo ha habitado y modelado en el transcurso de los siglos [...], el que alberga la raíz y las ramificaciones actuales de su historia. Tiene y genera soberanía”.⁴⁰

Es por esto que la defensa campesina e indígena del territorio, cuestiona la viabilidad del orden económico-político-social existente, ya que esta reivindicación no se limita a la preservación u obtención del usufructo de la tierra, únicamente como recurso productivo, sino que incluye la reivindicación del derecho a su gestión autónoma, incluyendo la defensa de sus recursos naturales (flora, fauna, semillas, agua, paisaje), como elementos inherentes de sus culturas, sustento permanente y garantía de autonomía para organizar la producción y la vida, así como la preservación de las formas simbólicas en que los pueblos construyen territorialidad mediante la puesta en acción de lugares sagrados, procesiones, peregrinaciones y santuarios. El territorio es *lugar*, porque ahí arraiga una identidad en la que se enlazan lo real, lo imaginario y lo simbólico, sustento de cultura y cosmovisión. Tierra y comunidad entrelazadas, con un pasado, un presente y un futuro.⁴¹

³⁹ LEFF, Enrique, *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Ed. Siglo XXI, México, 2004, p. 125.

⁴⁰ AUBRY, Andrés, “Tierra, terruño, territorio I”, en *La jornada*, México, 1 de junio de 2007.

⁴¹ *Altepetl* fue el término utilizado por los hablantes del náhuatl antes del dominio español, para denotar sus unidades básicas de organización comunitaria. El *altepetl* (literalmente del nahuatl, *átl*- agua, *tepetl*-fortaleza, defensa, cerro “cerro lleno de agua”), es un simbolismo del medio físico, recalando su expresión de territorialidad. El *altepetl* es el concepto central de la organización política prehispánica, como unidades básicas de organización comunitaria. No sólo implicaba aspectos urbanísticos o sociopolíticos, sino también de índole estética, simbólica, ecológica y geográfica. Se trata de un concepto que remarca los valores simbólicos de la naturaleza, sobre todo aquellos indispensables a la supervivencia y las relaciones humanas. En sí, el propio metónimo ‘*altepetl*’, ‘agua-montaña’, evoca una gama amplia de metáforas que aportaban, y todavía aportan, significados y razón de ser de la vida de una comunidad mesoamericana. Los topónimos que figuran en las tradiciones históricas son nombres de *altepetl*. Mas no se olvide que en Mesoamérica había otras perspectivas y terminologías además de la náhuatl. Así tenemos como equivalentes al *altepetl*, el *ñuhu* de las tradiciones mixtecas; el *ndaatyuaa* amuzgo; el *batabil* en las mayas, entre otras. No eran exactamente similares en sus formas de organizarse y legitimarse, pero sí equiparables. Ordinariamente se traduce *altepetl* como asentamiento, poblado, ciudad, estado, nación, lo cual es un empobrecimiento del concepto, ya que los españoles sustituyeron el concepto *altepetl*, por otro que les pareció más ajustado al contexto jurídico colonial, el de *pueblo de indios*, lo que provocó su simplificación a “localidad”, “poblado”. Sin embargo esto no sólo implica un empobrecimiento del término, sino la pretensión de desarraigar a los indios de sus lugares y sus significaciones simbólicas,

Así pues, la reivindicación de *tierra y libertad* busca poner límites a la voracidad del mercado, mediante la puesta en práctica de epistemologías, tecnologías y espiritualidades diversas, que crean las condiciones materiales y espirituales donde es posible *una vida digna de ser vivida*, acorde a sus culturas materiales. Esto se hace posible en un proceso de autoafirmación, autoconciencia y reivindicación de la identidad campesina e indígena, vivida en la autonomía y la auto-organización. Estos procesos político-sociales, en sus territorios llevan acabo la construcción de la autonomía en los hechos⁴² como derecho madre —derecho que hace posible que nazcan los demás de derechos de los pueblos indígenas—, y desde ahí, hacen un cuestionamiento profundo de nuestra socialidad excluyente (colonial) y las condiciones de violencia estructural en las que se sustenta, apostando por relacionales fundadas en el reconocimiento y la reciprocidad. Es importante hablar de estos procesos (no en término idílicos y esencialistas), de estos lugares *otros*, donde se construye la autonomía en los hechos mediante la territorialización de prácticas descolonizadoras, como propuesta y acción cotidiana.

IV. LA DEFENSA DEL TERRITORIO COMO PRÁCTICA DESCOLONIZADORA

La defensa del territorio cobra especial importancia en estos comienzos del nuevo milenio, ya que constituye una lucha en la que los pueblos indios y campesinos se juegan la vida, ante la destrucción desatada por el

así como desarticular el complejo tejido sociocultural manifiesto en el *altepetl*, mediante un férreo mecanismo de control (tecnología disciplinaria), ya que el “pueblo” fue el instrumento para la imposición del régimen de vida que convino al colonizador. Ver Fernández Christlieb, Federico y García Zambrano, Ángel Julián [Coor.], *Territorialidad y paisaje en el Altepetl del siglo XVI*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

⁴² Más que hablar de la lucha por la autonomía se debe hablar de autonomías, ya que la reflexión en torno a la territorialidad y la autonomía indígena en México debe hacerse de realidades concretas en las cuales se matizan ciertas prácticas autonómicas y de dominio territorial, conservadas a pesar, y aún en contra, del Estado-nación dominante y atienden a contextos socio-históricos particulares. Muchos son los procesos que buscan construir su autonomía a lo largo y ancho del territorio nacional. Entre los más destacados, o que gozan de mayor visibilidad se encuentran los municipios autónomos y las Juntas de Buen Gobierno zapatistas en Chiapas, la Policía Comunitaria en la Montaña y Costa Chica de Guerrero, los triquis del municipio autónomo San Juan Copala en Oaxaca, las comunidades de Cherán y Santa María Ostula en Michoacán, el pueblo yaqui de Vicam Sonora. Sin embargo, a pesar de que sólo algunos procesos tienen cierta visibilidad a nivel nacional e internacional, muchos son los procesos que en mayor o menor medida forjan su autonomía. Se trata de proyectos, programas y procesos variados de seguridad y justicia comunitaria, comunicación comunitaria, así como diversos retos de organización y administración del ejercicio autónomo.

capitalismo neoliberal en su *guerra contra la subsistencia*.⁴³ Es mediante la defensa del territorio que pueblos indios y campesinos mexicanos se oponen radicalmente a la destrucción de sus formas de vida vernácula, sus sentidos locales de buena vida, en la re-apropiación de sus contextos y la reconstrucción de sus mundos de vida. Se trata de luchas sumamente actuales, pero configuradas a lo largo de nuestro devenir histórico, desde la colonización europea hasta el actual dominio de la tecnocracia neoliberal.

Como bien dice Rivera Cusicanqui, si bien “la modernidad histórica fue esclavitud para los pueblos indígenas de América, fue a la vez una arena de resistencia y conflictos, un escenario para el desarrollo de estrategias envolventes, contra-hegemónicas, y de nuevos lenguajes y proyectos indígenas de la modernidad”.⁴⁴ Hacer referencia a estas luchas nos permite dilucidar la dinámica histórica en la que los pueblos indios han demostrado su apuesta por un proyecto jurídico-político diverso, a saber, su propio proyecto de modernidad, sustentado en profundas tradiciones históricas, impregnadas de saberes pertenecientes a sus culturas materiales y que hoy se hacen presentes como otro modo de ser, pensar y hacer.

Los pueblos indios siguen produciendo su subsistencia a través de sus capacidades vernáculas, recreando una cultura material histórica que preserva “un modo de ser y de vivir, que se define por la capacidad autónoma de definir la propia vida y allegarse los medios para vivirla”.⁴⁵ Se trata de experiencias de afirmación y construcción de nuevos territorios, en los que se reinventan los modos de hacer colectivo. Territorios que conjugan de otra manera las formas comunitarias y la organización política autónoma, en prácticas descolonizadoras y contra hegemónicas. Territorios en resistencia que son a la vez espacios en los que va naciendo lo nuevo

No es una cuestión teórica y por lo tanto sólo se puede “mostrar”. Se conoce y se practica, o no se entiende. Resistir hoy es proteger la vida y construir vida en territorios controlados colectivamente [...] Lo que diferencia esos territorios es que allí existen los modos de vida heterogéneos sobre los cuales es posible crear algo distinto a lo hegemónico.⁴⁶

⁴³ Cfr: ROBERT, “Esperando el retorno...” *op. cit.* pp. 46-59.

⁴⁴ RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa...* *op. cit.*, p. 53.

⁴⁵ ESTEVA, Gustavo, “La fuerza de la localidad”, entrevista con Patricia Gutiérrez-Otero y Javier Sicilia, en *Ixtus. Espíritu y cultura. «Con los pies en la tierra o la fuerza de la localidad»*, año XI, n° 42, México, 2003, p. 48.

⁴⁶ ZIBECHI, Raúl, “El territorio como espacio emancipatorio”, en *La jornada*, México, 25 de enero de 2013.

La territorialidad indígena constituye un espacio culturalmente construido, en el cual se inscribe su identidad colectiva como pueblos indios. Es así que desde la visión de los indígenas, el territorio constituye el espacio natural de vida, concebido éste, como una unidad ecológica fundamental donde se desarrolla la vida en sus múltiples expresiones y formas; es convivencia, saberes y conocimientos, fuente de cultura, identidad, tradiciones y derechos. En este lugar esencial se desarrolla su vida como pueblos, su reproducción permanente como sociedades diferenciadas en lo social, económico, político y cultural de generación en generación.⁴⁷

Siguiendo a Floriberto Díaz entendemos que “la concepción indígena de la tierra es integral y humanista. La tierra no es solamente el suelo. La forman los animales y las plantas, los ríos, las piedras, el aire, las aves y los seres humanos. La tierra tiene vida”.⁴⁸ “La relación con la tierra y con todo ser viviente es fundamental para las sociedades indígenas y en la mayoría de los casos tiene una base espiritual de espacio sagrado”.⁴⁹ Esto Francisco López Bárcenas lo explica ejemplar y sintéticamente cuando dice que:

Los indígenas también tienen sus propias ideas de territorio. Es el caso de los *ñuu savi*, más conocidos como mixtecos. Recordar que los denominados mixtecos en realidad somos *ñuu savi* es importante por la relación existente entre el *ñuu* y el *ñuhu*. Está aceptado de manera general, tanto por los estudiosos de la cultura mixteca como por los mixtecos mismos, que con el primer vocablo se denomina al pueblo en sentido étnico. Lo mismo sucede con el *ñuhu*, vocablo que se usa para referirse a la tierra, pero tierra con vida y relaciones humanas, pues cuando no existe vida humana en ella se la denomina *yucu*, cerro o monte, que también puede tener vida, pero no relaciones humanas, lo que puede llevar también a usarlo para denominar lo salvaje, por oposición a lo civilizado, lo humano [...] El *ñuu* tiene sentido por el *ñuhu*, pero éste a su vez condiciona la existencia del primero.⁵⁰

Así se entiende perfectamente que las nociones indígenas del territorio implican relaciones humanas, es decir, el territorio como tierra humanizada. No obstante, a la concepción de territorialidad indígena se le opone la centralidad con la que se impone el concepto de propiedad occidental. Así

⁴⁷ Cfr. VITERI, Alfredo, *Tierra y territorio como derechos*. Disponible en: <http://www.revistapueblos.org/old/spip.php?article 75>, Miércoles 1 de diciembre de 2004. [citado 29 de abril 2013].

⁴⁸ DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*

⁴⁹ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, “Territorios Indígenas y Conflictos Agrarios en México”, en *Derecho a la Tierra, conceptos, experiencias y desafíos*. ILSA, Santa Fe de Bogotá, 2004, p. 233.

⁵⁰ *Idem, supra*.

por un lado tenemos la territorialidad indígena que encierra una dimensión trans-propietaria, y por otro, la propiedad privada, en su concepción lockeana. Según Martínez de Bringas, el derecho de propiedad occidental se fundamenta en dos ideas claves que lo sustentan:

Por un lado, la libertad de acceso a la propiedad; por otro lado, la individualización del trabajo en la tierra en que arraiga esta institución jurídica. Estas dos ideas marcan el sentido y contenido de la propiedad, por lo que, cualquier interposición en la libre proyección de sus fundamentos, incurre en vulneración de este derecho. A su vez, los basamentos de esta institución jurídica permiten desgranar analíticamente y prácticamente una serie de efectos, como son: la divisibilidad de la tierra; la alienabilidad; la circulación mercantil y la seguridad crediticia.⁵¹

En esta concepción, la propiedad se nos presenta como absoluta, exclusiva y perpetua (o permanente), mientras que la concepción de territorialidad indígena tiene otros atributos, pues como bien señala Martínez de Bringas “el carácter hermético, positivo y totalizante que denotan términos como “absoluto y exclusivos”, resultan poco útiles para dar medida de la perspectiva y dimensión de los derechos territoriales indígenas”.⁵² En cuanto al término “permanente”, el iusfilósofo vasco nos dice que éste debe ser entendido desde una perspectiva histórica y socio-cultural, para poder trascender la consideración temporal de los derechos como son comprendidos por el Derecho occidental; y por lo tanto, no vinculados a la duración de la vida humana o del portador del derecho en cuestión. Entonces es aquí donde la territorialidad indígena muestra su doble aspecto, como propiedad individual y colectiva (comunitaria); así como su doble dimensión, trans-temporal (más allá de la temporalidad de la vida humana) y trans-espacial (más allá de la geografía occidental). “De esta manera, la territorialidad indígena tiene una dimensión trans-generacional (generaciones pasadas, presentes y futuras); trans-fronteriza, más allá de los estrechos marcos con los que se entienden los derechos de la ciudadanía, en el ámbito del Estado-nación delimitado por fronteras; y trans-personal, implicando la dimensión pública del Derecho en la manera de fundamentar titularidades y ofertar garantías. En definitiva, deriva las consecuencias de

⁵¹ MARTÍNEZ DE BRINGAS, *op. cit.*, p. 651.

⁵² *Idem, supra*, p. 660.

la territorialidad indígena a partir del hemistiquio inescindible de pueblo-territorio".⁵³

Tierra, terreno, terruño y territorio (banamil, osil, y la secuencia lum, jteklum, lumaltik de los tzotziles y tzeltales) y lo que contienen no se venden, ni se compran, ni se confiscan porque son de los muchos que les deben su existencia colectiva, histórica, cultural, un bien colectivo transgeneracional, la garantía de la existencia futura de quienes los marcaron y los siguen marcando de su sello *per secula seculorum*. Juntos son una herencia cósmica, un llamado histórico, una memoria activa.⁵⁴

Entonces el reconocimiento de la territorialidad indígena, implica que los pueblos indios puedan ejercer plenamente toda forma y modalidad de control, propiedad, uso y usufructo que define la relación socio-económica del binomio pueblo-hábitat. Es decir que la territorialidad implica reconocer y garantizar la regulación de toda forma de control territorial indígena, abarcando en dicho control jurisdiccional la totalidad de hábitat: superficie, subsuelo, aguas, los recursos forestales y recursos genéticos, lo cual es imposible sin el reconocimiento de la autodeterminación como pueblos, en su versión de autonomía.

Como se desprende de la lógica de territorialidad y de la jurisdicción, ello no podrá realizarse sin la concesión de derechos de autonomía que permitan un ejercicio real de la territorialidad y de la jurisdicción. La autonomía, en cuanto derecho político público, incluye: control político y jurisdiccional de la territorialidad; autonomía de uso y explotación; control social y espiritual del territorio y sus recursos; libertad interna para una distribución de derechos intra-territorial; control económico del territorio; seguridad jurídica en el territorio.⁵⁵

La concepción del territorio de los pueblos indios está íntimamente ligada al ejercicio de derechos colectivos y a la autodeterminación como pueblos. Así el espacio rural —tierra y territorio— es consustancial para la reproducción de su existencia, no sólo en el ámbito económico, sino también para la organización socio-espacial de sus comunidades. Es por esto que la tierra y el territorio constituyen ejes centrales de sus demandas. Esta añeja disputa socio-espacial se ve reflejada en distintos escenarios de resistencia indígena en México, que reivindica la espacialización del derecho

⁵³ MARTÍNEZ DE BRINGAS, *op. cit.*, p. 661.

⁵⁴ AUBRY, *op. cit.*

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 661-662.

de autodeterminación a través de la autonomía territorial históricamente negada por el Estado, la exclusiva visión económica del territorio, y el rechazo a la perspectiva socio-biocultural de territorio indígena".⁵⁶

El derecho a la libre determinación está asociado directamente a los derechos de territorio y pueblos. Una comunidad y pueblo indígena sin derecho a la libre determinación, seguirá siendo un pueblo sin posibilidades de definir su desarrollo y creatividad para enfrentar los desafíos actuales.⁵⁷ De esta forma los pueblos indios reivindican su derecho a ser reconocidos como sujetos políticos y epistemológicos, es decir como pueblos con su propia historia, religión, cultura, educación y lengua (elementos intrínsecos al ser de los pueblos). Como lo expresa Floriberto Díaz:

Porque nuestros pueblos indígenas han tenido y mantienen su propio sistema de vida, que se traduce en sus estructuras políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales que los hace sujetos de reconocimiento y respeto por parte de los Estados-nación, que jurídica y prácticamente han negado nuestra existencia.⁵⁸

Si bien las reformas constitucionales en materia indígena de 2001, pueden considerarse un avance en materia de derechos de los pueblos indígenas en México, en verdad sus alcances son muy limitados, y con férreos candados en lo concerniente a los derechos políticos y territoriales.⁵⁹ No obstante, a pesar del rechazo generalizado a la reforma, la misma puede y es en los hechos utilizada por los pueblos indígenas en sus procesos de lucha

⁵⁶ *Ibid.* pp. 662-663.

⁵⁷ Cfr. DÍAZ GÓMEZ, *op. cit.*

⁵⁸ *Idem, supra.*

⁵⁹ Se considera que aunque se establece formalmente el reconocimiento y garantía de los pueblos y comunidades a la libre determinación y autonomía, está de tal modo normado que se trata de una contrarreforma, en donde lo que se ofrece a los pueblos es "indigenismo" por autonomía, tutela por capacidad de decisión y programas sociales y asistencia, en lugar de libre determinación, en contravención de los Acuerdos de San Andrés: 1. A las comunidades se les designa como "entidades de interés público", en lugar de reconocerlas como "entidades de derecho público", quedando así limitadas en sus acciones y haciéndoles más difícil la reconstrucción de los pueblos; 2. La sustitución de las nociones de *tierra* y *territorios* por el de "los lugares que habitan y ocupan", *desterritorializa* a pueblos y comunidades y les quita su base material de vida y desarrollo; 3. Se considera que la libre determinación y autonomía queda subordinada a las decisiones y leyes unilaterales de los congresos locales (caciquismos y poderes locales), de cada entidad federativa, por la remisión de la reforma constitucional, a su reglamentación por leyes estatales; 4. Se limita el derecho de las comunidades asociarse; Se limita la posibilidad de que los pueblos indígenas adquieran sus propios medios de comunicación. Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Los Acuerdos de San Andrés: el derecho de decir el derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, No. 30, México, 2006.

en ámbito jurídico. Esto supone —desde los procesos indígenas—, asumir una postura y práctica de *positivismo de combate* o *uso alternativo del Derecho*, que supone superar el rechazo de la juridicidad vigente (derecho estatal), así como tampoco aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural para usarla en beneficio de los pueblos, buscando hacer efectivos derechos reconocidos constitucionalmente.⁶⁰

Sin embargo, es necesario realizar la crítica, buscando llegar a escenarios más amplios de reconocimiento de derechos. Consideramos que las reformas al artículo 2º de la Constitución, constituyen un reconocimiento condicionado y a regañadientes de los derechos de los pueblos indios, y en la realidad expresan un *multiculturalismo light* y despolitizado. Como refiere Silvia Rivera Cusicanqui, la teatralización de la condición “originaria” mediante el reconocimiento sesgado de la autodeterminación indígena, le niega coetaneidad a los diversos proyectos indios, encasillándolos en estereotipos indigenistas y del “buen salvaje” guardián de la naturaleza.⁶¹ Este *multiculturalismo light* “neutraliza sus visiones propias de futuro, sus prácticas organizativas y sus definiciones de política y buen gobierno”,⁶² los despoja de su condición de sujetos políticos/epistemológicos y desarma la etnicidad como estrategia política.

El multiculturalismo oficial [...] ha sido el mecanismo encubridor por excelencia de las nuevas formas de colonización. Las élites adoptan una estrategia de travestismo y articulan nuevos esquemas de cooptación y neutralización. Se reproduce así una “inclusión condicionada”, una ciudadanía recortada y de segunda clase, que moldea imaginarios e identidades subalternizadas al papel de ornamentos o masas anónimas que teatralizan su propia identidad.⁶³

El reclamo autonomista nunca ha sido por políticas asistencialistas, indianistas o indigenistas, ni programas sociales que en la realidad se traducen en limosnas gubernamentales, sino que su práctica política es por el cumplimiento a cabalidad de los acuerdos de San Andrés Sacamch'en, mediante el reconocimiento pleno de la autodeterminación de los pueblos indígenas, en su versión de autonomía y el control del territorio que ésta

⁶⁰ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El Derecho que nace del pueblo*, Ed. Porrúa, México, 2006.

⁶¹ RIVERA CUSICANQUI, *Gestión intercultural*, op. cit., p. 59.

⁶² *Id.*, *Ch'ixinakax utxiwa*, op. cit., p. 56.

⁶³ *Ibidem.*, p. 60.

implica. Se aspira a defender el territorio, la tierra, el maíz, el agua, los bosques y la vida, reclamar el derecho a la autonomía de sus comunidades al tiempo que se organiza en éstas el poder de decisión. Para los pueblos los programas asistencialistas, no sólo han demostrado su incapacidad frente al reto de reducir la pobreza y acabar con el hambre, sino que han sido utilizados como herramienta contrainsurgente y para el control político clientelar de la población. Como señala Zibechi se trata de una estrategia para aniquilar a los sujetos nacidos y arraigados en la resistencia territorial desorganizando, diluyendo, cooptando y aniquilando por la fuerza (todo junto, no una u otra acción), a través de la combinación de fuerza bruta (militar y policial) con políticas sociales para “combatir la pobreza”.⁶⁴

La razón de Estado neoliberal a través de sus políticas gubernamentales y las reformas estructurales dirigidas al agro, llevan implícita una doble descalificación: por un lado persiste el ninguneo neocolonial respecto a los frutos logrados por diversos procesos político-sociales, campesinos e indígenas que vienen construyendo —desde hace años—, la autonomía por la vía de los hechos; y por el otro reproduce el desprecio por las formas de vida vernáculas y milenaria agricultura campesina/indígena, que tiene su base en la comunidad, y en los valores y saberes que ésta encarna. La apuesta del capitalismo mediante la imposición de las reformas estructurales en el mundo rural —*guerra contra subsistencia*—, es dismantelar las estructuras productivas del agro, allí donde hombres y mujeres indígenas crean el tejido vivo y el mundo comunitario ritual ligado a sus saberes de subsistencia y cultura material, como expresión plena de su modernidad y su ser diverso.⁶⁵

Por esto lleva razón Rivera Cusicanqui cuando afirma que “no puede haber un discurso de la descolonización, una teoría de la descolonización, sin una práctica descolonizadora”.⁶⁶ Las estructuras productivas del agro dan cuenta de la coetaneidad y modernidad de los pueblos indios, que en su praxis cotidiana, recuperan sus *saberes de subsistencia* ligados a la lucha por el territorio y la autonomía, como condiciones para la existencia de la forma de vida campesina e indígena. El ser indio, retomar la conducción del destino propio, equivale a reproducir la biodiversidad a través del manejo milenario del paisaje, del desarrollo de las tecnologías apropiadas

⁶⁴ ZIBECHI, “El territorio como... op. cit.

⁶⁵ Cfr. RIVERA CUSICANQUI, *Gestión Pública...* op. cit., p. 40.

⁶⁶ *Id.*, *Ch'ixinakax utxiwa...* op. cit., p. 62.

a las peculiaridades del ecosistema, y las formas simbólicas y rituales manifiestas en lugares sagrados, procesiones, peregrinaciones y santuarios. La descolonización implica reconstruir formas de ser, formas de vivir, es decir, reconstruir y vivir la identidad entendida en un sentido mucho más profundo que una simple forma de vestir, o una forma de bailar, sino como una epistemología, una forma de concebir y relacionarse con el mundo.⁶⁷

De modo que frente a la modernidad excluyente y explotadora se alza la lucha por *la modernidad india*, una ciudadanía indígena y campesina, que se ve obligada a construirse por fuera y en contra del Estado.⁶⁸ Ante el ninguneo y la ausencia de reconocimiento pleno por parte del Estado y la estrategia de aniquilación, los pueblos han optado por construir la autonomía por la vía de los hechos y luchan por construir formas de vida alejadas del poder estatal y de todos los partidos políticos. Así, el ejercicio de su derecho a la autonomía representa la posibilidad de superar el sometimiento político y económico en que se encuentran, de tal manera que puedan participar de la vida política, económica y social del país sin perder su especificidad sociocultural.

El ejercicio —en los hechos— de las autonomías indígenas es expresión de su modernidad, cristalizada en experiencias de autodeterminación económica, política y religiosa, mediante las que se retoma la historicidad propia y se practica la descolonización de los imaginarios y las formas de representación. La propia apuesta por la modernidad, cuestiona el reconocimiento estatal condicionado y sesgado de los derechos culturales y territoriales, y pugna por tener acceso a los derechos y servicios del Estado moderno pero desde su propia perspectiva de desarrollo. De modo que, entendido así, el reconocimiento de la autodeterminación indígena y el control del territorio, no constituye una mejora económica en los términos de la idea colonial de “desarrollo”, sino que implica una restauración —social y epistémica— para emprender el desarrollo desde la autonomía.

V. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA DESCOLONIZACIÓN

El ejercicio de la autonomía en los hechos, muestra cómo diversos pueblos indios y campesinos en México, afirman y demuestran desde su praxis cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se limita al derecho positivo

⁶⁷ Cfr. *Id.*, *Gestión Pública... op. cit.*, p. 41.

⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, 45.

estatal vigente, sino que hay que comprender la existencia de una brecha entre las estructuras formales y reales en la sociedad mexicana, que implica la coexistencia de jurisdicciones que entran en conflicto en el ámbito nacional, a saber, entre un derecho que nace del Estado y otro *derecho que nace del pueblo*⁶⁹ —como pluralismo jurídico y epistemológico contrahegemónico—. Esta disputa inscrita en nuestra realidad abigarrada revela la distancia entre las estructuras coloniales que se han impuesto a contrapelo de la condición cultural y las que se han mantenido vivas, contra todo y contra todos, como expresión de formas propias de pensamiento y comportamiento.⁷⁰ Este conflicto tiene sus bases en una contienda histórica, producto del orden colonial que aún subsiste, pero que a pesar del despojo y la desigualdad [histórica] imperante, el descontento y la acción popular es capaz de crear prácticas colectivas, para la reapropiación de sus contextos y sus modos de vida. Por esto es importante resaltar el carácter dinámico del derecho indígena y su capacidad para dialogar —aunque conflictivamente—, con el derecho estatal y procesos sociales hacia dentro de las comunidades. Es fundamental rescatar el derecho indígena de la visión errónea, prejuiciosa y negativa que lo define como un derecho arcaico (junto con su cultura) y violatorio de derechos humanos.

En sus procesos de reconstitución, los pueblos crean y recuperan instrumentos jurídicos propios, además de utilizar otros del Derecho estatal e internacional para poder defender su territorio frente a las estrategias de despojo empresariales y gubernamentales. Esto se hace mediante la práctica, que supone superar el rechazo de la legalidad vigente (derecho estatal), así como tampoco aceptarla acríticamente, sino entenderla dentro de la estructura y en el momento coyuntural, para usarla en beneficio de los pueblos buscando la efectivización de sus derechos.⁷¹

Esto implica un complejo juego de tensiones, síntesis, solapamientos y negociaciones entre los sistemas normativos indígenas, desde una lógica consuetudinaria, y los sistemas normativos estatales, desde una lógica

⁶⁹ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El Derecho que... op. cit.*

⁷⁰ ESTEVA, Gustavo, “Los árboles de las culturas mexicanas”, en *Sin maíz no hay país*, Gustavo Esteva y Catherine Marielle (Coords), CONACULTA, México, 2003, pp. 17 y 18.

⁷¹ Es interesante analizar el uso que se hace de los pueblos indígenas, de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU), los cuales establecen como garantías la autodeterminación, el control de sus tierras y de los recursos naturales. A su vez también existen experiencias de uso del Derecho Agrario en defensa del territorio, a través de los reglamentos internos ejidales.

positiva y escriturística.⁷² De este modo es que “la tradición” puede cuestionarse, al considerarse, no como algo estático, inamovible y tiránico, sino como un fenómeno histórico de larga duración. Como lo expresa Gustavo Esteva, “los ámbitos de comunidad no son estáticos. [...] Una de sus mejores tradiciones es la de cambiar la tradición de manera tradicional. Por eso han podido resistir hasta en las condiciones más adversas, dando continuidad histórica y cultural a su existencia”.⁷³ Toda tradición es un proceso, vive sólo si es capaz de cambiar, en diálogo con otras cosmovisiones y tradiciones históricas y los pueblos indígenas nos muestran cómo la tradición se cambia tradicionalmente en diálogo con el derecho estatal y la cultura dominante.⁷⁴

La articulación de modernidad y tradición por la que pugnan los pueblos indios implica redefinir el Estado, o como dice Rivera Cusicanqui, “transitar de un Estado colonizado/colonizante a un estado intercultural”. En otras palabras, se trata de redefinir la cosa pública, la *res pública* que marca la condición moderna de las sociedades latinoamericanas, a partir de la comprensión y reconocimiento de su versión comunal, a partir de la mirada a la sociabilidad, vigente y reconstruida, de los pueblos indígenas, a sus formas de autogobierno y gestión comunal de recursos.⁷⁵ Por ello el objeto de debate no es sólo que se reconozcan derechos territoriales a los pueblos indígenas, sino que se abra un debate intercultural/normativo sobre qué entiende cada pueblo por derechos territoriales, y cómo dialoga desde el antagonismo con el derecho estatal. Es decir, ubicar cuál es el *locus* jurídico del que se parte: si este es originario o derivado; si negociamos desde un *corpus* jurídico propio y constitutivo, o arrastrado y

⁷² MARTÍNEZ DE BRINGAS, *op. cit.*, p. 662.

⁷³ ESTEVA, *Entrevista, op. cit.*, p. 50.

⁷⁴ En este sentido es importante “analizar las praxis y narraciones de las mujeres indígenas y sus demandas respecto a sus derechos humanos, que ejemplifican exigencia y cambios al interior de su propia tradición y cosmovisión. Esta práctica intercultural es una necesidad desde la perspectiva *inter* como *intra* cultural. Los derechos humanos pueden ser el puente de conexión entre las diferentes culturas, y al mismo tiempo el instrumento para resolver los conflictos intraculturales entre tradición y modernidad, siempre y cuando se escuchen recíprocamente los pluriversos culturales”. Tomado de CUBELLS AGUILAR, Lola, “Derechos humanos, territorio y cultura tseltal. Tejiendo espacios interculturales desde el Centro de Derechos Indígenas de Chilón, Chiapas”, en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, UASLP, año III, n° 6, San Luís Potosí, México, Julio-diciembre 2011, p. 106.

⁷⁵ RIVERA CUSICANQUI, *Gestión Pública... op. cit.*, p. 6.

derivado de otro; si se consideran los sistemas normativos indígenas como constituyentes, originarios y autónomos, o no.⁷⁶

Sin embargo, para un verdadero diálogo intercultural es preciso superar la noción colonial de la autonomía, entendida como parte del reconocimiento que la cultura hegemónica (Estado colonizado/colonizante), concede a los pueblos indios, y dar el gran paso y analizar a ésta como un producto cultural propio de un contexto determinado, que genera una práctica y un discurso emancipador contra-hegemónico.⁷⁷ La consideración de la autonomía y los sistemas normativos indígenas, como una concesión estatal y por tanto derivados del Estado naturaliza la relación de sujeción y coerción, que ejerce la violencia simbólica, al instituirse una relación de dominación anclada en categorías o instrumentos de conocimiento coloniales, que definen los conceptos de autonomía y territorio indígena a partir de una consideración occidental y positiva, produciéndose un reconocimiento meramente formal, pero no material ni de contenidos desde imaginarios y las prácticas indígenas y sus dinámicas internas.

Como señala Héctor Díaz Polanco, “los rasgos específicos de las autonomías están determinados, por un lado, la naturaleza socio-histórica de la colectividad que la ejerce, en tanto que es el sujeto social que, con su acción produce esa particular realidad histórica y le da vida cotidiana; y por otro lado, por el carácter sociopolítico del régimen estatal-nacional dentro del cual cobra vida”.⁷⁸ En este sentido la reflexión en torno a la territorialidad y las autonomías indígenas en México, deben hacerse desde realidades concretas en las cuales se manifiestan ciertas prácticas autonómicas y de dominio territorial, conservadas a pesar, y aún en contra del Estado-nación, o algunas otras veces sustentadas en un derecho avalado por el Estado. Aquí es donde se hacen visibles los espacios de conflicto, intersección e interpenetración de órdenes normativos y la posibilidad o imposibilidad de diálogo intercultural.

Por esto es necesario el pleno reconocimiento y ejercicio de la(s) autonomía(s) de los pueblos indios, lo que implica forzosamente el ejercicio y el reconocimiento del pluralismo jurídico. Así se comienza por negar que el Estado sea, a través de su normatividad y complejidad institucional,

⁷⁶ MARTÍNEZ DE BRINGAS, *op. cit.*, p. 652.

⁷⁷ CUBELLS AGUILAR, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁸ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, Siglo XXI editores, UNAM, México, 1991, p. 152.

el centro único del poder político y la fuente de origen exclusiva de la creación del Derecho, ya que es precisamente en aquellos grupos que reclaman la vigencia real de sus derechos (culturales, políticos y territoriales), como sujetos sociales diversos, que está el lugar donde nace la juridicidad alternativa, como pluralismo jurídico.⁷⁹ De modo que, “la apuesta india por la modernidad se centra en una noción de ciudadanía que no busca la homogeneidad sino la diferencia. Pero a la vez, al tratarse de un proyecto con vocación hegemónica, capaz de traducirse en términos prácticos en las esferas de la política y el Estado, supone una capacidad de organizar la sociedad a nuestra imagen [de sociedad abigarrada] y, de armar un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia legítimas”.⁸⁰

⁷⁹ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, *El Derecho que... op. cit.*

⁸⁰ RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa... op. cit.*, p. 71.

UN ACERCAMIENTO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
DE EFRAÍN GONZÁLEZ MORFÍN.
DESDE EL IUSNATURALISMO CLÁSICO:
LA POSIBILIDAD DE UN IUSNATURALISMO CRÍTICO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL¹

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Algunos datos personales*. 2. *Filosofía del conocimiento y derecho*. 3. *Análogica y Derecho*. 4. *Supuestos de la interpretación humana y principios de la hermenéutica jurídica*. 5. *Solidarismo, como principio social fundamental*. II. *Reflexiones para terminar*.

I. INTRODUCCIÓN

Varias generaciones de abogados han sido formados en México, desde fines del siglo XIX y hasta nuestros días, siguiendo los lineamientos del positivismo jurídico; ya sea éste de corte voluntarista, repitiendo y aplicando los dogmas de la Escuela de la Exégesis, tales como "El Derecho es la ley" y "la ley es la voluntad del legislador"; o bien aceptando el positivismo normalógico de corte kelseniano, que identifica el Derecho con los aspectos formales, con la estructura lógica de las normas. Se trata, por un lado, de una visión del Derecho que lleva a celebrar el culto de la ley, su deificación; y por otro, a reducir lo jurídico al estrecho margen de las normas. Positivismos jurídicos avalorativos, con un trasfondo de neutralidad axiológica; positivismos jurídicos inhumanos, que sostienen que la

¹ Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

persona —el sujeto de Derecho— no es el ser humano, sino un conjunto de derechos y obligaciones que encuentra su origen en la ley.

Afortunadamente no han faltado profesores de Filosofía del Derecho, que desde su cátedra y/o sus libros, han enseñado el Derecho de otro modo; y han aportado y están aportando a la cultura jurídica mexicana, una visión distinta. Desde mi punto de vista, los que realmente han dicho distinto y enriquecido el modo de ver el Derecho, son los autores que siguen el iusnaturalismo clásico y un profesor de filiación marxista que, con algunos de sus alumnos y seguidores, ha ido haciendo escuela, postulando la Crítica Jurídica, me refiero a Óscar Correas.²

Los profesores y/o autores que piensan el Derecho desde el iusnaturalismo clásico son varios, algunos de ellos con una obra filosófica muy importante. Desde mi punto de vista destacan Antonio González Robledo (1908-1994),³ Héctor González Uribe (1918-1988),⁴ Eugenio Trueba Olivares (1920),⁵ y mis maestros Rafael Preciado Hernández (1908-1991),⁶ Miguel Villoro Toranzo (1920-1990),⁷ Mauricio Beuchot (1950)⁸ y Efraín González Morfín (1929-2012).

En este trabajo nos ocuparemos de la Filosofía Jurídica del pensador jalisciense, recientemente fallecido, Efraín González Morfín. Como veremos, la propuesta que hace González Morfín para conocer y reflexionar sobre el Derecho, apoyándose en el iusnaturalismo clásico, es sumamente interesante y original. Propone pensar el Derecho utilizando el método de la analogía, lo que permite penetrar en el ser del Derecho rompiendo con

² Argentino de origen —cordobés—, antiguo profesor de la Universidad Autónoma de Puebla, hoy adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México. Entre sus obras más importantes están: *La Ciencia Jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, Culiacán, 1980; *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Guerrero, Puebla, 1982; *El otro Kelsen*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. Dirige la revista *Crítica Jurídica*, que él fundó, desde hace treinta años (1983-2013).

³ Ver en especial *Meditación Sobre la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

⁴ Su libro más importante: *Teoría Política*, Ed. Porrúa, varias ediciones.

⁵ Del profesor guanajuatense destacan: *El Hombre, la Moral y el Derecho*, Ed. Orlando Cárdenas Velasco, México, 1986; y *Guía Temática de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1993.

⁶ Destaca en este rubro sus *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Jus, varias ediciones.

⁷ Mencionamos tres importantes libros de don Miguel: *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, varias ediciones; *La Justicia como vivencia*, Ed. Jus, Col. de Estudios Jurídicos No. 18, México, 1979; y *Teoría General del Derecho*, Porrúa, México, 1989.

⁸ BEUCHOT sin ser propiamente filósofo del Derecho, ha publicado varios libros sobre derechos humanos, aplicando su *hermenéutica analógica*, instrumento de pensamiento muy útil para la Filosofía del Derecho en general. Ver: *Tratado de Hermenéutica Analógica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, varias ediciones.

visiones univocistas, que reducen lo jurídico a la ley estatal o a su aspecto normativo; sin aceptar la ambigüedad, ni el equivocismo, la analogía permite analizar el Derecho en toda su riqueza integral y posibilita la aceptación del pluralismo jurídico y el pensar crítico con relación al Derecho, teniendo la justicia y los derechos humanos como referentes prioritarios.

En su Filosofía Jurídica, se ocupa González Morfín de la Epistemología o Teoría del Conocimiento. Y así, desde el realismo crítico o moderado, nos muestra la necesidad de tomar en serio los presupuestos epistemológicos, no sólo en el conocer sino también en el practicar el Derecho.

El pensador jalisciense incursiona además, en la hermenéutica jurídica, y aplica también en el quehacer interpretativo el método de la analogía.

En su Filosofía del Derecho, González Morfín trata de otros muchos tópicos. Sin embargo en este trabajo abordaremos los antes señalados: epistemología jurídica, analogía y Derecho y hermenéutica jurídica; terminamos con sus consideraciones de Filosofía Social, mismas que se reflejan en lo jurídico.

El iusnaturalismo clásico que constituye la base del pensamiento de González Morfín, es el de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), con notable influencia del filósofo granadino jesuita Francisco Suárez (1548-1617). Enriquece su pensamiento el Personalismo, tanto de corte neotomista, como el de Jacques Moritain (1882-1973) como el existencialista de Emmanuel Mounier (1905-1950). También influyeron en su obra los autores alemanes clásicos de Doctrina Social Católica, como Oswald von Nell-Breuning.⁹

Previo decir unas palabras sobre el filósofo, a continuación abordamos su pensamiento jurídico.

1. ALGUNOS DATOS PERSONALES

Efraín González Morfín nació en Guadalajara, Jalisco, el 5 de junio de 1929; hijo de Efraín González Luna y de Amparo Morfín González. González Luna, su padre, fue uno de los fundadores del Partido Acción Nacional (PAN), su primer candidato a la presidencia de la República en 1952 y

⁹ GONZÁLEZ MORFÍN tradujo de este autor el libro *Socialismo*, Ed. Jus, Col. Panorama, México, 1962.

uno de los políticos humanistas, tanto en la teoría como en la práctica, más importantes que ha dado México.

González Morfín muy joven ingresó a la Compañía de Jesús, permaneciendo en esta orden religiosa durante muchos años, haciendo dentro de la misma sus estudios de Filosofía, Teología y Derecho, y teniendo permanencias de formación y estudios en Estados Unidos, Alemania y Francia. Dejó a los jesuitas poco tiempo antes de haberse ordenado sacerdote.

Obtuvo su título formal de licenciado en Derecho en la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México. Fue profesor e investigador de esta Universidad, y más tarde, ya viviendo en Guadalajara, fue profesor de la Carrera de Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), en la Universidad Panamericana y en la Universidad de Guadalajara.

En algunas etapas de su vida incursionó a fondo en la actividad política partidista. Fue candidato a la presidencia de la República por el PAN en 1970, enfrentándose en una contienda totalmente inequitativa a Luis Echeverría Álvarez candidato del Partido Revolucionario Institucional. Fue diputado federal; después presidió el comité ejecutivo nacional de su partido. También fungió como Secretario de Educación Pública del Estado de Jalisco, en el gobierno de Alberto Cárdenas. Renunció al PAN por considerar que el partido había traicionado sus principios.

Efraín González Morfín falleció el 21 de octubre de 2012, en Zapopan, Jalisco.

Considero que la herencia intelectual que deja el maestro Efraín es enorme, sobre todo por lo que ve a la Filosofía del Derecho y la Filosofía Social y Política. Se trata de una herencia digna de aprovecharse. Aquí, sólo ofrecemos una muestra de ese gran legado humanista.

2. FILOSOFÍA DEL CONOCIMIENTO Y DERECHO

2.1 Realismo moderado o realismo analógico

La Filosofía del Derecho, constituye un pensamiento, un razonamiento humano, acerca de la juridicidad —normas, derechos subjetivos, justicia—, desde sus últimas causas o primeros principios.

No se puede dejar de filosofar sobre el Derecho, como dice González Morfín: “No tenemos propiamente la opción de filosofar o no filosofar, sino la de filosofar bien o filosofar mal”.¹⁰ Y la filosofía del conocimiento o epistemología debe ser el tema inicial básico de la Filosofía del Derecho. “Es decisiva la importancia de la filosofía del conocimiento para todos los problemas humanos, teóricos y prácticos, sean o no de índole filosófica. El derecho no se escapa de esta primacía general de la filosofía cognoscitiva”.¹¹

González Morfín comienza distinguiendo entre el “orden lógico” y la “verdad”. “El orden lógico ayuda a la verdad del conocimiento, pero no se identifica necesariamente con ella. No basta el orden lógico de las ideas, los juicios y los raciocinios para asegurar la verdad del pensamiento. Es posible organizar con una lógica impresionante un ejército de disparates”.¹²

González Morfín acepta el *valor objetivo del conocimiento*, desde una posición epistemológica de *realismo moderado*,¹³ que Mauricio Beuchot desarrolla como *realismo analógico*.¹⁴ De acuerdo a una filosofía del conocimiento así, el Derecho no queda reducido a lógica jurídica como sostiene el racionalismo, ni tampoco a un realismo sin crítica, como sustenta el empirismo.

Con el conocimiento queremos acceder a la *verdad*, pero ¿a cuál verdad? *Verdad* es un concepto análogo, nos hace ver el filósofo jalisciense, porque hay varios tipos de verdad, con semejanzas y diferencias entre ellos. Así te-

¹⁰ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, “Filosofía del Derecho. Epistemología”, en *Revista Jurídica Jalisciense* N° 8. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guadalajara. Guadalajara, 1994. p. 189. También publicado como cuaderno docente por el Centro de Investigaciones y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes, A.C. y constituye el capítulo 3 de su libro *Temas de Filosofía del Derecho*. Ed. Universidad Iberoamericana y Oxford. México, 1999.

¹¹ *Idem*

¹² *Ibidem*, pp. 189 y 190.

¹³ *Ibidem*, p. 190.

¹⁴ BEUCHOT PUENTE, Mauricio, *Sobre el realismo y la verdad en el camino de la analogicidad*. Ed. Universidad Pontificia de México. México, 1988. pp. 3 y 4.

nemos la verdad del ser o verdad ontológica, que es la relación del ser con el entendimiento; es la "realidad de verdad... Es como algo que pertenece a las cosas mismas, como algo que surge de la relación entre las cosas y la mente".¹⁵ Un segundo tipo de verdad, es la llamada verdad del conocimiento o verdad lógica, que consiste en "la adecuación o conformidad... entre el entendimiento y el ser",¹⁶ "de la mente a las cosas, y es cuando se pregunta si puede haber una adecuación, correspondencia, aproximación, etc., entre nuestros juicios y la realidad".¹⁷ También se habla de una verdad de la expresión o verdad moral, en ésta "la expresión tiene relación de conformidad o adecuación con el entendimiento".¹⁸

En el mundo del Derecho se habla de otro tipo de verdad, que viene a ser equivalente a la verdad moral o de la expresión, es la *verdad jurídica* o *verdad formal* que "es el acuerdo o conformidad del pensamiento consigo mismo",¹⁹ y que se expresa en la resolución de los jueces como *cosa juzgada*, la cual dice Carnelutti que "si no es verdad, vale como si fuese verdad: *res iudicata pro veritate habetur* no quiere decir solamente que no es verdad sino que *vale como verdad*".²⁰

Aquí nos detendremos, desarrollando algunas ideas sobre la verdad del conocimiento o verdad lógica, como adecuación entre el entendimiento y la realidad objetiva, como relación del cognoscente hacia lo conocido, que Beuchot ve como "la verdad como correspondencia".²¹

Se trata del realismo analógico y de la verdad entendida como correspondencia proporcional (esto es, según grados o porciones escalonadas)... El realismo analógico admite que hay una realidad independiente de la mente. Pero no es captada de manera completamente directa e inmediata; se da una mediación epistémica, dada por nuestra cultura; la realidad es relativa a nuestros marcos conceptuales. Pero no lo es totalmente, hay límites... Hay esencias que no dependen completamente de nuestros intereses cognoscitivos. Tales esencias son las de las clases naturales. Con ello se ha frenado al relativismo y se tiene algo no relativo, sino absoluto; con ello se ha frenado lo epistemológico, y se tiene algo ontológico o metafísico.²²

¹⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.* p. 190.

¹⁷ BEUCHOT, *Sobre el realismo... op. cit.*, p. 3.

¹⁸ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 190.

¹⁹ MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*. Ed. Bosch. Barcelona, 1978. p. 168.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal I. Derecho y Proceso*. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Buenos Aires, 1971. p. 305.

²¹ BEUCHOT, *Sobre el realismo... op. cit.* p. 9.

²² *Idem*.

Y esta verdad del conocimiento se da en el *juicio* y en la combinación de juicios, que constituyen el raciocinio o argumento, y veamos cómo se aplica a la juridicidad.

Esta noción de verdad del conocimiento se aplica natural y espontáneamente en el derecho, de tal manera que la verdad o falsedad de los juicios jurídicos depende de su adecuación o inadecuación con la realidad objetiva. De hecho, la objetividad de la verdad es el único fundamento posible del consenso entre personas o convergencia dinámica de pensamientos, voluntades, afectos y conductas en la vida interpersonal y social. Ni dentro ni fuera del derecho tendría sentido una norma obligatoria para algunas o todas las personas si no se basa en la realidad objetiva. El derecho se autodestruye si pretende fundamentarse en la negación escéptica de la verdad o el subjetivismo relativista o idealista. Tan inaceptable es sostener que no hay verdad objetiva válida para todos y que, por tanto, cada quien tiene su verdad, como sostener que no hay normas jurídicas válidas para todos y que cada quien tiene su norma individual y exclusiva.²³

2.2 Conocimiento de esencias y naturalezas: base del iusnaturalismo

El maestro González Morfín sostiene que "al conocer la realidad se conocen las esencias o naturalezas de los seres, con diverso grado de profundidad y precisión".²⁴ La esencia o naturaleza de los seres "es aquello propio de cada ser por lo cual éste es lo que es".²⁵ Es aquello que caracteriza a un ser en su especificidad (lo específico), aquello que lo constituye en propio, sin lo cual ese ser pierde toda realidad o significación. La naturaleza de un ser es aquello sin lo cual no existiría como tal. Es lo que Beuchot, siguiendo a Putnam, llama "clases naturales".²⁶

Como dice González Morfín, nuestra vida cotidiana está basada en la certeza de que existen seres con ciertas propiedades determinadas, esto es, con esencia o naturaleza. Eso nos da seguridad y eficacia en todas y cada una de las acciones de nuestra vida.

No sólo la vida diaria sino también la investigación científica y técnica, presuponen la existencia y cognoscibilidad de esencias o naturalezas, de tal manera que sería imposible y absurda la investigación de seres que no fueran lo que son, o al mismo tiempo tuvieran o no tuvieran tal o cual esencia o naturaleza. Esta evidencia funda-

²³ GONZÁLEZ MORFÍN, *op. cit.*, p. 191.

²⁴ *Ibidem*, p. 193.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Cfr. BEUCHOT, *Sobre el realismo... op. cit.*, p. 9.

mental se olvida desgraciadamente, cuando se niega la normatividad de las esencias o naturalezas en la moral y en el derecho y se acepta la contradicción de rechazar en estos campos lo que no es posible negar en los demás. El derecho se funda necesariamente en la posibilidad y en el hecho de conocer, con verdad y certeza, esencias o naturalezas y la normatividad propia de las mismas. En este sentido todo derecho positivo necesita respetar la realidad de las esencias o naturalezas, y éstas deben respetar eficazmente sus exigencias naturales en el derecho positivo.²⁷

Esta base epistemológica que establece nuestro filósofo, constituye el fundamento del iusnaturalismo. Porque el Derecho sería imposible sin la aceptación del conocimiento de esencias y naturaleza de las cosas. Por mencionar solamente dos materias jurídicas importantísimas, una relacionada con derecho penal y otra con derecho civil; no sería posible establecer los tipos penales, sin aceptar el conocimiento de la naturaleza de las cosas, no podrían ni normarse ni celebrarse los contratos, sin ese conocimiento de esencias.

Es cierto, el tema más importante del iusnaturalismo clásico es moral: la justicia. Pero, las relaciones humanas son la base del Derecho, y éstas no podrían darse, sin ese conocimiento de esencias y naturalezas.

Además no se debe tener una idea reduccionista del modo de acceder al conocimiento. Se llega al mismo de forma integral, no sólo por experiencia sensible, ni sólo con abstracciones mentales. González Morfín escribe:

El planteamiento y la respuesta integral a la cuestión de los conocimientos universales, suponen que se reconoce la existencia de conocimiento sensible, conocimiento intelectual y expresión verbal. Si no se acepta la realidad completa en este contexto, se caerá en reduccionismos o simplificaciones. Por ejemplo la negación del conocimiento intelectual abstracto y la aceptación exclusiva del conocimiento sensible de lo concreto, lleva posiciones empiristas o sensistas, en las que propiamente no hay conocimiento general o universal basado en representaciones intelectuales típicas o esenciales. El empirismo o sensismo no puede fundamentar propiamente el conocimiento de esencias, naturalezas o diseños típicos aplicables a los seres concretos. Puede advertirse la posible relación de congruencia entre la negación empirista del conocimiento universal y la negación positivista de las normas de derecho natural. Por otra parte, puede exagerarse también el conocimiento intelectual abstracto, con la consiguiente devaluación del conocimiento sensible de lo concreto, que conduce a posiciones de subjetivismo racionalista o "cerebral", separado de la realidad de la vida. Ni el empirismo ni el racionalismo permiten un conocimiento verdadero y equilibrado de la realidad y del derecho. Para esto se requiere la correcta relación

²⁷ GONZÁLEZ MORFÍN. *op. cit.*, p. 193.

entre la inteligencia que abstrae de lo concreto y el conocimiento sensible que vincula la abstracción con la realidad.²⁸

Trueba Olivares, siguiendo a el maestro Miguel Villoro, sostiene que se habla de Derecho natural porque las exigencias de justicia, como vivencia humana, tienen su fundamento en el orden ontológico de la naturaleza "y en este sentido es posible tomar en cuenta un conjunto de principios ontológicos constantes, propios de la naturaleza humana, en lo que respecta a su condición social".²⁹

2.3 Posiciones que niegan el valor objetivo del conocimiento humano y el Derecho

González Morfín nos demuestra que diversas posiciones iusfilosóficas, constituyen producto de teorías del conocimiento; claramente los racionalismos jurídicos y los empirismos sociologistas. Nuestro filósofo llama la atención en las negaciones al valor objetivo del conocimiento y su relación con el Derecho.

Frecuentemente se dan negaciones al valor objetivo del conocimiento en posturas filosófico-jurídicas, sin profundizar sus consecuencias para el mundo del Derecho. Se trata de la aceptación del *escepticismo*, del *relativismo* y del *subjetivismo idealista*.

2.3.1 Sobre el escepticismo y el relativismo

La actitud escéptica niega la posibilidad de conocimiento verdadero y cierto. En sentido estricto, el escepticismo se refiere a la defensa de la duda universal como única posición aceptable de el conocimiento humano.³⁰

Esta duda universal rechaza la posibilidad de un conocimiento con certeza. No es lo mismo que la duda metódica, que se trata de una posición metodológica para indagar la verdad; un camino para obtener certezas en el conocimiento.

²⁸ *Ibidem*, p. 201.

²⁹ TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *Los enfoques actuales del Positivismo Jurídico*. Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, 2000. p. 37.

³⁰ *Ibidem*, p. 212; dice Benjamín Valdivia: "El escepticismo no duda de sus propias dudas", en *Argumentos para la retórica*. Ed. Desierto, San Luis Potosí, 1999. p. 15.

La consecuencia del escepticismo para el Derecho, es la destrucción de cualquier tipo de certezas, lo que haría imposible la relación humana. Escribe González Morfín:

Si esta pretensión escéptica se aplica al conocimiento jurídico, se destruye toda certeza con sus consecuencias inevitables. Esta posición es especialmente destructiva en relación con el valor fundamental de la certeza o seguridad jurídica. No es posible defender la seguridad jurídica en la práctica de la vida real, si se rechaza la posibilidad de conocimiento verdadero y cierto en la filosofía del conocimiento jurídico. ¿Cómo se puede tener plena seguridad de un derecho o de una obligación si, en general y desde el punto de vista de la esencia del conocimiento, no es posible la certeza en el juicio humano?³¹

Por otro lado, el relativismo, dice González Morfín:

Hace depender la validez del conocimiento de cualquier elemento o factor cognoscitivo, menos de la realidad objetiva que es el objeto del juicio. Si la verdad del conocimiento no depende de la adecuación del entendimiento con la verdad objetiva, dependerá de multitud de factores arbitrarios y variables como, por ejemplo, la estructura psicofísica de la naturaleza humana, el ambiente cultural del sujeto que juzga, la afectividad del individuo, los intereses o preocupaciones de cada quien, la infraestructura económica en diversos ambientes sociales y cualquier otro factor, con tal que no sea la realidad objetiva.³²

Dice el maestro González Morfín que el relativismo es el error epistemológico que tiene más aceptación, de acuerdo al mismo frecuentemente se dice que cada quien *tiene su verdad*.

El derecho como sistema de normas, como facultad o potestad de cada quien sobre lo suyo y como lo justo que se debe a otro, se desploma si se acepta el relativismo epistemológico, del que se sigue el relativismo moral y jurídico.³³

Y concluye el iusfilósofo mexicano:

... en la convivencia la única manera de defender eficazmente los valores humanos en la vida social, consiste en reconocer la posibilidad y el hecho de la convergencia de las personas en la misma realidad objetiva, conocida de manera vinculatoria por todos.³⁴

³¹ *Ibidem*, p. 213.

³² *Ibidem*, p. 214.

³³ *Ibidem*, p. 215.

³⁴ *Idem*.

Escepticismo y relativismo, como posiciones epistemológicas, que niegan el valor objetivo del conocimiento, constituyen la base de los positivismo jurídicos, cuando se aplican a las cuestiones éticas.

Los fundamentos del positivismo jurídico, están en la negación de las cuestiones relativas a la moral y los valores como relacionados con el ser del Derecho. Y esta negativa a la moral, proviene de otra negación más general a las cuestiones filosóficas en general. El positivismo jurídico se alza como un método de acceso al Derecho antifilosófico o con neutralidad filosófica y, por ende, con neutralidad axiológica.

Esto, sin embargo, no significa que no tenga una filosofía que lo sustente —aunque se empeñen en negarla— pues sostenemos con el maestro Miguel Villoro que “una neutralidad filosófica es prácticamente imposible”.³⁵ Su raíz filosófica es, precisamente, el escepticismo y el relativismo filosóficos. Referidos a la moral, el primero se convierte en nihilismo ético, y el segundo, más atenuado, es relativismo moral.

Según el nihilismo los conceptos y juicios morales no tienen objeto alguno, se mueven en el vacío. La justicia es considerada como una ilusión; no existe, no tiene sostén real.

La segunda concepción —el relativismo— no niega la existencia propia de la moral, pero sí niega que puedan obtenerse de ella conceptos válidos y así tampoco, que puedan saberse las proporciones acerca de la justicia. Los juicios de valor no pueden ser probados científicamente, no es posible su demostración, dice el relativismo.

Como nos enseña Coing: “Escepticismo y relativismo desembocan generalmente, aunque no siempre, en positivismo metodológico; la norma positiva les resulta el último elemento del derecho realmente apresable; carece de sentido entonces preguntarse por la corrección, por la ‘verdad’ de la norma jurídica positiva”.³⁶

Platón en su diálogo sobre la justicia presenta la concepción teórica del nihilismo moral en relación a lo jurídico. El defensor de la tesis es Trasímaco, que expone que el Derecho no es más que algo puesto por el poderoso; quien tiene el poder proclama justo lo que le es útil y lo establece como Derecho. La supuesta justicia del súbdito consiste en el sometimiento a esa ley (positivismo). Trasímaco niega la existencia de un fundamento moral

³⁵ VILLORO TORANZO, Miguel, *Qué es la Teoría General del Derecho*. Versión mecanográfica. México, sin fecha.

³⁶ COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1961. p. 110.

del Derecho, reconociendo en el poder político la causa verdadera y suficiente del Derecho.

El razonamiento de Trasímaco es como sigue:

En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue, para todo hombre que sepa razonar, que, dondequiera que sea, la justicia y lo que aprovecha al más fuerte son una y la misma cosa... cuando instituyan leyes, unas serán bien instituidas, y otras mal... Y con todo, los súbditos habrán de obedecerlas, y en esto consiste la justicia...³⁷

Tenemos entonces como fundamentos filosóficos del positivismo jurídico el nihilismo y el relativismo morales, aunque el positivismo jurídico niega toda filiación filosófica y proclame su "neutralidad axiológica".

Las ideas de Karl Bergbohm, destacado teórico del positivismo jurídico nos puede servir de ejemplo. En su obra *Jurisprudencia y Filosofía del Derecho* (1892), escribe:

No existe ningún principio ético general. Cada moral está condicionada por el tiempo y por la comunidad que la practica... El Derecho vale únicamente para una situación histórica determinada.³⁸

El extremo del positivismo jurídico de Bergbohm, lo podemos medir con las siguientes palabras:

El Derecho legal más inicuo... aun el Derecho más miserable, en caso de ser correcto en sentido formal y constitucional, es Derecho...³⁹

En esa misma línea del positivismo jurídico, uno de los teóricos del Nacionalsocialismo, Carl Schmitt, considera que el Derecho es "la fuerza normativa de lo fáctico", porque "lo pone quien se impone de hecho".⁴⁰

En muchas de sus expresiones la filosofía actual, tanto analítica como hermenéutica, se tiende al relativismo, y por lo tanto a asumir posiciones de positivismo jurídico.

³⁷ PLATÓN. Diálogo de "La República o de lo Justo". Libro primero, en *Diálogos*. Ed. Porrúa. México, 1971. p. 444.

³⁸ Cfr. VEDROSS, Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983. p. 168.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ SCHMITT, Carl, *Legalidad y Legitimidad*. Ed. Aguilar. Madrid, 1971. p. 167.

2.3.2 Sobre el subjetivismo idealista. Los racionalismos

La tercera posición que niega el valor objetivo del conocimiento humano y, por lo tanto, jurídico, es el subjetivismo idealista.

De acuerdo con esta posición, el conocimiento humano ni tiene ni puede tener valor objetivo porque, al conocer, conocemos nuestros actos de conocimiento y no la realidad conocida.⁴¹

El idealismo subjetivista al equiparar ser real y ser pensado "Somete la realidad a la arbitrariedad intelectual del sujeto pensante".⁴²

Juan Antonio Estrada nos explica que, según Kant, "no debemos confundir el ámbito del pensamiento con el de las realidades externas", y que "nunca llegamos al sí de las cosas, sino sólo a una síntesis subjetiva". Por eso, para esta concepción epistemológica, "la realidad en sí misma se escapa al yo pensante" y

... el mundo es una representación del sujeto y se discute su grado de validez y su enraizamiento en la realidad (se prepara la crisis de la razón que desemboca en el nihilismo epistemológico).⁴³

Por su parte agrega el maestro González Morfín:

Lo gravemente interesante de esta situación es que, al aplicarse al derecho, fundamenta las pretensiones del sujeto desligado de la realidad objetiva y desconectado de todas las exigencias o normatividades de la naturaleza o esencias de los seres reales, puesto que tales seres no se pueden conocer. Lo único que queda es la decisión, soberanamente arbitraria, del sujeto pensante en la posición clásica del positivismo jurídico.⁴⁴

Se trata del positivismo jurídico racionalista de Hans Kelsen (1881-1973),⁴⁵ la teoría del Derecho cumbre de la Modernidad. Y en versiones

⁴¹ GONZÁLEZ MORFÍN. *op. cit.*, p. 215.

⁴² *Ibidem* p. 216.

⁴³ ESTRADA DÍAZ, Juan Antonio, *Identidad y Reconocimiento del otro en una sociedad mestiza*. Ed. Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 14.

⁴⁴ GONZÁLEZ MORFÍN. *op. cit.*, p. 216.

⁴⁵ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1979; *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional. México, 1965; y *Socialismo y Estado*. Ed. Siglo XXI. México, 1982.

idealistas subjetivistas, meramente racionalistas, tenemos las concepciones jurídicas de Kant y de Hegel.

Kant fundamenta el racionalismo jurídico, diciendo:

Pero la cuestión de saber si lo que prescriben estas leyes es justo, la de dar por sí el criterio general por cuyo medio puedan reconocerse lo justo y lo injusto (*justum et injustum*), nunca podrá resolverla a menos de dejar aparte estos principios empíricos y de buscar el origen de estos juicios en la sola razón..., para establecer los fundamentos de una legislación positiva posible. La ciencia puramente empírica del derecho es (como la cabeza de las fábulas de Fedro) una cabeza que podrá ser bella, pero tiene un defecto y es que carece de seso.⁴⁶

El otro gran pensador racionalista, Hegel, escribe:

La ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la Idea del Derecho, o sea el concepto del Derecho y su realización.⁴⁷

Por otro lado, hemos dicho que la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, constituye un positivismo jurídico racionalista; el profesor de Viena es racionalista que utiliza el concepto positivo de ciencia. Su teoría, de acuerdo al racionalismo kantiano, no atiende a los contenidos del Derecho, sino sólo a las formas, a la estructura lógica de las normas.⁴⁸ Además, según Kelsen, desde el punto de vista científico ha de rechazarse la admisión de valores absolutos en general y un valor moral absoluto en particular. Por ese motivo rechaza toda postura iusfilosófica que acepte el Derecho Natural, ya que "desde un punto de vista racional científico",⁴⁹ no puede aceptarse su validez.

El racionalismo al limitar el conocimiento humano al valor de la lógica, lo empobrece. La lógica es un instrumento para acceder a la verdad, pero, como hemos visto, verdad y lógica no se identifican. Una postura de filosofía del Derecho que reduzca la esencia de lo jurídico sólo a construcciones lógico-racionales, exclusivamente con entes de razón, margina al ser humano en su realidad, esto es en cuanto que ser corpóreo (de carne y

⁴⁶ E. KANT. *Principios Metafísicos del Derecho*. Ed. Cajica. Puebla, 1962. p. 52.

⁴⁷ G.F. HEGEL. *Filosofía del Derecho*. Ed. UNAM, México, 1975. p. 19.

⁴⁸ En Kant los elementos del Derecho lo constituyen una relación exterior entre arbitrios (voluntades) de acuerdo a cierta forma, que es la que se tiene que tomar en cuenta desde un punto de vista racional, y no la materia del arbitrio; forma, no materia. Cfr. KANT. *op. cit.*, pp. 52 y 53.

⁴⁹ KELSEN, Hans, "La Fundamentación de la Doctrina del Derecho Natural", en *Jurídica* 2, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1970. p. 251.

hueso), razón y sentimientos, aptitudes y necesidades; en cuanto que ser con historia.

Desde una teoría del conocimiento realista, podemos decir, siguiendo a Eugenio Trueba, que

Desvincular el continente (la norma y su estructura) del contenido, parece tarea vana. En el mundo de la realidad no encontramos norma alguna que no diga nada. En el mundo real no existe un mandato que no mande algo.⁵⁰

Una reacción a la teoría del conocimiento racionalista viene de Nietzsche que "impugna la validez de las construcciones racionales y la misma idea de verdad". Estrada sigue explicando las consecuencias:

De ahí, el nihilismo epistemológico (la invalidez de las construcciones del cogito, que carece de universalidad y de pretensión de realidad) y prático (nihilismo de los valores, más allá del bien y del mal). Ya no hay referencias externas para el conocimiento y la praxis humana, ni tampoco interlocutores personales. De ahí el individualismo aristocrático, el super hombre más allá del bien y del mal que no se somete a ninguna instancia ajena a sí mismo.⁵¹

Desde una teoría del conocimiento así no son posibles los derechos humanos, "sólo convalidables desde una perspectiva universalista de la persona".⁵²

El idealismo subjetivista y su reacción nihilista, con relación al Derecho, devienen entonces en positivismo jurídico. A final de cuentas, en el primer caso se acepta como construcción racional y en el segundo como imposición de fuerza de quien ejerce el poder.

⁵⁰ TRUEBA. *op. cit.*, p. 28.

⁵¹ ESTRADA. *op. cit.*, p. 16.

⁵² *Idem*.

3. ANALÓGICA Y DERECHO

Desde el pensamiento duro, desde la percepción “clara y distinta” de la modernidad, fuimos formados como abogados, con una concepción unívoca del Derecho: éste se reduce a ser la normatividad, la ley. De algún modo perdimos la capacidad de conocer la complejidad y riqueza del fenómeno jurídico, de la juridicidad.

Afortunadamente la gente sencilla, en la reflexión comunitaria sobre sus necesidades, es capaz de darse cuenta que el Derecho no es sólo la ley. Así el jurista brasileño Miguel Pressburger, nos da a conocer las reflexiones de un trabajador sobre lo jurídico: “¿La ley es la misma cosa que el derecho?... Las personas no pueden conformarse con que la ley es la que da el derecho. El derecho viene antes y es para resolver necesidades. Debía, eso sí, haber derechos iguales para todos. No más para algunos y menos para otros. La ley es una cosa diferente; esta es cuando un derecho fue reconocido y el gobierno ordena que éste se convierta en ley, que sea ejecutado”.⁵³ Por nuestra parte también lo hemos constatado desde nuestra experiencia con comunidades eclesiales de base, que son creadoras de formas de defensa de los derechos humanos; así recordamos lo que dijo Elpidio un campesino guanajuatense:

“La ley es más chica que el Derecho”⁵⁴

3.1 Derecho: concepto análogo

El concepto “derecho” no es unívoco, no significa una sola cosa, no da cuenta solamente de una realidad. Por “derecho” entendemos la ley, en cuanto que conjunto de normas, por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pero también al decir “derecho”, entendemos las facultades que poseemos como sujetos, como seres humanos, como personas, *verbigracia*, el “derecho” que tenemos para elegir a nuestros gobernantes; además, cuando decimos “derecho” también sabemos que es la relación que se da entre el obligado para con otro a darle lo que le

⁵³ “Habla un trabajador: El derecho, la justicia y la ley”, entrevista hecha por Miguel Pressburger, en *El Otro Derecho* N° 2. Ed. Temis e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, enero de 1989. pp. 101 y 102.

⁵⁴ Lo dijo en un taller sobre derechos humanos en Las Adjuntas del Monte, Dolores Hidalgo, Estado de Guanajuato, México, el 17 de agosto de 1996.

corresponde, que es la justicia; y todavía más, cuando se dice “derecho” se sabe que se trata de una ciencia, la llamada “Ciencia del Derecho”. Y no es lo mismo la Constitución, que mi derecho a votar; ni la Carta Magna ni esa facultad son lo mismo que el respeto que le debo a otro para que elija sus gobernantes; y ninguna de las tres cuestiones anteriores se identifica con el conocimiento metódico y sistemático de la ley y su aplicación. Son cuatro realidades distintas que todas son “derecho”.

Ante la constatación de lo anterior Carlos Nino escribía:

La palabra ‘derecho’ es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de ‘banco’), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.⁵⁵

Disentimos de lo expresado por el profesor Nino. Es cierto que el vocablo “derecho” no es *unívoco*, pero tampoco es *ambiguo*; se trata de un término *análogo* y precisamente por los “significados relacionados estrechamente entre sí”. La relación analógica entre los diversos sentidos de la palabra “derecho”, lejos de ser “la peor especie de ambigüedad” como dice Nino, proporciona un instrumento intelectual muy importante para el conocimiento del fenómeno jurídico en su integridad.

Efraín González Morfín nos propone⁵⁶ acceder al ser del derecho por medio del conocimiento análogo, es decir por la analogía. Y esto en virtud de que el derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que se abstrae la realidad derecho por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da “*analogon*” esto, es, según la relación de un ser con otro; según una proporción entre uno y otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos.

Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico.⁵⁷

⁵⁵ SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1987. p. 14.

⁵⁶ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, “Analogía, ser del Derecho y ser de la Sociedad”, en *Jurídica* 6, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, julio de 1974.

⁵⁷ GONZÁLEZ MORFÍN. “Analogía...” *op. cit.*, p. 283.

Según Mauricio Beuchot la *analogía* es un método de conocimiento, que constituye *casi una racionalidad*.

La analogía es un método, un modo de pensamiento y hasta casi una racionalidad en la que se trata de salvaguardar las diferencias en el margen de cierta unidad. Las diferencias son lo principal, y la unidad es solamente proporcional. Es un método porque es un instrumento lógico, ayuda a pensar ordenando las cosas en una jerarquía o gradación, o por lo menos según la relación de proporción que guardan entre sí. Es relacional y ordenada, busca estructurar las cosas por sus semejanzas y diferencias, y por sus grados de éstas, ayuda a distinguir para poder unir sin forzar las cosas. La analogía está vinculada con la distinción, y ésta se logra sobre todo en la discusión; por eso es dialógica también.⁵⁸

Así el derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, lo justo objetivo y la ciencia del derecho.

3.2 Clases de analogía

Conozcamos un poco más a la analogía en sí misma, y veamos sus distintas clases. Se dice que existen tres clases principales de analogía: *de desigualdad*, *de atribución* y *de proporcionalidad*. Y en la analogía “tenemos tres elementos: un nombre común a varias cosas, una razón o concepto significado por ese nombre, y unas relaciones que tienen las cosas análogas con esa razón significada”.⁵⁹

La analogía de desigualdad, es la “menos propia” dice Beuchot, y siguiendo a Cayetano⁶⁰ escribe que es la que tiene que ver con “todas aquellas cosas cuyo nombre es común y la razón significada por ese nombre es completamente la misma, pero desigualmente participada”.⁶¹ Por ejemplo el nombre “cuerpo” es participado de modo diferente por los cuerpos inferiores y los superiores, teniendo estos últimos mayor perfección que los primeros.

⁵⁸ BEUCHOT, Mauricio, “Sobre la Analogía y la Filosofía Actual”, en *Analogía Filosófica*, México, enero-junio de 1996, p. 61.

⁵⁹ BEUCHOT, “Sobre la Analogía...”, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁰ Se trata de Tomás de Vio (1469-1534), el famoso Cardenal Cayetano, en su obra clásica sobre la materia: *De nominum analogia*.

⁶¹ BEUCHOT, “Sobre la Analogía...”, *op. cit.*, p. 62.

La segunda analogía es la de atribución. Esta —dice Beuchot— “sí cumple con la prioridad y la posterioridad de orden en cuanto a la significación”; y explica: “quiere decir que la razón o noción significada por el nombre sirve de polo o término por relación, con el cual los significados son diversos y guardan una jerarquía”.⁶²

Debemos distinguir entre analogía de atribución intrínseca y extrínseca, y en éstas el analogado principal y los secundarios. La analogía de atribución, atribuye determinada forma o cualidad a un ser, que la tiene de manera propia y sobresaliente, y a otros seres que la tienen con dependencia respecto del anterior. Es intrínseca la analogía cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios, tienen realmente la forma o perfección atribuida. Por el contrario, en la analogía de atribución extrínseca la forma de perfección se da realmente sólo en el analogado principal, pero no en los secundarios, que reciben la misma denominación verbal porque tiene que ver o se relacionan, de alguna manera con el analogado principal.⁶³

La tercera analogía es la de proporcionalidad; dice Beuchot que “es la más propia”.⁶⁴

El nombre que tiene esta analogía es común, y la razón significada por ese nombre es sólo proporcionalmente la misma. Es decir, los analogados se unifican porque proporcionalmente significan lo mismo, como la vista corporal y la intuición intelectual son proporcionalmente lo mismo. Pero sólo proporcionalmente. Es una semejanza de relaciones, y no tanto de cosas. Esta analogía se divide en dos: analogía de proporcionalidad propia y analogía de proporcionalidad impropia o metafórica. Esta última es la más cercada a la equivocidad, y sólo se aplica a uno de los términos relacionados, pues sólo uno recibe la denominación o la predicación de manera literal, mientras que el otro la recibe de manera metafórica; como en “la risa es al hombre lo que las flores al prado”, y con fundamento en esa relación de proporción podemos decir metafóricamente “el prado ríe”, entendiéndolo por comparación con el hombre. La analogía de proporcionalidad propia es el modo más perfecto de la analogía, pues en ella el nombre común se dice de ambos analogados sin metáfora, y respetando proporcionalmente las diferencias de uno y otro, como en “el corazón es al animal lo que el cimiento es a la casa”.⁶⁵

⁶² *Ibidem* p. 64.

⁶³ Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN. “Analogía...” *op. cit.*, p. 284.

⁶⁴ BEUCHOT. *Sobre la Analogía...* *op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ *Idem*.

La analogía de signo suareciano es la de atribución; la de signo tomista es la de proporcionalidad.⁶⁶

Por último, para concluir estos lineamientos generales con relación a la analogía en sí misma, debemos distinguir entre analogía en el ser y en el conocimiento. Dice González Morfín:

Si se trata de un conocimiento verdadero, es decir conforme a la realidad, la analogía en el orden del ser implica la analogía en el conocimiento, pero no al contrario. En el orden del conocer se da la analogía cuando un ser se conoce por su relación con otro; en el orden del ser, a uno le corresponde el ser por su relación con el otro.⁶⁷

Para hacer uso de la racionalidad analógica en relación al Derecho, vamos a tomar en cuenta lo dicho anteriormente sobre la analogía, y tomaremos el camino propuesto por la analogía de atribución, siguiendo las enseñanzas del maestro González Morfín, quien hace este planteamiento:

Debemos, pues, distinguir dos aspectos del problema de la analogía en el derecho: primero, cuál es el analogado principal para el conocimiento humano, es decir, la realidad jurídica que, por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. En segundo lugar, cuál es el analogado principal en el orden del ser, es decir, aquella realidad jurídica en la que se da propiamente la esencia del derecho y que influye realmente en los analogados secundarios, si se trata de analogía intrínseca, o por lo menos fundamenta su denominación jurídica, si la analogía es extrínseca.⁶⁸

Antes de intentar resolver lo relativo a la cuestión del analogado principal tanto en el orden del conocer, como en el orden del ser, en el Derecho, quiero resaltar la enorme trascendencia que tiene el uso de la racionalidad analógica a las cuestiones jurídicas.

Para nuestros propósitos, la racionalidad, el modo de pensamiento, que constituye la *analogía*, es muy importante, ya que nos permite romper con la *univocidad* del Derecho. Mauricio Beuchot escribe que

⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, "Analogía..." *op. cit.*, p. 285.

⁶⁷ *Ibidem* p. 284.

⁶⁸ *Ibidem* p. 287.

por causa de la modernidad se perdió el sentido de la analogía y se buscó únicamente la univocidad: lo claro y distinto; y por causa de la postmodernidad da la impresión de que se va hacia lo equívoco, al menos por rechazo de lo unívoco.⁶⁹

Y eso precisamente sucedió con el concepto del Derecho en la Modernidad, reservándolo para la normatividad impuesta por el Estado; es por lo que el Derecho moderno se entiende desde una concepción unívoca de la juridicidad, y no acepta teóricamente la posibilidad del pluralismo jurídico; a éste sólo puede aceptársele en una racionalidad analógica, que no es una racionalidad formal sino que parte de la realidad. Por otro lado la equivocidad de la postmodernidad, es producto de su relativismo, que rompe con una idea de la juridicidad que puede ser una y varia.

3.3 *Analogado principal, en el orden del conocer*

Estamos de acuerdo con González Morfín, que sostiene que el analogado principal para el conocimiento humano, es el derecho subjetivo; es la realidad jurídica que descubre o conoce primeramente el ser humano. No conoce el hombre primero la norma, ni lo justo objetivo, ni mucho menos la ciencia jurídica. Su primer descubrimiento es en cuanto a sus derechos elementales, aunque sólo los balbucee, los intuya, es decir, aunque no puede bien decirlos y ni sistemáticamente explicarlos.

... la vivencia del derecho del ser humano común, desde su infancia, apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, y hacia la justicia como respeto recíproco de esa facultad...⁷⁰

3.4 *Analogado principal en el orden del ser*

Existen quienes afirman que el analogado principal en el orden del ser es la norma jurídica. Esta consideración trae como consecuencia toda una concepción del hombre y de lo jurídico, en la cual la vida humana se subordina al derecho objetivo y éste se convierte en una serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado. Las formaciones sociales individualistas, tienen en Kelsen el exponente máximo de un racionalismo normativista que deshumaniza el Derecho. Y las formaciones socia-

⁶⁹ BEUCHOT, "Sobre la Analogía..." *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰ González Morfín, "Analogía..." *op. cit.*, p. 288.

les del socialismo real, tenían en Vyshinski el sistematizador normativista de la razón de Estado estaliniana. Son posturas de positivismo jurídico.

Si bien es el iuspositivismo, en sus diversas acepciones, la corriente de Filosofía del Derecho que acepta, implícitamente, por su carácter univocista, que el analogado principal del Derecho es la norma o ley, también desde ciertas posiciones iusnaturalistas, que entienden el Derecho natural con un carácter eminentemente normativo, el analogado principal del Derecho es la ley, la llamada *Ley natural*. Así Lachance dice que el poder de reclamar derechos, viene no porque ese poder resida en el sujeto titular de esos derechos, sino por virtud de "la ley, natural o positiva..."⁷¹ Nuestra posición iusnaturalista no concuerda con esta idea del Derecho natural normativista.

González Morfín tenía como postura original la defensa del *derecho subjetivo*, o facultad como analogado principal del Derecho; sin embargo, en sus últimos trabajos sostuvo que lo *justo objetivo* es prioritariamente el Derecho.

Vamos a ver de qué modo, con qué argumentos, con qué razonamientos, el filósofo jalisciense defendió una y otra de sus posiciones.

3.4.1 Posición original de González Morfín, respecto del analogado principal del Derecho

Esta posición original del maestro González Morfín, de sostener que el Derecho de manera prioritaria es la facultad del ser humano sobre lo suyo, esto es, el derecho subjetivo, la sostenía con tesis fundadas en el ser y valor de la persona humana; con argumentos personalistas, pues. Escribe:

Si se ha de sostener la concepción equilibrada del derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal, es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin.⁷²

⁷¹ Louis LACHANCE, *El Derecho y los derechos del hombre*. Ed. Rialp. Madrid, 1979. p. 200.

⁷² GONZÁLEZ MORFÍN. "Analogía..." *op. cit.*, pp. 292 y 293.

El significado aceptable de la fidelidad o del servicio a la norma, sólo puede consistir en ser fieles o en servir a las personas que se benefician del cumplimiento de las normas, sin convertir en fin último de la decisión o de la conducta la intermediación normativa, que carece de valor último en sí.⁷³

Tampoco lo justo objetivo es el analogado principal, sostenía González Morfín. La objetividad de lo jurídico como expresión de la justicia deviene de la facultad o potestad de la persona, "única capaz de exigir auténticamente algo a otras personas".⁷⁴

Todavía en un ensayo publicado en 1989, el maestro sostenía su posición original; escribía:

El sentido fundamental del derecho, al que sirven los demás significados, es el derecho como facultad o potestad de la persona sobre su ser, capacidades, actividades, posesiones para lograr su desarrollo histórico y llegar a la plenitud de su fin último, la unión con Dios.⁷⁵

3.4.2 La posición final de González Morfín, respecto del analogado principal del Derecho

En unos artículos publicados en 1994, el maestro González Morfín cambia su postura con relación al analogado principal del Derecho, sosteniendo que es lo justo objetivo.⁷⁶

Explica así su posición:

En relación con la analogía, hay que recordar que el término "derecho" significa tres realidades diferentes y relacionadas entre sí: derecho objetivo o lo justo objetivo, es decir, cosa o conducta que se debe a otro; derecho subjetivo o facultad del titular del derecho respecto de lo justo objetivo que se le debe; derecho normativo o norma que establece tanto lo justo objetivo como la facultad y la obligación en relación con el mismo. De estas tres realidades se predica el término "derecho". Hay que considerar cuál es el analogado principal y qué tipo de analogía se da entre los tres derechos. La pregunta por el analogado principal se refiere a la rea-

⁷³ *Ibidem* p. 293.

⁷⁴ *Ibidem* p. 290.

⁷⁵ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos", en *Jurídica* 19, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1988-1989. p. 245.

⁷⁶ Cfr. GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Filosofía del Derecho. Epistemología". *op. cit.*, p. 188; y "Filosofía del Derecho. Ontología", en *Revista Jurídica Jalisciense* N° 9. Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guadalajara. Guadalajara, mayo-agosto de 1994.

lidad que es derecho en sentido propio y prioritario. Si se considera esta cuestión con objetividad, debe reconocerse que la facultad y la norma existen para que las personas humanas, individuales y asociadas, puedan lograr, conservar y promover lo justo objetivo que se les debe en los distintos ámbitos de la existencia humana. La afirmación contraria resulta absurda: no se puede afirmar que lo justo objetivo existe para que haya normas y la gente tenga derechos subjetivos. A pesar de que el acento en el estudio del derecho se suele cargar sobre la norma o sobre la facultad subjetiva, debe aceptarse que norma y facultad son analogados secundarios, es decir, derecho por referencia a lo justo objetivo. Imagínese una sociedad saturada de normas jurídicas y de derechos subjetivos, pero con el inconveniente de que las normas no se cumplen y los derechos subjetivos no se pueden ejercer con eficacia. Falta la realidad concreta y existencial de lo justo objetivo en las diversas relaciones jurídicas. No hay duda de que en este caso la ausencia del derecho objetivo, del *jus* objeto de la justicia, manifiesta con claridad la insuficiencia y el carácter instrumental de la facultad y de la norma. Es correcta la definición que atribuye al derecho objetivo, la cosa o conducta que se debe a cada quien, como objeto propio a la virtud de la justicia.⁷⁷

Tanto cuando sostenía que el analogado principal era el derecho subjetivo,⁷⁸ como después que sostiene que es lo justo objetivo,⁷⁹ considera que se trata de analogía de atribución extrínseca, pues sólo el analogado principal tiene las cualidades del Derecho en sentido propio.

3.4.3 Desde las enseñanzas de González Morfín, reflexiones propias sobre analogía y Derecho

He venido sosteniendo que la raíz de todo derecho es el ser humano; en la persona humana radica el Derecho, en cuanto que ser con un valor individual y que se realiza como tal en la relación con los demás. Si partimos de este dato real, como dice Mounier *realismo personalista*, podemos establecer la prioridad de lo jurídico tanto en la persona que exige lo que es suyo, esto es en la facultad o derecho subjetivo, como en lo justo objetivo, que implica la cosa o conducta que se debe a otro, a la otra y a las otras personas. Y en una y otra opción, pienso que se trata de analogía de atribución intrínseca; el ser del *ius*, del Derecho, está en uno y otro analogado. Lo fundamental está en sostener la juridicidad como algo profundamente, radicalmente, humano.

⁷⁷ GONZÁLEZ MORFÍN, "Ontología", *op. cit.*, p. 152.

⁷⁸ GONZÁLEZ MORFÍN, "Analogía..." *op. cit.*, p. 300.

⁷⁹ GONZÁLEZ MORFÍN, "Ontología" *op. cit.*, p. 153.

En cualquiera de las hipótesis anteriores, creo que la normatividad también es Derecho en sentido propio, pero como analogado secundario, subordinado a la persona humana, ya sea en cuanto que exige lo suyo (facultad o derecho subjetivo), o en cuanto que se le debe una conducta o una cosa (justo objetivo); en ese sentido la ley está al servicio de la persona. El Derecho como ciencia, consideramos que es analogado secundario, subordinado entonces, también. Pero en este caso sí se trata de una atribución extrínseca; la ciencia jurídica, no tiene las cualidades del *ius*.

No es fácil resolver lo relativo al analogado principal del Derecho, entre el derecho subjetivo y lo justo objetivo. Por un lado encuentro que la posición que sostuve de aceptar la facultad o derecho subjetivo, como el prioritario de la juridicidad ha motivado entusiastas adhesiones y ha servido de fundamento a posturas jurídicas humanistas innovadoras;⁸⁰ y sostener el derecho subjetivo como lo fundamental del Derecho, resulta muy importante en los aspectos de raíz concernientes a los derechos humanos, constituye su base y una motivación para vivirse y para exigirse. Cobra esto mucha importancia con la reforma del Artículo Primero de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de junio de 2011, porque los derechos humanos se convirtieron en el nuevo paradigma constitucional. González Morfín, todavía en su posición original, escribía:

La recta formación de la conciencia en materia de derechos humanos nos exige meditar con seriedad en este significado fundamental del derecho. Cada persona humana tiene en su propio ser las características en que se fundamenta el derecho subjetivo: contingencia, finalidad, libertad responsable, sociabilidad. Como ser contingente y limitado, con naturaleza y finalidad propia, cada persona tiene la obligación de actualizar sus capacidades al lograr sus fines temporales y su fin eterno en libertad responsable, en su vida personal y social.

La obligación moral radical de cumplir la propia vocación y destino debe cumplirse en la sociedad, puesto que el hombre es social por naturaleza y tiene necesidad absoluta de la vida social ordenada y constructiva. Para cumplir en sociedad la obligación radical del destino humano el hombre está dotado de potestad moral sobre sí mismo y lo suyo, es decir, tiene derechos subjetivos naturales y radicales, que deben integrarse en el sistema positivo de derechos y obligaciones establecidos

⁸⁰ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos, en su tesis de maestría *Direito e Novos Movimentos Sociais: Uma Abordagem a Partir da Filosofia da Libertação em Enrique Dussel*, da una gran relevancia al modo en que reflexionamos el Derecho aceptando al derecho subjetivo como analogado principal, y lo proyecta como una base que motiva a los "nuevos movimientos sociales", esto en su apartado 3.2. que titula: "Jusnaturalismo histórico: a essencialidade dos direitos subjetivos e dos direitos humanos". Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, octubre de 1996.

por la sociedad. El ser humano, contingente, racional, libre y de camino hacia su último fin a través de los fines intermedios, es un ser natural y radicalmente obligado y dotado de derechos subjetivos, que debe vivir en una sociedad cuyas relaciones estén realmente regidas por normas jurídicas justas.⁸¹

Pero, por otro lado, como bien dice González Morfín rectificando, de nada sirven los derechos subjetivos que no se pueden ejercer con eficacia, faltando la realidad concreta y existencial de lo justo objetivo; mismo que implica la *obligación* para con el otro de darle la cosa o conducta debida, que no es algo distinto que su derecho.

González Faus, citando a Simone Weil, sostiene que la noción de obligación prima sobre el derecho; ya que un derecho no es eficaz por sí mismo sino por la obligación que le corresponde.⁸² Lo justo objetivo implica la obligación de manera prioritaria, pues está en la base de la relación en que se le da al otro la cosa o conducta que se le debe.

En virtud de que he llegado al convencimiento de que la justicia es la que hace factibles los derechos humanos, porque prioriza la obligación con el otro, ya que manda el cumplimiento de las conductas y cosas debidas al prójimo, haciendo efectivo así el propio derecho, sostengo ahora que el analogado principal del Derecho, lo prioritario, lo sobresaliente de lo jurídico, es lo justo objetivo, esto es, precisamente la cosa o conducta debida al otro.

Así como el necesario reclamo de los derechos negados a las mayorías me había llevado a priorizar, como esencia de lo jurídico, la facultad de las personas sobre lo suyo, como derecho subjetivo; la reflexión ahora sobre la enorme inflación de los derechos en el discurso, sobre todo de los poderosos, que absolutizan los derechos de libertad y de propiedad, y que al ejercitarlos impiden la eficacia de los derechos de muchos, porque les arrebatan sus condiciones materiales de vida, sosteniendo y haciendo cada vez más grande la injusticia; eso me ha llevado ahora, decimos, a afirmar a la justicia como lo fundamental de lo jurídico, optando por lo justo objetivo como analogado principal del Derecho.

Lo justo objetivo es el analogado principal del Derecho, porque la justicia implica la alteridad, requiere del otro.

⁸¹ GONZÁLEZ MORFÍN, "Doctrina Social..." *op. cit.*, p. 345.

⁸² GONZÁLEZ FAUS, José I., "Derechos Humanos. Deberes Míos" II, en *Christus* No. 703, México noviembre-diciembre de 1997, p. 47.

4. SUPUESTOS DE LA INTERPRETACIÓN HUMANA Y PRINCIPIOS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Efraín González Morfín, en relación a la hermenéutica jurídica, comienza diciendo que la interpretación en el Derecho no se puede planear ni resolver, sin manifestarse los fundamentos filosóficos en los que se apoya la posición defendida. Sin embargo, frecuentemente se interpreta sin explicitar ningún fundamento filosófico, por una "pretensión de autosuficiencia" del Derecho, "que conduce inevitablemente a violar las exigencias de una sana metodología y a confundir las competencias de las diferentes ciencias en sus propios campos de conocimiento".⁸³ Por lo que nuestro autor propone tratar, primeramente, los fundamentos de la interpretación humana en general y luego aplicarlos al Derecho.

Los supuestos de la interpretación humana son ontológicos, gnoseológicos, de expresión verbal y escrita y deben tenerse en cuenta los cambios en la conciencia moral.

Respecto de los *supuestos ontológicos*, debe tenerse en cuenta que "la realidad, que es objeto del conocimiento, de la acción humana, es compleja y, dentro de ciertos límites, cambiante. Existe, en consecuencia, un motivo objetivo que explica la necesidad de la interpretación, cuando el ser humano se encuentra con las características mencionadas de la realidad, pues si ésta fuera de una simplicidad absoluta y, una vez existente, fuera totalmente inmutable, se facilitaría sin duda la claridad unívoca del conocimiento humano y de su expresión, y no habría necesidad de despejar oscuridades o expresiones ambiguas".⁸⁴

En cuanto a los *supuestos gnoseológicos* o del conocimiento, sus características y sus limitaciones, el filósofo jalisciense los explica de este modo:

Además de la complejidad y mutabilidad de lo real, el conocimiento humano tiene a su vez limitaciones esenciales, que le impiden agotar en forma definitiva toda la riqueza de la realidad e imponen como camino inevitable el esfuerzo constante, el retorno completo del conocimiento sobre sí mismo para criticar (valorar) su propia

⁸³ GONZÁLEZ MORFÍN, *Temas de Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Iberoamericana y Oxford, México, 1999, p. 73. (Es el Capítulo 5 "En torno a la Interpretación Jurídica", lo escribió con la colaboración de Jesús Ruiz de Santiago, profesor numerario de la Universidad Iberoamericana).

⁸⁴ *Idem.*

verdad, la gradación en los datos obtenidos y el cotejo interpersonal y social de los conocimientos adquiridos.

Incluso desde la perspectiva de la ciencia no es posible sostener como única actitud científica aceptable el conocimiento verdadero y cierto de necesidades causales, noción que se considera típica de la ciencia clásica, sino que, en función de las limitaciones humanas, hay que incluir en el científico la búsqueda de la verdad, la probabilidad y la posibilidad, y no tan sólo la certeza; la hipótesis y la teoría, la confirmación gradual de certidumbres anteriores mediante la investigación pura, la investigación aplicada y los resultados tecnológicos. El conocimiento humano procede impulsado por las preguntas acerca de la esencia y la existencia de los seres y, acumulando indicaciones parciales, va integrando personalmente conocimientos válidos que amplían de manera indefinida el demasiado espíritu sobre la realidad".⁸⁵

Los *supuestos de expresión verbal y escrita*, tienen que ver con la comunicación humana que se lleva a cabo por signos de diversas clases: gestos, actitudes, palabra oral y escrita, símbolo gráfico, y otros. Debe tenerse esto en cuenta porque la interpretación se enfrenta con todas sus limitaciones para dar cuenta con los signos expresivos.

A los anteriores supuestos, González Morfín añade los cambios en la conciencia moral del sujeto cognoscente.

La mutabilidad en la relación existente entre el sujeto que conoce y la realidad conocida, no se da exclusivamente en razón del objeto, sino que también cambia el sujeto, y uno de sus cambios decisivos es el que se produce en el nivel de su conciencia, la que se expresa tanto en los criterios y los valores morales percibidos, aplicados en los juicios morales y jurídicos, como en el sentido de la actitud existencial plena que influye, sin duda, en el encuentro con la realidad.⁸⁶

Estos cuatro supuestos fundamentales necesarios a una interpretación adecuada, se aplican al campo del Derecho y de la hermenéutica jurídica. Los *ontológicos* porque para el Derecho "ninguna realidad es extraña, porque todos los aspectos de la realidad tienen o pueden tener relación con las personas humanas, que son el origen, la causa eficiente y los destinatarios de las normas jurídicas... La necesidad de la interpretación jurídica, se debe sencillamente a que la realidad entera es fuente material del derecho".⁸⁷ Al conocimiento jurídico, como conocimiento humano que es, se le aplican los principios que regula a éste. A la interpretación de los sig-

⁸⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 75.

⁸⁷ *Idem*.

nos comunicativos en general, en la hermenéutica jurídica debe añadirse lo relativo al propio lenguaje del Derecho. Y, por último, el "desarrollo de la conciencia jurídica, unido al cambio de la realidad en el tiempo y en el espacio, plantea también la exigencia de constante interpretación".⁸⁸ Con relación a esto último, González Morfín hace esta reflexión:

Al mismo tiempo, si queremos ser objetivos, hay que señalar la posibilidad de que la interpretación jurídica de las normas, corresponda también a las tendencias de decadencia y de atraso ético y jurídico en temas de gran importancia, tales como el respeto a la vida del ser humano no nacido. Es evidente que la interpretación de la norma jurídica, depende tanto del crecimiento y ascenso moral de la conciencia como de la decadencia y progresiva oscuridad de la misma, según las cuestiones de que se trate. De esta manera, es lógico ver cómo para muchos el ser humano en el vientre materno es tan sólo un "producto de la concepción", eliminable a discreción, y para otros, con plena conciencia de personalización, se trata de una persona humana con totalidad de derechos.⁸⁹

La analogía que aplica González Morfín al ser del Derecho y al ser de la sociedad (ontología), así como el realismo moderado o analógico que utiliza para el conocimiento de lo jurídico y social (gnoseología), los lleva a la interpretación del Derecho. En la hermenéutica jurídica, el filósofo jalisciense, ejercita una racionalidad analógica.

A continuación, tomando del texto que seguimos algunos párrafos, podemos establecer principios de interpretación del Derecho sustentados por González Morfín, que son los siguientes:

- 1° Con referencia a las razones ontológicas, el principio fundamental afirma la necesidad de conocer con la máxima precisión posible, la realidad que sirvió de fuente formal a la norma ambigua y también la realidad de las fuentes históricas que usó el autor de la misma, ya que estas últimas se convierten en fuentes materiales para el intérprete.⁹⁰
- 2° Este principio de identidad en el cambio expresa la analogía del ser, que fundamenta la analogía del conocimiento. La identidad en el cambio es el fundamento más sólido de una posición jurídica equilibrada, que concilie los cambios justos necesarios de la realidad mutable, con legítima permanencia de elementos invariables en la realidad. Si se niega la identidad, se cae en la negación de las

⁸⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 78.

naturalezas, las esencias y los valores permanentes; si se niega el cambio, se adopta una posición de rigidez inhumana y contraria a la historia.⁹¹

- 3° En relación con los fundamentos gnoseológicos de la interpretación, hay que señalar la esencial interdependencia del conocimiento humano y la realidad, de tal modo que la analogía en el orden del ser, que expresa la identidad y la diferencia en los seres reales, se manifiesta en la analogía del conocimiento.⁹²
- 4° Finalmente, habría que recurrir, de ser necesario, a los principios generales del derecho y aún a los principios generales del sentido común y de una sana filosofía. Ejemplo de esto podría encontrarse en el caso en que, en un procedimiento judicial, quisiera imponerse una interpretación de la norma contraria no sólo al significado de la palabra, al contexto verbal inmediato y mediato, al contexto jurídico directo o indirecto, sino también a los primeros principios de pensar y del ser, tales como el de identidad, el de contradicción, el de razón suficiente y el de causalidad.⁹³
- 5° Por último, en relación con el cambio de la conciencia moral y jurídica, es necesario destacar que ello plantea un problema mucho más grave desde el punto de vista de la interpretación jurídica de la norma, cuando la modificación de la conciencia no va en la línea de un desarrollo de lo latente, ni explica lo implícito, sino más bien en la línea de una franca contradicción del significado auténtico de la norma original. En este caso, la interpretación que impide la identidad substancial en el cambio accidental no sería verdadera interpretación, sino negación de la norma e introducción subrepticia y de modo ilegítimo de una norma distinta. Un caso concreto sería interpretar el término *propiedad* del art. 27 constitucional en el sentido exclusivo de propiedad colectiva pública, ya que este significado no sería un desarrollo congruente de la norma original, sino una contradicción de la misma, que pasaría por alto el pluralismo de las formas de propiedad establecidas en la Constitución mexicana.⁹⁴

Estos principios de interpretación del Derecho, constituyen una propuesta de hermenéutica analógica, de interpretación haciendo uso de la analogía, de una racionalidad analógica. La *equidad* o *epiqueya*, que es la justicia aplicada del caso concreto y la *prudencia*, son virtudes analógicas, implican precisamente, como está de moda decir hoy, proporcionalidad y ponderación en el discurso argumentativo que justifica la interpretación.

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Idem.*

⁹³ *Ibidem*, p. 79.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 79-80.

5. SOLIDARISMO, COMO PRINCIPIO SOCIAL FUNDAMENTAL

Comencé a conocer la Filosofía social, política y jurídica de Efraín González Morfín, por sus discursos pronunciados en su campaña presidencial de 1970, ya que estuve presente en algunos actos de la misma. Por aquel entonces, cursaba mi primer año de licenciatura en la Escuela Libre de Derecho. Pasó el tiempo y fui concibiendo primero, y luego madurando, el tema de mi tesis; ésta, me propuse, sería de Filosofía Social y Teoría del Estado; recordaba los planteamientos que le había escuchado y luego leído a González Morfín, sobre el tema clave relativo a las relaciones entre el individuo y la sociedad, y decidí ese tema como tesis. Pensé que sería estupendo tener como director de tesis al propio Efraín, y entonces le pedí a Miguel Sarre, por aquel tiempo militante del PAN, que me presentara a González Morfín que era profesor de la Universidad Iberoamericana. Fue así que entré de lleno en contacto con el filósofo y su pensamiento. Efraín me guió la tesis y me honró con su amistad. Cuento esto porque el tema de mi trabajo de tesis trata, precisamente, de la relación individuo-sociedad y de acuerdo a cómo ésta se entiende son las relaciones sociales, económicas, políticas, culturales y jurídicas, derivándose los distintos regímenes político-jurídicos.⁹⁵

Uno de los temas que más interesaba tratar a González Morfín y que con mayor profundidad y lucidez abordó fue éste que, siguiendo a Monzel, llamaba *principio social fundamental*.⁹⁶

Los filósofos que se ocupan de la sociedad, pues, nos hablan del "principio social fundamental", y lo definen como la respuesta que se dé a la cuestión concerniente a la relación, que debe existir entre el individuo y la sociedad. Y constituye un "principio fundamental" porque la respuesta *fundará* una concepción totalizadora de la formación social. Según sea la manera como se resuelva el problema planteado por ese principio, será el modo como se conciba la estructuración social completa, en sus aspectos económicos, políticos, jurídicos, etcétera.

⁹⁵ El 13 de febrero de 1976 defendí mi tesis en la Escuela Libre de Derecho; uno de los sinodales fue Efraín González Morfín. Mi trabajo lleva por título *Hacia una organización del Estado solidaria y liberadora*. En 1977 la publicó la Editorial Jus, con un prólogo del jurista jalisciense.

⁹⁶ Cfr. MONZEL, Nikolaus, *Doctrina Social I*, Ed. Herder, Barcelona, 1969, p. 286.

¿Qué es lo que vale: el individuo o la sociedad? ¿El individuo debe desatenderse de la sociedad? ¿La sociedad debe absorber al individuo? o ¿Ambos son valiosos y se complementan teniendo cada uno su función?

Existen tres respuestas al "principio social fundamental": individualismo, colectivismo y solidarismo o personalismo comunitario.

Estas respuestas de filosofía social tienen como antecedente o fundamento remoto, cuestiones relativas a la filosofía del conocimiento, concretamente en el llamado "problema de los universales". Así el individualismo corresponde al nominalismo, el colectivismo al realismo exagerado o platonismo y el solidarismo al realismo crítico o aristotelismo (realismo analógico). González Morfín, como veremos, además de recurrir a reflexiones filosóficas, invita a resolver la cuestión con profunda reflexión acerca de nuestra experiencia humana.

Para el individualismo, sólo los individuos particulares son lo verdadero, lo propiamente real. Lo social es "fórmula conceptual" carente de realidad. Lo que se designa con los nombres de "comunidad", "sociedad", etcétera, no son sino la suma de actos internos y externos mediante los cuales se relacionan los hombres entre sí. Como es comprensible, de tal modo de ver al hombre y a la sociedad, resulta la negación de todas las exigencias que apelan al bien de cualquier sociedad, cuya existencia se niega por principio. Dice González Morfín:

La mentalidad individualista, en sus diversas manifestaciones históricas, o de sector social o cultural, exagera la autonomía, la autosuficiencia y la independencia de la persona individual, a expensas de la sociedad integrada por personas interdependientes. En su forma extrema el individualismo ha manifestado en diversas épocas su hostilidad intolerante, contra cualquier forma de ejercicio del derecho de asociación o coalición. Esta actitud supone que la sociedad no es un espacio físico, moral y espiritual, necesario para el despliegue de las capacidades humanas, sino, a lo más, una oportunidad para el crecimiento individual de las personas sin contribuciones éticamente obligatorias a la sociedad de la que forman parte. La mentalidad individualista no aprecia la importancia de la cooperación social como ingrediente básico de la convivencia humana. En economía, política, educación y demás aspecto, de la vida social, cree poder explicarlo todo por la simple acción del individuo en cuanto individuo, no en cuanto socialmente vinculado con otros para realizar entre todos un bien o bien común.⁹⁷

⁹⁷ GONZÁLEZ MORFÍN. "Analogía..." *op. cit.*, pp. 322 y 323.

El colectivismo constituye el otro extremo, el modo opuesto de ver las cosas. Los complejos sociales son los que tienen consistencia real. Lo verdadero es el todo y no las partes. Las personas particulares según esta concepción, no tienen en sí realidad alguna; todo su valor está en que son partes de un todo; toda su realidad se cifra en el hecho de ser miembros de los complejos sociales, que son lo verdaderamente real. Dice el filósofo jalisciense:

Como reacción explicable contra el extremo individualista, surge en la doctrina y la práctica social la posición colectivista, tan extremosa y unilateral como aquélla a la que se opone. En esta posición se exagera el valor y la importancia de la colectividad y de lo social, y se minimiza la dignidad y legítima autonomía de las personas humanas... En la práctica, la colectividad equivale al gobierno de la colectividad, que se erige en representante nato de la totalidad social, aunque con demasiada frecuencia no se sujeta a los principios y procedimientos de elección y control democráticos. En esta concepción, el derecho objetivo se presenta como un conjunto de normas encaminadas a realizar los fines de la colectividad, que son en sí mismos los elementos determinantes del bien común, sin reconocer prerrogativas esenciales de las personas humanas. De esta manera, los derechos subjetivos se reducen a la franja de conductas no declaradas obligatorias por las normas estatistas.⁹⁸

El solidarismo o personalismo comunitario, es un tercer "principio social fundamental", que se pone tanto frente al principio individualista como ante el colectivista, no tomando principios ni de uno ni de otro, sino como una postura original. Concibe una solidaridad entre la persona individual y la sociedad. Para esta postura tanto el individuo como la sociedad son seres reales y valiosos. González Morfín acepta la tercera postura, es decir la del solidarismo. Consideramos que es aquella respuesta que da cuenta del ser humano de manera integral.

Independientemente de las tesis que sustentan el solidarismo producto de reflexiones filosóficas, González Morfín invita a recurrir, seria y sinceramente, a la experiencia personal para resolver el *principio social fundamental*.

Quisiera señalar brevemente, cómo de cada una de estas posiciones se puede y se debe seguir la exigencia de una reflexión sobre sí mismo para ver cómo, en realidad, no somos pura colectividad, ni somos pura individualidad. Creo, más aún, que esta experiencia debería ser objeto predilecto de la educación en la familia y en la

⁹⁸ *Ibidem.* p. 324.

escuela; creo que, muchas veces, la gente inclusive de buena voluntad, no adopta las actitudes adecuadas en materia social, porque no ha tomado plena conciencia de sí misma, no ha tenido una entrevista consigo misma que la sacuda a fondo y le permita descubrir en realidad qué es la persona.⁹⁹

Yo creo, repito, que la falta de esta experiencia, tan sencilla y tan rudimentaria, del encuentro de cada quien consigo mismo, es lo que luego nos predispone a tomar posiciones equivocadas en economía, en política y en materia social.¹⁰⁰

Siguiendo a Nikolaus Monzel, aunque con cierta modificación de algunos de sus postulados, establecemos las tesis siguientes que fundamentan esta tercera postura.

Primera. Todo hombre es distinto de cualquier otro.

La individualidad en el hombre le viene de "esencia" y de "existencia". Esta segunda en virtud de la forma misma de la materia con la que se está hecho, así como por el distinto lugar que ocupa en el espacio. Y la individualidad de "esencia", por la distinta y peculiar manera de ser.

Esta tesis se opone al colectivismo.

Segunda. En todo hombre se da en forma tan primigenia como la individualidad de esencia, una conciencia y una dependencia social.

El ser humano tiende a relacionarse con los demás; es un ser de relaciones. En su raíz misma está la relación. Pero, además, necesita de los demás, material y culturalmente.

Este principio va contra el individualismo

Tercera. Cada persona posee una esfera absoluta de intimidad, que se sustrae a toda intervención directa de otras personas.

Nuestra experiencia personal, corroborará la validez de esta tesis, la cual se opone al colectivismo. Monzel refiere esta cuestión a la experiencia religiosa de manera especial. V. Frankl habla de la libertad interior o libertad íntima, que no se pierde ni en un campo de concentración.¹⁰¹

Cuarta. Solidaridad de hecho: "Toda persona, con su comportamiento entero, se encuentra dentro de un inmenso complejo de influencias psicofísicas. Este complejo de influencias hace que los actos de todos, repercutan forzosamente en la vida de todos. Todas las personas, unas más, otras

⁹⁹ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Tesis y Actitudes Sociales*, Acción Nacional, México, 1975, p. 26.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ Cfr. FRANKL, Viktor, *El hombre en busca de sentido*, varias ediciones.

menos, se ven influidas e influyen a su vez, directa o indirectamente, en las otras personas. La influencia que no es directa, lo será a través de innumerables comunicaciones sociales".¹⁰²

Esta tesis contradice el individualismo.

Es el solidarismo —dice González Morfín—, "el sentido común del hombre sencillo que se expresa en política y en economía y en educación y simplemente, exige que se vean las cosas como son, que se respete a las personas y abran oportunidades para cada una de ellas y se respete su dignidad de la autoridad, encargada de gestionar el bien común y de servir al pueblo".¹⁰³

Al establecer que el ser del Derecho, como realidad original, es la cosa o conducta debida a otro y la facultad de la persona para exigir lo que le pertenece, se está aceptando implícitamente el ser individual y social del hombre, así como el ser individual y social del Derecho. El Derecho es así una facultad de la persona individual que exige que se le dé lo suyo, y esa exigencia está dirigida a los otros; a su vez, quien exige está obligado a dar a los demás lo suyo de los otros, estableciéndose, entonces, relaciones recíprocas entre los seres humanos, esto es, relaciones sociales.

Al afirmar tanto la personalidad individual como la socialidad de cada persona humana, se establece el fundamento incommovible del orden jurídico natural y positivo en la sociedad. La persona humana, como fin en sí que no puede ser medio de nadie, es por sí misma la razón básica para sostener que el derecho es ante todo la facultad de la persona social sobre sus propios bienes; si esto no se acepta, la persona deja de ser fin en sí y se convierte en medio a través de las normas jurídicas que le exigen sumisión incondicional.¹⁰⁴

El derecho es determinada manera de existir como persona en sociedad, a partir de la naturaleza capaz de desarrollarse y obligada a hacerlo en una convivencia justa, mediante el ejercicio responsable de los derechos subjetivos y el cumplimiento del derecho objetivo, bajo la inspiración de la justicia. En la unión orgánica de estos elementos, se dan relaciones fundamentales, que deben analizarse con toda precisión científica.¹⁰⁵

¹⁰² DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Hacia una organización jurídica del Estado, Solidaria y Liberadora*. Ed. Jus. Colección de Estudios Jurídicos No. 14, México, 1977. p. 27.

¹⁰³ GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Discursos de su Campaña Presidencial -1970-*, Tomo I, Ed. Jus, México, 1973, p. 205.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ MORFÍN, "Analogía..." *op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁵ *Ibidem* *Supra*. p. 295.

II. REFLEXIONES PARA TERMINAR

Con la reforma al primer párrafo y las inclusiones de los párrafos segundo y tercero, del Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se produce en México un cambio histórico en la visión del Derecho, con repercusiones ontológicas y hermenéuticas, esto es, en cuanto a la concepción del ser del Derecho y su interpretación; ya que es al través de los derechos humanos que debe considerarse toda la juridicidad.

Ante esto, por parte de los juristas mexicanos, se viene incrementando su recurrencia a prestigiados tratadistas extranjeros para fundamentar el nuevo paradigma, tales como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Chaïn Perelman y otros. Se fortalecen también las referencias al llamado neoconstitucionalismo, al garantismo y a la argumentación. Se resalta la importancia de términos como ponderación, proporcionalidad, el derecho del más débil, los valores que porta la Constitución, las condiciones *sustanciales de validez y de las normas*, etcétera. Y todo esto está muy bien, y es necesario. Pero todo esto —quizás en ocasiones con otro nombre—, ha estado presente en las enseñanzas de los filósofos iusnaturalistas mexicanos, como Gómez Robledo, Preciado Hernández, Villoro Toranzo, Trueba Urbina, Beuchot, y, por supuesto, González Morfín. Lo que he expuesto en líneas anteriores, prueba mi afirmación.

Ahora que parece que se abre la posibilidad de entender el Derecho de una manera más humana, invito a los juristas mexicanos a revalorar el legado de nuestros filósofos juristas, que han cultivado el Iusnaturalismo clásico.

Este texto quiere ser un pequeño homenaje a mi querido maestro Efraín González Morfín. Con una visión del Derecho desde la analogía, utilizando una racionalidad analógica, me abrió a la consideración de lo jurídico de una manera integral y con posibilidades críticas; esto porque, como dice Beuchot de González Morfín, “con mucha claridad y sapiencia aplicaba la noción de analogía al derecho, con lo que se establecía una iusfilosofía abierta...”¹⁰⁶

Efraín González Morfín me dio las bases teóricas de Filosofía Social y del Derecho; desde su racionalidad analógica he intentado construir

¹⁰⁶ BEUCHOT, Mauricio, *Los católicos mexicanos y los Derechos Humanos en los últimos 50 años (1948-1998)*, Ed. Comisión Episcopal de Pastoral Social e Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1998, p. 41.

una visión de lo jurídico, que he denominado Iusnaturalismo histórico analógico,¹⁰⁷ utilizando además el Pensamiento de Liberación. Mi maestro no estaba de acuerdo en lo concerniente al Pensamiento de Liberación; sin embargo, como auténtico maestro, siempre me respetó, y eso permitió que mantuviéramos un diálogo para mí muy fructífero.

En fin, he puesto a la consideración del paciente lector, algunas enseñanzas iusfilosóficas de Efraín González Morfín, con el propósito que se valore y aproveche su enorme herencia intelectual.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

¹⁰⁷ Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011.

cimo, de las entidades territoriales (artículos 72 a 75), el décimo tercero, disposiciones transitorias en relación con Nueva Caledonia (artículos 76 y 77), el décimo cuarto, de los acuerdos de asociación (artículo 88), el décimo quinto, de la Unión Europea (artículos 88-1 a 88-7), el décimo sexto, de la reforma (artículo 89).

Así, la integran un total de 103 artículos. Cabe mencionar que también la integra la Carta del Medio Ambiente que consta de 10 artículos.

Como características generales podemos mencionar que es una constitución escrita, codificada, cuenta con un Poder Ejecutivo en el que se encuentra un Presidente y un gobierno al mando de un Primer Ministro y el Consejo de Ministros. Asimismo, cuenta con un Poder Legislativo integrado por un Parlamento, en el que se encuentra una Asamblea General y una Cámara de Senadores. Su poder Judicial se encuentra integrado por un Consejo Superior de la Magistratura que la integran la Sala de Magistrados y el Alto Tribunal de Justicia y la Sala de Fiscales. Asimismo, es una constitución de corte liberal, por proclamar la adhesión del pueblo francés por: *i*) los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional de 1789; *ii*) el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, por lo que respecta a los derechos humanos y principios de soberanía nacional; y *iii*) los derechos y deberes definidos en la carta del Medio Ambiente de 2003. Por lo que respecta a la soberanía nacional, reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y a través del *referéndum*. Por lo que respecta a su sustento democrático, éste presupone el sufragio (artículo 3).² Asimismo, es una norma fundamental que adopta un sistema incluyente del derecho internacional, al establecer una jerarquía normativa mayor a los tratados internacionales sobre sus leyes, pero por debajo de la Constitución (artículos 54 y 55).

Este sistema tiene notas que lo distinguen de un parlamentarismo tradicional: *i*) El presidente de la República puede disolver a la Asamblea Nacional con la consulta no vinculante del Primer Ministro y los Presidentes de las Asambleas; *ii*) la responsabilidad del gobierno frente al Parlamento se encuentra limitada, así la Asamblea Nacional puede, por sí misma, votar una moción de censura al Gobierno exclusivamente si va firmada por una décima parte de sus miembros y esta votación sólo puede tener lugar 48 horas después de su presentación y sólo se consideran los votos favorables

² En el siguiente trabajo cuando se refiera a "Artículo" se entiende al de Constitución Francesa vigente, salvo que se especifique lo contrario.

y estos tienen que corresponder a la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional; y *iii*) el Primer Ministro tiene facultad para pedir al Senado la aprobación de la política nacional.³

I. HISTORIA CONSTITUCIONAL

Desde la Revolución Francesa diferentes textos constitucionales han regido en Francia.⁴ Así, como *constituciones revolucionarias*, dentro de la *primer república*,⁵ se encuentran: *i*) la Constitución del 3 de septiembre de 1791;⁶ *ii*) la Constitución de 1793,⁷ y *iii*) la Constitución del año III o constitución directorial (1795).⁸

Como *constituciones napoleónicas o constituciones del imperio*:⁹ *i*) la constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799); *ii*) La constitución del año X (Senado consulto de 4 de agosto de 1802); *iii*) La constitución del año XII (Senado-consulto del 18 de mayo de 1804); *iv*) El acta adicional a las constituciones del Imperio, de 1815.

Como *constituciones monárquicas* se encuentran: *i*) la Carta de 4 de junio de 1814;¹⁰ y *ii*) la Constitución de 1830.¹¹

³ FAVOREU, Louis, MAUS, Didier y JEAN-LUC (directores) *La escritura del Poder Ejecutivo de la Constitución francesa de 1958*, México, IJ- UNAM, 2006. p. LVI a LVII.

⁴ Siguiendo a GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1999. p. 463 a 490.

⁵ Inició el 21 de septiembre de 1792 y concluyó en 1804 con el primer imperio francés de Napoleón Bonaparte.

⁶ Surge como consecuencia de la abolición de la monarquía absoluta del antiguo régimen. Promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente. Era una constitución monárquica por la que el rey, Luis XVI era un delegado de la nación sujeto a la ley, establece una separación de poderes con un predominio hacia el legislativo.

⁷ En agosto de 1792 se abolió la Monarquía en Francia por la Convención Nacional, así se instauró un Gobierno Revolucionario. La Convención aprobó esta constitución, sin embargo no tuvo vigencia. Establece un legislativo fuerte, el gobierno se dividió en ejecutivo superior y ministerio dependiente al Cuerpo legislativo débil.

⁸ Se estableció por la Convención Nacional el 22 de agosto de 1795, estableció el Directorio, establece una rígida división de poderes en donde no hay jefe de estado, sino un Directorio de cinco miembros elegidos por los consejos.

⁹ Estas constituciones tienen por objeto mantener y asegurar el poder de Napoleón. Se establece una unidad del poder ejecutivo al lado de un legislativo dividido.

¹⁰ En 1814 el Senado declara que Napoleón había violado la constitución por lo que quedaba desposeído del trono. Llama al trono de Francia al hermano de Luis XVI (a Luis Estanislao, conocido como Luis XVIII), este texto es de corte contrarrevolucionario por medio del poder del rey borbónico como cabeza de estado.

¹¹ Surge como consecuencia de deponer a la dinastía borbónica. Elimina la idea monárquica tradicional (derecho divino), si no se establece por las Cámaras.

Como constituciones de la *Segunda República*¹² la del 4 de noviembre de 1848.¹³

Por otro lado se encuentra, la Constitución del 7 de noviembre de 1852 que es conocida como la constitución del *segundo imperio*.¹⁴

La constitución de 1875 establece la *Tercer República*.¹⁵ Por otro lado la *Cuarta República* comienza por la constitución de 1946.¹⁶

Ahora bien, como antecedentes del surgimiento de la *Quinta República*, y en consecuencia de la constitución francesa vigente, podemos mencionar que durante el periodo de 1946 a 1958 (*Cuarta República*), Francia entró en un periodo de inestabilidad gubernamental bajo su sistema parlamentario. Destaca, por ejemplo, que en ese periodo inestablemente veinte gabinetes ministeriales la gobernaron, entre otros factores se puede destacar que la Constitución Francesa de 1946 había sido propuesta para funcionar con mayorías de coalición, sin embargo, los gabinetes dimitirán continuamente por ser puestos en minoría. Asimismo, el parlamento gozaba de una preeminencia jurídica, sin embargo, en los hechos el gobierno era quien gozaba de una preeminencia, en consecuencia, la lucha entre el dominio del ejecutivo sobre el legislativo y viceversa generaba inestabilidad política;¹⁷ por otro lado, agravó esta situación la crisis de Argelia de 1958, como consecuencia de su guerra de independencia de Francia. Así, se generó una reacción en contra del sistema parlamentario francés que venía operando y se buscó establecer un texto constitucional, que fuera una antítesis de las reglas constitucionales previas, en consecuencia, se buscó generar una norma fundamental que pudiera poner en orden al Estado francés, mediante la preeminencia de un ejecutivo fuerte. Es así que, como consecuencia de esta inestabilidad, se le dio plenos poderes para go-

¹² Comprende el periodo de 25 de febrero de 1848 a 2 de diciembre de 1852.

¹³ Surge como consecuencia de la revolución de febrero de 1848, donde como consecuencia de la clase obrera burguesa francesa se ataca a la Monarquía, por lo que se establece una república democrática. Establece una rígida separación de poderes que da origen a un régimen presidencialista.

¹⁴ Esta etapa comprende entre 1852 y 1870 donde Luis Napoleón Bonaparte se proclama como Presidente de Francia. Concluye cuando es capturado en la Batalla de Sedán de 1870 dando inicio a la tercera república francesa.

¹⁵ Surge como proclamación de la Asamblea Nacional, en la que Léon Gambetta era líder de la oposición republicana, en contra de Napoleón III por su derrota de Sedán. Por este texto se establece la república donde a la cabeza hay un presidente elegido por las cámaras de diputados y senadores.

¹⁶ Surge como consecuencia de la disolución del Régimen de Vichy de la Segunda Guerra Mundial que interrumpió la Tercera República. Estableció un Poder Ejecutivo con un presidente débil con un poder legislativo fuerte, mediante una república parlamentaria.

¹⁷ HAURIU, André, Derecho, *Constitucional e Instituciones Políticas*, tr. del francés por José Antonio González, España, Ariel, 1971, pp. 494, 514 y 542.

bernar Francia al general francés Charles de Gaulle, quien el 2 de junio de 1958, recibió por parte de la Asamblea Nacional Francesa un mandato para preparar un nuevo proyecto de constitución, para poner orden en Francia, mismo que fue ratificado por el Consejo de la República.¹⁸

En la elaboración del proyecto de constitución, en primer lugar, se encomendó su elaboración a una Comisión de Expertos en la que, como presidente, la integraba el Ministro de Justicia (Michel Jean-Pierre Debré). Posteriormente, este proyecto fue sometido a una Comisión Interministerial en la que De Gaulle fungía como presidente y a su vez la integraban: el Presidente y el Secretario del Consejo de Estado; cuatro Ministros y expertos. Esta Comisión Interministerial realizó diferentes observaciones y la remitió a la Comisión de Expertos, quienes presentaron de nueva cuenta un anteproyecto final que fue aprobado por la Comisión Interministerial el 26 de julio de ese año. Así, éste se sometió a la consideración de un Comité Consultivo Constitucional (Integrado por 16 representantes de la Asamblea Nacional, 10 del Consejo de la República y 13 altos funcionarios gubernamentales y expertos), mismo que elaboró un dictamen que junto al anteproyecto de la Comisión Interministerial se envió para dictamen final al Consejo de Estado Francés. Una vez elaborado el dictamen por el Consejo de Estado, y el del Comité Consultivo Constitucional, el Gobierno Francés elaboró un texto que fue aprobado por el Consejo de Ministros, que dio a conocer al pueblo francés el 4 de septiembre de 1958. El 28 de septiembre de 1958 se sometió a *referendum* mismo que fue aprobado por una mayoría de 79.25% del 84.9% del total del censo electoral.¹⁹ Finalmente, la Constitución Francesa fue promulgada el 4 de octubre de 1958, con lo que inicia la Quinta República, y rige hasta el día de hoy.

¹⁸ Por una ley constitucional de 3 de junio de 1958, se derogó el artículo 90 de la Constitución de 1946 que establecía un procedimiento de reforma constitucional más complejo. Favoreu, Louis, Maus, Didier, Jean-Luc, *op. cit.* p. IL-L.

¹⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.* p. 607 a 608.

II. PARTE ORGÁNICA

1. Poder Ejecutivo

A. *Presidente de la República*

El poder Ejecutivo es una diarquía que recae en un Presidente de la República y en un Primer Ministro. El Presidente es un jefe de Estado, proveniente de elección popular;²⁰ recae en una persona, le corresponde velar por el respeto a la Constitución y asegurar el funcionamiento regular de los poderes públicos, mediante su arbitraje así como la permanencia del Estado. Asimismo, es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y el respeto de los tratados (artículo 5), es irresponsable penalmente²¹ y sólo puede ser destituido en caso de incumplimiento de sus deberes, manifiestamente incompatible con el ejercicio de su mandato (artículos 67 y 68).²² Así, tiene un papel preponderante sobre los demás poderes, como se comentó, objetivo principal de De Gaulle.

Dura cinco años mediante sufragio universal directo (artículo 6),²³ mediante comicios que se convoca por el Gobierno, debe ser elegido —en una primera vuelta— por la mayoría absoluta de votos, en caso contrario se realiza una segunda vuelta presentándose únicamente los candidatos que hayan obtenido la mayor suma de votos en la primera. Su elección se celebrará entre los veinte y los treinta y cinco días antes de la terminación del mandato del Presidente en ejercicio (artículo 7).²⁴

Entre sus atribuciones, se encuentra la de tomar las medidas necesarias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional, cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales, estén amenazados de

²⁰ FAVOREU, Louis, MAUS, Didier, JEAN-LUC, *op. cit.* p. LIII.

²¹ Salvo su responsabilidad internacional declarada por la Corte Penal Internacional de Justicia (artículo 53-2).

²² La destitución será acordada por el Parlamento constituido en un Alto Tribunal de Justicia (artículo 68).

²³ A partir de 2002 se elige mediante sufragio universal directo.

²⁴ Nicolas Sarkozy, gobernó del 16 de mayo de 2007 al 15 de mayo de 2012 y desde el 15 de mayo de 2012 a la fecha gobierna François Hollande.

manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido (artículo 16).²⁵

En relación al Consejo Constitucional, puede nombrar a su presidente y a tres de sus miembros (artículo 56); además, puede presentarle leyes antes de su promulgación (artículo 61), o requerirlo para que declare que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución (artículo 54).

Asimismo, como funciones ejecutivas destacan: la de nombrar al Primer Ministro y a propuesta este último nombrar y cesar a los demás miembros del Gobierno (artículo 8). Preside el Consejo de Ministros (artículo 9) y firma las ordenanzas y los decretos discutidos en Consejo de Ministros. También nombra los cargos civiles y militares del Estado (artículo 13). Por otro lado, puede acreditar a los embajadores y enviados extraordinarios ante las potencias extranjeras (artículo 14). Es el jefe de las Fuerzas Armadas, preside los consejos y los comités superiores de defensa nacional (artículo 15). Negocia y ratifica los tratados²⁶ (artículo 52).

En relación a las facultades legislativas se encuentran las de: promulgar las leyes dentro de los quince días siguientes a la comunicación al Gobierno de la ley definitivamente aprobada, sin embargo, podrá, antes del vencimiento de dicho plazo, pedir al Parlamento una nueva deliberación sobre la ley o algunos de sus artículos (artículo 10). Puede²⁷ someter a referéndum los proyectos de ley.²⁸ Promulga la ley, aprobado el referéndum, dentro de los quince días siguientes a la proclamación de los resultados de la consulta (artículo 11). Se puede comunicar con ambas Cámaras del Parlamento por medio de mensajes, que mandará leer y que no darán lugar a ningún debate (artículo 18). Puede abrir y clausurar, por decreto, los períodos extraordinarios del Parlamento (artículo 30). Puede, previa consulta

²⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.* p. 610-611.

²⁶ Sin embargo, no podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o accesión territorial (artículo 53).

²⁷ A propuesta del Gobierno o a propuesta conjunta de las dos Cámaras.

²⁸ Que versen sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.

con el Primer Ministro y con los Presidentes de las Cámaras, acordar la disolución de la Asamblea Nacional (artículo 12).

En relación con la función Judicial: es el garante de su independencia. Auxilia al Consejo Superior de la Magistratura (artículo 64). Preside al Consejo Superior de la Magistratura (artículo 65). Tiene la prerrogativa de indulto a título individual (artículo 17).

B. Gobierno

Se encuentra integrado por un Primer Ministro (artículo 21) y 17 Ministros,²⁹ quienes tienen prohibido simultáneamente ejercer sus funciones con el ejercicio de cualquier mandato parlamentario, de representación de carácter nacional y de todo empleo público o actividad profesional (artículo 23).

El gobierno tiene por objeto determinar y dirigir la política de la nación, para lo cual puede disponer de la Administración y de la Fuerza Armada (artículo 20). Puede decidir la intervención de las fuerzas armadas en el extranjero, informando al Parlamento, siempre y cuando no exceda de cuatro meses, de caso contrario el Gobierno somete su prolongación a éste último (artículo 35).

El Primer Ministro dirige la acción del Gobierno y es responsable de la defensa nacional, garantiza la ejecución de las leyes, ejerce la potestad reglamentaria y nombra los cargos civiles y militares (artículo 21), siempre y cuando no le correspondan al Presidente y así sea determinado en ley orgánica (artículo 13). Sustituye al Presidente en los Consejos y Comités superiores de defensa nacional (artículo 15). Asimismo, sus decisiones deben ser refrendadas en su caso por los ministros encargados de su ejecu-

²⁹ De conformidad con la página oficial del Gobierno Francés, consultada en junio de 2013, éste se encuentra compuesto, por un primer ministro y diecisiete ministros, a saber: i) *Premier ministre*, ii) *Ministère des Affaires étrangères*, iii) *Ministère de l'Éducation nationale*, iv) *Ministère de la Justice*, *Ministère de l'Économie et des Finances*, v) *Ministère des Affaires sociales et de la Santé*, vi) *Ministère de l'Égalité des territoires et du Logement*, vii) *Ministère de l'Intérieur*, viii) *Ministère du Commerce extérieur*, ix) *Ministère du Redressement productif*, x) *Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, xi) *Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social*, xii) *Ministère de la Défense*, xiii) *Ministère de la Culture et de la Communication*, xiv) *Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, *Ministère des Droits des femmes*, xv) *Ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt*, xvi) *Ministère de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique*, xvii) *Ministère des Outre-Mer*, xviii) *Ministère de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme*, xviii) *Ministère des Sports, de la Jeunesse, de l'Éducation populaire et de la Vie associative* <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/composition-du-gouvernement>

ción (artículo 22). Puede convocar a un periodo de sesión extraordinaria de sesiones al Parlamento (artículo 29). También tiene facultades de iniciativa legislativa (artículo 39). Puede provocar la reunión de una Comisión Mixta paritaria, que será encargada de proponer un texto sobre desacuerdo entre las Cámaras del parlamento, en relación a un proyecto o una proposición de ley (artículo 45).

La responsabilidad del Gobierno sobre su programa y sobre una declaración de política general es planteada por el Primer Ministro, previa deliberación del Consejo de Ministros, ante la Asamblea Nacional, ésta la juzgará mediante una votación de censura que requiere una décima parte de sus miembros de la Asamblea Nacional. Asimismo, el Primer Ministro podrá, previa deliberación del Consejo de Ministros, plantear la responsabilidad del gobierno ante la Asamblea Nacional, sobre la votación de un proyecto de ley de Presupuesto o financiación de la seguridad social y estará facultado, para pedir al Senado la aprobación de una declaración de política general (artículo 49).

2. Poder Legislativo

A. Parlamento

El Parlamento es un cuerpo bicameral que tiene por misión: i) Votar la ley; ii) Controlar la acción de Gobierno; y iii) Evaluar las políticas públicas (artículo 24).

En primer lugar, se integra, por la Asamblea Nacional con 577 miembros que son elegidos por sufragio directo (artículo 24) y son elegidos por un periodo de cinco años, salvo que sea disuelta la Asamblea por el Presidente de la República. De conformidad por la ordenanza del 17 de noviembre de 1958, tienen por objetivo principal votar las leyes y fiscalizar la acción del Gobierno.³⁰ Dentro de sus principales órganos se encuentran:³¹ i) La Mesa, es un órgano colectivo que depende del Presidente de la Asamblea. Se compone por 22 miembros (un Presidente, 6 Vicepresidentes, 3 Administradores y 12 Secretarios). Como principales atribuciones se encuentran: a) Autorizar el arresto o cualquier medida privativa o restrictiva de liber-

³⁰ Sitio oficial de la Asamblea Nacional, consultada en junio de 2013. <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bd.asp>

³¹ Sitio oficial de la Asamblea Nacional, consultada en junio de 2013 <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/organos.asp>

tas, de los miembros de la Asamblea (artículo 26); *b*) Tiene plenos poderes para ordenar los debates y para organizar y dirigir todos los servicios de la Asamblea Nacional (artículo 14 del reglamento de la asamblea nacional); *c*) Asimismo asume colegiadamente la representación de la Asamblea en los actos exteriores; *ii*) El Presidente de la Asamblea, elegido por el término de cinco años, tiene como principales atribuciones abrir las sesiones, dirigir las deliberaciones, hacer cumplir el Reglamento, mantener el orden, y en cualquier momento puede suspender o levantar la sesión (artículo 52 del Reglamento); *iii*) La Conferencia de Presidentes, tiene por objeto principal fijar el calendario de trabajo de la Asamblea Nacional. Se compone por el Presidente de la Asamblea Nacional, que es elegido para toda la legislatura (artículo 32), seis Vicepresidentes; los presidentes de las seis comisiones permanentes o en su caso por una comisión especial (artículo 48 del Reglamento); *iv*) Administradores, son los encargados de los servicios financieros y administrativos (artículo 15 del Reglamento). Son elegidos por la Asamblea Nacional al principio de cada legislatura (artículo 10 del Reglamento). Los grupos son la reunión de diputados que se encuentran unidos por "afinidades políticas (artículos 19 a 23). Para constituirlo deben reunirse 20 miembros al menos y adjuntar una declaración política firmada por los miembros. Definen libremente su organización, su procedimiento de reunión y de votación, así como su reglamento interno. Su función está referida a la organización y al funcionamiento de la Asamblea. Los presidentes de los grupos tienen facultades para solicitar la suspensión de una sesión, la verificación del quórum.

Por otro lado, se encuentra el Senado; cuenta con 348 miembros, elegidos por sufragio indirecto.³² Asume la representación de las entidades territoriales de la República. Su presidente se elige después de cada renovación parcial de sus miembros (Artículo 24). Entre sus atribuciones destacan la de examinar los proyectos de ley, controlar las acciones del gobierno y garantizar la estabilidad de las instituciones. El Presidente de la República

³² Participan electores en ámbitos municipales, de condado y representantes regionales. El número de senadores en cada circunscripción varía de conformidad con el número de habitantes. Así las secciones senatoriales del 25 de septiembre de 2011, fue de 44 distritos electorales incluyendo: departamentos, comunidades de ultra mar y de nueva caledonia. Dependiendo del número de escaños, los senadores son elegidos escrutinio uninominal mayoritario a dos rondas (por distritos nombran 3 senadores o menos) y por escrutinio de la lista de representación proporcional (por distritos se designan cuatro senadores o más). Información del sitio oficial del Senado, texto en francés, consultado en junio de 2013 http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/evnement/brochure_essentiel_senat/Senat_essentiel.pdf

no cuenta con atribuciones para disolverlo. Se encuentra integrado por: *i*) un Presidente,³³ *ii*) la Mesa que es un órgano colectivo de 25 miembros (8 vicepresidentes, 3 cuestores que se encargan de la administración del Senado y 14 secretarios) y tienen atribuciones sobre el funcionamiento del Senado; *iv*) Conferencia de Presidentes, tiene por objeto principal fijar el calendario de trabajo del Senado. Se compone por el Presidente del Senado, Vicepresidentes; y los presidentes de las comisiones. Cada senador forma parte de una de las 7 comisiones permanentes,³⁴ *v*) Los grupos políticos, que integra a los Senadores agrupados por afinidades políticas. Se integran con 15 senadores.

El parlamento actúa en sesiones ordinarias y extraordinarias. Las sesiones ordinarias comienzan el primer día laborable de octubre y termina el último día laborable de junio. Sin poder exceder de 120 días, sin embargo el Primer Ministro, previa consulta de la Cámara correspondiente o la mayoría de sus miembros, puede decidir sobre la ampliación de días de la sesión (artículo 28). El periodo extraordinario se reúne en un periodo extraordinario de sesiones, a petición del Primer Ministro o de la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional sobre un orden del día (artículo 29).

El Parlamento cuenta con facultades formal y materialmente legislativas, sin embargo, éstas, materialmente, no son exclusivamente de éste, ya que la constitución le da una importante injerencia al Presidente de la República, lo cual es un rasgo distintivo del sistema constitucional francés, al facultarlo para regular directamente, mediante reglamento, todas las materias distintas a las que la constitución establece para el Parlamento (artículos 34 y 37).³⁵

Es así que, en este sistema, el Presidente de la República está facultado para expedir reglamentos autónomos, ya que no será un requisito la previa existencia de una ley para la validez de los mismos.

³³ Que es elegido por tres años, tiene facultades para representar a la cámara y dirigir los debates. En caso de que quede vacante la Presidencia de la República, él asume el cargo. Sitio oficial del Senado, texto en francés, consultado en junio de 2013 http://www.senat.fr/Ing/es/organizacion_interna/el_presidente_del_senado.html

³⁴ Entre las Comisiones Permanentes se encuentran las de: *i*) *Affaires économiques, Affaires étrangères, défense et forces armées, Affaires sociales, Culture, éducation et communication, Développement durable, infrastructures, équipement et aménagement du territoire, Finances, Lois constitutionnelles, législation, suffrage universel, règlement et administration générale*, Artículo 7 del Reglamento del Senado y general de la oficina, de 1958 consultado de la página oficial del Senado, texto en francés. En junio de 2013 http://www.senat.fr/reglement/reglement_mono.html

³⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.* p. 615 a 616.

Otra nota distintiva de este sistema, que pone en evidencia las limitadas facultades del Parlamento, es la facultad de su Gobierno para solicitar —para la ejecución de su programa—, autorización al Parlamento para aprobar mediante ordenanza durante un plazo limitado, las medidas que normalmente le pertenecen al ámbito de la ley, mismas que se deben aprobar en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado (artículo 38).

Por lo que respecta al proceso legislativo, cabe mencionar que tienen facultad para presentar iniciativas de ley: *i*) el primer Ministro y *ii*) los Miembros del Parlamento (artículo 39). Para que esta iniciativa se convierta en ley,³⁶ debe ser examinado sucesivamente en las dos Cámaras del Parlamento y estas deben lograr un acuerdo para lograr un texto idéntico. Sin embargo, cuando un proyecto o una proposición de ley no haya podido ser aprobada por el desacuerdo de las Cámaras, los presidentes de Cada una estará facultados para convocar a reunión de una Comisión Mixta Paritaria, que deberá proponer un texto sobre las disposiciones por discutir. No obstante esto, si no logra un texto común, el Gobierno puede, después de una nueva lectura por la Asamblea Nacional y por el Senado, puede pedir a la Asamblea Nacional que se pronuncie definitivamente (artículo 45).

Una vez que se cuenta con un texto definitivo, es necesaria su promulgación, sin embargo, ésta se puede impedir por la verificación de su constitucionalidad que tiene lugar por el Consejo Constitucional, de oficio en el caso de las leyes orgánicas; y a solicitud del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado, el Presidente de la Asamblea Nacional, sesenta diputados o sesenta senadores, respecto de las leyes ordinarias. La resolución del Consejo Constitucional, no pueden ser objeto de recurso alguno. Si el Consejo Constitucional declara la ley conforme a la Constitución, ésta puede ser promulgada. Pero si la determina contraria a la Constitución no se puede promulgar y deberá ser discutida de nuevo, sin embargo, puede decidir que ésta es parcialmente conforme con la Constitución, en consecuencia sólo estos preceptos podrán promulgarse (artículo 61). Asimismo, puede impedirse su promulgación si dentro del plazo de promulgación, el Presidente de la República solicita una nueva deliberación de la ley. Cuando ya no hay objeción para la promulgación,

³⁶ La Constitución establece plazos y diversas reglas especiales en el caso de: *i*) leyes orgánicas (artículo 46); *ii*) leyes de presupuesto (artículo 47); ley de financiación de la seguridad social (artículo 47-1).

de la ley, la Secretaría General del Gobierno presenta firma del Presidente de la República, quien dispone de 15 días para firmar su decreto promulgatorio (artículo 10 de la Constitución). Finalmente, la ley se publicará en el *Journal Officiel* (Boletín Oficial).³⁷

La Constitución establece un procedimiento diferente al ordinario para su procedimiento de reforma, lo cual es característico de una constitución rígida, así, la iniciativa de la reforma le corresponde conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento. Se requiere que su discusión en sesión, en primera lectura, se realice, ante la Cámara de origen, al vencimiento de un plazo de seis semanas después de su presentación y ante la Cámara revisora al vencimiento de un plazo de cuatro semanas a partir de su traslado. Asimismo, se requiere el referéndum, salvo que el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. Sin embargo, no se puede reformar la constitución si sufre menoscabo la integridad del territorio o se varía la forma republicana de gobierno (artículo 89).

Finalmente, la constitución le da potestad al Parlamento para declarar la guerra (artículo 35), expedir ley para ratificar y aprobar tratados que versen sobre ciertas materias³⁸ (artículo 53), *iii*) declarar que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución (artículo 54).

3. Poder Judicial

La Constitución francesa regula, por un lado al Consejo Superior de La Magistratura, que tiene por objeto auxiliar al presidente de la República para garantizar la autoridad judicial (Artículo 64).

Este Consejo se integra por una sala de Magistrados cuyas funciones principales, son la de formular propuestas para los nombramientos de los magistrados del Tribunal de Casación, los de primer presidente de tribunal

³⁷ Sitio oficial de la Asamblea Nacional Francesa, consultada en junio de 2013, <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/procedimiento.asp>

³⁸ Tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o acesión territorial.

de apelación y los de presidente de tribunal de gran instancia. Los demás magistrados se nombran sólo con su dictamen.

Esta Sala de Magistrados es presidida por el Primer Presidente del Tribunal de Casación, cinco magistrados y un fiscal, un consejero de Estado designado por el Consejo de Estado, un abogado, así como seis personalidades calificadas que no pertenezcan ni al Parlamento ni a la carrera judicial, ni a la carrera administrativa. El Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado designarán cada uno a dos personalidades calificadas.

Por otro lado, el Consejo se integra por una Sala de Fiscales cuyas funciones principales, son la de pronunciarse como consejo de disciplina de los magistrados, asimismo, se pronuncia sobre las preguntas relativas a la deontología de los magistrados, y al funcionamiento de justicia, también emite su dictamen sobre los nombramientos y sanciones disciplinarias relativas a los fiscales (artículos 64 y 65).

Esta sala está presidida por el Fiscal General del Tribunal de Casación. Comprende, además, cinco fiscales y un magistrado, así como el consejero de Estado, el abogado y las seis personalidades calificadas.

La organización jurisdiccional en Francia se divide en dos órdenes: el Judicial o el administrativo. Por lo que respecta al judicial se divide en la materia civil (que incluye lo social, lo comercial y lo estrictamente civil) y la materia penal. Todas tienen una primera instancia y para su impugnación salas de Apelación. Finalmente, existe una Corte de Casación en toda la república para garantizar una uniformidad de criterio. Así, si se tratara de jurisdicción civil, dependiendo del monto del negocio variaría el tribunal, así un Tribunal Local (*Juge de proximité*), conoce de demandas de cuantía menor —hasta de 4,000 Euros—. Un Tribunal de Distrito (*Tribunal d'instance*) de asuntos hasta de 10,000 euros. Un Tribunal Superior (*Tribunal de grande instance*) por asuntos de más de 10,000 euros. En una segunda instancia, en la que se pueden impugnar las resoluciones de la primera, se encuentran las salas del tribunal de apelación. Como última oportunidad se encontraría la Corte de Casación, que garantizaría que las leyes se apliquen correctamente por los tribunales y por las salas de apelación.³⁹

Por lo que respecta a la materia Administrativa, en primera instancia se encuentran los tribunales administrativos (*tribunal administratif*), para la

³⁹ Sitio oficial de Justicia en Francia, texto en francés, consultado en junio del 2013, <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/>

segunda instancia la Corte administrativa de apelación (*Cour administrative d'appel*) y en la cabeza el Consejo de Estado Francés (*Conseil d'Etat*). Este último aparte de ser la última instancia administrativa, también el asesor del gobierno para la creación de proyectos de ley, cuestiones relativas a cualquier materia administrativa o de política pública.⁴⁰

Por otro lado, la constitución establece al Consejo Constitucional, es integrada por 9 miembros (3 designados por el Presidente de la República, 3 por el Presidente del Senado y 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional), renovables en una tercera parte cada tres años. Asimismo, como presidentes vitalicios de pleno derecho se encuentran los expresidentes de la República (artículo 56).

Sus principales funciones consisten en: *i*) velar por la regularidad de la elección del Presidente de la República (artículo 58) y pronunciarse, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores (artículo 59); *iii*) velar por la regularidad de las operaciones de referéndum (artículo 60); y *iv*) verificar la conformidad de las leyes votadas por el Parlamento estén acordes a la Constitución (artículos 61 y 62).

4. Órganos constitucionalmente autónomos

A. Consejo Económico, Social y Medioambiental

Es una asamblea constitucional de carácter consultivo en las actividades económicas, sociales y medioambientales.

Actúa a solicitud del Gobierno, o del Parlamento (artículo 70). La constitución decide que una ley orgánica determinará su composición (artículo 71). Así, de conformidad con su ley orgánica del 28 de junio de 2010, está formado por 233 consejeros, sus principales funciones son: *i*) Aconsejar sobre la política económica, social y medioambiental; *ii*) Fomentar el diálogo en la elaboración de propuestas de interés general; *iii*) Auxiliar en la evaluación de las políticas públicas de carácter económico, social y

⁴⁰ Sitio oficial del Consejo de Estado Francés, texto en español, consultado en junio de 2013 <http://www.conseil-etat.fr/es/>

medioambiental; iv) Fomentar el diálogo y cooperación con los órganos de las entidades territoriales y ciudadanos.⁴¹

B. El Defensor de los Derechos

Es una autoridad constitucionalmente autónoma, que tiene por objeto velar por el respeto de los derechos y las libertades de cualquier persona, que se considere perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o por parte de la administración del Estado, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, así como cualquier organismo encargado de una misión de servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencia (artículo 71-1). Así, se estableció en la constitución francesa desde el 23 de julio de 2008 y se instauró desde del 29 de marzo de 2011, como consecuencia de su regulación en la ley orgánica y la ley ordinaria de esa fecha. De esta forma absorbió facultades del Defensor del Pueblo, el Defensor de la Infancia, la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones y por la Igualdad y la Comisión Nacional de Ética de la Policía.⁴² Está integrado por Defensor de los Derechos,⁴³ que será nombrado por el Presidente de la República por un mandato de seis años no renovables. Éste tiene prohibido ejercer funciones de incompatibles con las de miembro del Gobierno, el Parlamento o las que sean fijadas por la ley orgánica (artículo 71-1).

III. PARTE DOGMÁTICA

La constitución francesa no cuenta dentro de su articulado, con un capítulo especial dedicado a los derechos humanos, sin embargo, en su preámbulo y por diversas referencias de este texto, es como podemos determinar cuál es el bloque de constitucionalidad del Sistema Constitucional Francés.

En primer lugar, resulta parte de este bloque la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de octubre de 1789. Ésta cuenta con 17 preceptos que, en términos generales, incluyen al derecho a la

⁴¹ Sitio oficial del Consejo Económico, Social y Medioambiental, consultado en junio de 2013, <http://www.lecese.fr/es/el-cese-en-pocas-palabras>

⁴² Sitio oficial, de el Defensor de los Derechos, en francés, consultado en junio de 2013: <http://www.defenseurdesdroits.fr/sinformer-sur-le-defenseur-des-droits>

⁴³ Dominique Baudis es el defensor de los derechos del pueblo desde el 22 de junio de 2011.

libertad, la asociación política, soberanía, el de ciudadanía, de seguridad jurídica, igualdad, propiedad y el derecho de pedir por parte de la sociedad cuentas de la administración a sus agentes.

Por otro lado, el Preámbulo de la Constitución de 1946, este se integra por 18 párrafos, entre los cuales se reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, asimismo, reconoce diversos principios políticos económicos y sociales, como es la igualdad de la mujer, el derecho de asilo, el deber y derecho de trabajar, acción y afiliación sindical, de huelga, condiciones necesarias para el desarrollo del individuo, la protección de salud, descanso y ocio, de educación, no hacer guerra de conquista ni emplear fuerza contra la libertad de los pueblos, buscar la reciprocidad y defensa de la paz.

Finalmente, refiere el preámbulo a la Carta del Medio Ambiente, misma que fue incorporada por la ley constitucional del 28 de febrero de 2005. Se integra por 10 artículos y tiene por objeto diversos derechos de tercera generación, a saber: vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso de la salud, a preservar el medio ambiente, prevenir su alteración, contribuir a la reparación de los daños que cause el medio ambiente, asimismo, el deber de que los conocimientos científicos no afecten de manera grave el medio ambiente y que las autoridades velen que el estado mediante políticas públicas garantice esto.

No obstante esto, de forma expresa en los artículo 66 y 66-1 refiere el texto constitucional, por un lado a los derechos de seguridad jurídica, esto es, a no ser detenido arbitrariamente, por otro lado, prohíbe la pena de muerte, sin embargo, para la garantía de los derechos cívicos y las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos, para el ejercicio de las libertades públicas, establece la libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación (artículo 34).

IV. CONTROL CONSTITUCIONAL

El encargado de realizar el control constitucional es el Consejo Constitucional que se estableció por primera vez en la Constitución Francesa de 1958.

Puede realizar un control de constitucional de leyes *a priori* y *posteriori*. Están legitimados para solicitarla, el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquier cámara. En el caso de control

de constitucionalidad *a priori* puede emitir un dictamen con efectos generales, antes de la promulgación de la misma. Asimismo, puede actuar de forma oficiosa, en caso de que cuente con elementos sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes orgánicas del parlamento.⁴⁴ Cuando se recurre a la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, cuenta con 30 días para resolver o en caso de urgencia serán ocho días. El Consejo juzga de forma plenaria, para lo cual requiere al menos de siete consejeros para llegar a una decisión y en caso de empate el presidente tiene voto de calidad, no es válido emitir un voto particular ni son públicas sus sesiones. Su procedimiento es contradictorio y escrito.⁴⁵

Destaca una decisión del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971 por la que reconoce pleno valor jurídico constitucional al preámbulo de la Constitución de 1958, así declaró inválida una ley que pretendía limitar la libertad de asociación, en contra de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república a que alude el preámbulo, así integró un bloque de constitucionalidad de estos principios.⁴⁶

Es importante mencionar que antes del 1º de marzo de 2010, exclusivamente el Consejo Constitucional, con las reglas arriba señaladas, podía emitir una declaratoria con efectos generales de inconstitucionalidad. Sin embargo, como consecuencia de la reforma constitucional del 23 de julio de 2008, que entró en vigor en el citado 2010, se estableció: "...cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado..." (artículo 61-1), así, los jueces, de conformidad con este precepto, pueden sujetar a consideración del Consejo Constitucional las disposiciones legislativas que presupongan un asunto jurisdiccional, siempre y cuando, previamente hayan remitido el asunto al Tribunal de Casación o de Apelación, respectivamente. Por lo que, podemos afirmar, que se consolidó otro mecanismo

⁴⁴ OSPINA MEJÍA, Laura, *Breve aproximación al "Bloque de Constitucionalidad" en Francia*, consultado en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en junio de 2013, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

⁴⁵ Sitio oficial del Consejo de Estado Francés, texto en francés, consultado en junio de 2013 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>

⁴⁶ OSPINA MEJÍA, Laura, *op. cit.*

a posteriori de control constitucional a favor del Consejo Constitucional. La Ley orgánica n° 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009 relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución, se encarga de regular cómo se ejerce este control constitucional. En la misma se señala que debe ser una de las partes en el proceso, quien cuestione la constitucionalidad de una norma en el proceso, en consecuencia no puede de oficio algún operador jurídico considerarla, asimismo, el juez de primera instancia debe determinar si la norma hace al fundamento de la pretensión, si no ha sido ya declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional y si la tiene un carácter serio. En el caso del Consejo de Estado o de la Corte de Casación además deberá determinar también si la cuestión es novedosa.

De conformidad con la citada ley orgánica, el juez debe decidir sin dilación si remitirá, al Consejo de Estado o al Tribunal de Casación según corresponda el asunto. Una vez reenviada se suspenderá el proceso y debe de aguardar por la resolución del Consejo Constitucional. Ahora bien, una vez que el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación hayan recibido por parte del juez, el asunto tienen 3 meses para decidir si envían al Consejo Constitucional el asunto, hecho esto deberán suspender cualquier acto del proceso y esperar su resolución. Finalmente, el Consejo Constitucional dispone de un plazo de 3 meses desde que recibió el reenvío para poder pronunciarse. Así, deberá notificar al Presidente de la República, al Primer ministro y a los presidentes de la asamblea nacional y del senado, para que realicen sus observaciones. Finalmente, cabe mencionar que se faculta, en una audiencia que es pública, a las partes para presentar contradictoriamente sus observaciones ante el Consejo Constitucional.⁴⁷ Por último se debe mencionar que no cabe recurso alguno en contra de las determinaciones del Consejo Constitucional, por lo cual las mismas tienen el carácter de definitivo.

De lo expuesto, podemos afirmar que en Francia rige un sistema de control constitucional concentrado, a cargo del Consejo Constitucional Frances.

⁴⁷ CÁRDENAS, Agustín Alejandro, *Control de Constitucionalidad a Posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio colectivo de argumentos*, consultado en la página del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM en junio de 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/27/ard/ard2.pdf>

V. ENTIDADES TERRITORIALES

Las Entidades Territoriales de la República se integran por: *i*) las regiones, *ii*) los departamentos y *iii*) los municipios. Asimismo, por las entidades con estatuto particular y las entidades de ultramar. Las entidades son independientes en cuanto se les prohíbe ejercer tutela una sobre otra (artículo 72).

La constitución prevé diferentes aspectos de las Entidades: *i*) En el electoral: dentro de cada Entidad se faculta a los electores para ejercer dentro de cada una el derecho de petición y pueden solicitar la inclusión del orden del día en cada entidad, asimismo, se prevé la posibilidad de refrendar las decisiones (artículo 72-1); *ii*) En materia fiscal: por ley se determinará qué pueden, producto de los impuestos, recibir, además se establece que si se pacta la transferencia de competencias fiscales entre las Entidades y el Estado, irá acompañada de la atribución de recursos equivalentes a los que estaban consagrados para su ejercicio (artículo 72-2); *iii*) En relación a la aplicación de la ley: en los departamentos y regiones de ultramar, las leyes y reglamentos son aplicables de pleno derecho, sin embargo, pueden adaptarse a las características y obligaciones particulares de esas Entidades y excepcionalmente, estas entidades, para desarrollar sus particularidades, podrán establecer las reglas aplicables sobre su territorio⁴⁸ (artículo 73). Las entidades ultramarinas tienen un estatuto que considere sus intereses.⁴⁹ Además, en las entidades con autonomía la ley organiza el control jurisdiccional que ejerce el Consejo de Estado, las facultades de la Asamblea deliberante, para modificar una ley promulgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Entidad (artículo 74). Finalmente, la constitución establece la participación en la Unión Europea de la República Francesa. Destaca que para poder someter a ésta un proyecto de ley europea, el Gobierno debe someter a la Asamblea Nacional y al Senado, los proyectos y cada Cámara parlamentaria instituirá una comisión encargada de los asuntos europeos (artículo 88-4). Asimismo, para autorizar la ratificación de un tratado relativo a la adhesión de un Estado a la Unión Europea, deberá

⁴⁸ Sin embargo, no pueden regular: la nacionalidad, los derechos cívicos, las garantías de libertades públicas, el estado y la capacidad de las personas, la organización de la justicia, el derecho penal, el procedimiento penal, la política exterior, la defensa, seguridad y orden público, moneda, crédito y cambios, así como al derecho electoral. Esta lista se puede ampliar por ley orgánica. (artículo 73).

⁴⁹ En éste se regulará: *i*) Las competencias de esta entidad; *ii*) Su organización y funcionamiento de las instituciones y el régimen electoral de su asamblea deliberante; *iii*) la forma para que sean consultadas sobre proyectos de normas que les afecten (artículo 74).

someterse a referéndum por el Presidente de la República, salvo que cada Cámara por mayoría de las tres quintas partes autorice su adopción (artículo 88-5).

VI. CONCLUSIÓN

El sistema constitucional francés presupone una constitución escrita. Existe distinción en el Poder Ejecutivo entre las funciones de su Presidente y el Gobierno. Cuenta con un Poder Legislativo integrado por un Parlamento. Su forma de gobierno es semipresidencialista, aunque con una marcada fuerza del Poder Ejecutivo sobre el parlamento. Por lo que respecta a su poder Judicial, a nivel constitucional, se encuentra integrado por un Consejo Superior de la Magistratura que la integran la Sala de Magistrados y la Sala de Fiscales. Asimismo, cuenta con un control concentrado de la constitución a cargo del Consejo Constitucional. Es un sistema liberal, por su respeto a los derechos humanos. Democrático, presupone el sufragio de los cargos del Ejecutivo y Legislativo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional de Francia, sitio de Internet oficial, consultado en junio de 2013 <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>.
- , consultado en junio de 2013: <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/organos.asp>
- , consultado en junio de 2013: <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/procedimiento.asp>
- CÁRDENAS, Agustín Alejandro, *Control de Constitucionalidad a Posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio colectivo de argumentos*, consultado en la página del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM en junio de 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/27/ard/ard2.pdf>
- Consejo de Estado Francés, sitio oficial, texto en español, consultado en junio de 2013, <http://www.conseil-etat.fr/es/>
- Consejo Económico, Social y Medioambiental, sitio de Internet oficial, en francés, consultado en junio de 2013, <http://www.defenseurdesdroits.fr/sinformer-sur-le-defenseur-des-droits>

FAVOREU, Louis, MAUS, Didier y JEAN-LUC (directores) *La escritura del Poder Ejecutivo de la Constitución francesa de 1958*, México, IJ-UNAM, 2006.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1999.

Gobierno de Francia, Sitio de Internet oficial, en francés, consultado en junio de 2013 <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/composition-du-gouvernement>

HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tr. del francés por José Antonio González, España, Ariel, 1971.

OSPINA MEJÍA, Laura, *Breve aproximación al "Bloque de Constitucionalidad" en Francia*, consultado en línea en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en junio de 2013, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

Judicatura Francia, sitio oficial, texto en francés, consultado en junio del 2013, <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/>

Senado de Francia, Sitio de Internet oficial, en francés, consultado en junio de 2013 http://www.senat.fr/reglement/reglement_mono.html

Normas Consultadas:

Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958. Última reforma de 23 de julio de 2008. Traducida al español por la Dirección de Prensa, Información y Comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Departamento de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional de Francia. Reglamento del Senado y general de la oficina, de 1958, texto en francés.

EL PRIMER BIENIO DE GOBIERNO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO (1812-1814): EL DEBATE ENTRE EL PASADO Y EL FUTURO JURÍDICO-POLÍTICO DEL PAÍS

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO¹

La entrada de la Nueva España a la vida constitucional significó, como un rito de paso, el cambio de un *status* vital al siguiente. Si estos rituales son importantes para señalar las jerarquías sociales, los valores y las creencias más importantes en una cultura, su trascendencia fue mayúscula para un pueblo que tenía que dejar el antiguo régimen, contra su voluntad, para adentrarse en uno moderno.

Alamán consideró que la Ley fundamental de 1812, tuvo efectos desastrosos para el poderío español en América.² En décadas recientes, Virginia Guedea declaró que “un código que pretendía crear un Estado unitario, mediante leyes iguales para todos los dominios españoles, no pudo darse en peor momento para el régimen colonial español”.³ Ciertamente, la entrada a la modernidad política y jurídica, según definieron las revoluciones francesa y estadounidense, no resultaría fácil para ningún país.

En el caso de la Nueva España, a las máximas autoridades encargadas de vigilar y acatar la entrada en vigor de la Constitución, independientemente de su contenido, les resultó sumamente inoportuna. El virrey Francisco Javier Venegas llegó a asumir su cargo apenas un par de días antes del Grito

¹ Investigador del INEHRM e investigador asociado de la Universidad del Sur de Florida.

² ALAMÁN, Lucas, *Historia de México: Desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, México, Publicaciones Herrerías, 1938, vol. III, pp. 127-8.

³ GUEDEA, Virginia, “Las primeras elecciones populares en la ciudad de México, 1812-1813”, en *Mexican Studies / Estudios Mexicanos*, vol. 7, no. 1, invierno, 1991, p. 5.

de Dolores y a diez días del inicio de las sesiones en las Cortes gaditanas. La suma de lo anterior a la llegada de un conjunto de leyes liberales y un Código Político moderno, para un país que se había concebido siempre como una colonia y que sólo conocía el sistema legal del antiguo régimen, le vinieron como una montaña muy difícil de escalar. Su sucesor, Félix María Calleja del Rey, fue electo en uno de los momentos más álgidos de la lucha contra las fuerzas de Morelos. A ninguno podían interesarle demasiado las novedades provenientes de la Península, mismas que, por cierto, todos, y ellos más que ningún otro, temían que fueran, en el mejor de los casos, transitorias o, en el peor, obra de las autoridades españolas al servicio de los invasores franceses. Los intendentes y comandantes militares también se resistieron a cumplir la Ley fundamental y los decretos liberales, bajo pretextos análogos en los territorios a su cargo.⁴ Los diputados americanos ante las Cortes gaditanas en general, y los novohispanos, en particular, fueron, en gran parte, los verdaderos responsables, como ha destacado Benson,⁵ de gestionar y hacer cumplir los cimientos del gobierno constitucional en México.

En el presente artículo nos interesa repasar las reacciones de autoridades y habitantes de la Nueva España, en el primer bienio que entraron en contacto con un régimen constitucional de gobierno, pues, aunque fuera a regañadientes, pudieron experimentar un rito de paso, si bien interrumpido, que sólo duró dos años y 46 días, en el primer periodo de vigencia de la Ley fundamental española de 1812.

El juramento de la Constitución se cumplió, como veremos, al pie de la letra, pues los mexicanos siempre han sido partidarios del boato y la fiesta. El clero también participó activamente en la jura e hizo varios llamados a los fieles a obedecer los artículos constitucionales, salvo en los casos de aquellos de índole liberal que ponían en entredicho sus facultades, como la libertad de imprenta o la clausura del Tribunal del Santo Oficio. Pero, en la mayoría de los casos, como apunta Ferrer Muñoz, sus llamados al cumplimiento de los principios del que algunos obispos llamaron "código santo", deben interpretarse como exhortaciones para que los fieles se conformaran, con la vía legal de las reformas y no pensarán en unirse a las

⁴ FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, UNAM, 1993, p. 18.

⁵ BENSON, Nettie Lee, "Conclusión", en Benson, Nettie Lee (ed.), *México y las Cortes Españolas, 1810-1822: Ocho ensayos*, México, Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1985, p. 223.

fuerzas insurgentes.⁶ Los rebeldes, por su parte, vieron con indiferencia general a la Constitución de 1812, pues consideraban que provenía de un cuerpo legislativo de origen ilegítimo. Más bien, señalaron la hipocresía de las autoridades que la juraron como ley suprema y luego la violaron.⁷

Los siguientes pasos para transitar por la senda constitucional no fueron tan sencillos. Por principio de cuentas, los virreyes se negaron a renunciar a su título, que desapareció en el Código Político doceañista, no sólo para cambiar por el de jefe político superior, sino para ser restringido en cuanto a sus facultades. De *alter ego* del rey, según el texto constitucional, se les colocó al mismo nivel de los jefes políticos de Nueva Galicia, Yucatán, San Luis Potosí, y de las Provincias Internas de Oriente y Occidente, por lo que dejaron de ser las máximas autoridades novohispanas. Aunque así se lo hicieron ver algunos, en diciembre de 1812, Venegas se escudó en un real acuerdo que le permitió conservar el primer puesto, en tanto no lograra sofocarse el movimiento rebelde. Más tarde, Calleja, con la misma excusa del combate a los insurgentes, pidió al fiscal civil y al militar que lo autorizaran a continuar en pleno uso de sus poderes virreinales, pasando por encima de la Constitución y los decretos de las Cortes.⁸

La Audiencia también pidió que se suspendiera el gobierno constitucional, en un largo *Informe* del 18 de noviembre de 1813, mientras no fueran resueltos los problemas desencadenados por los insurgentes y justificaron la permanencia del virrey como autoridad máxima. Mientras, pidieron rescatar las Leyes de Indias y que se adoptara un gobierno de mano más firme.⁹

Como veremos, desde entonces se padecieron los efectos del divorcio entre las realidades nacional y constitucional, que explicaría magistralmente Emilio Rabasa, exactamente un siglo después, en *La Constitución y la Dictadura* (1912). Aunque solamente estudió las leyes fundamentales mexicanas, a partir del primer contacto con un Código Político hubo un desajuste, debido al desconocimiento de la sociedad a la que se destinaba el nuevo traje constitucional. El mismo teórico constitucional explicó,

⁶ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 87.

⁷ *Ibidem.*, p. 35.

⁸ BENSON, Nettie Lee, "Introducción", en *ibidem*, pp. 14-5. Secretaría de Relaciones Exteriores, *La Constitución de 1812 en la Nueva España*, México, Archivo General de la Nación, 1912, vol. II, pp. 61-74 (en lo sucesivo, SRE, *Const. 1812*, seguido del volumen y la página correspondiente).

⁹ "Informe de la Audiencia de México", en *La Audiencia de México ante la rebelión de Hidalgo y el Estado de Nueva España*, Delgado, Jaime (ed.), Madrid, José Porrúa Turanzas, 1984.

que no se puede concebir el nacimiento de un pueblo a partir de una Ley fundamental, lo cual no significa que tampoco sirva para organizarlo, pues una Constitución es uno de los elementos que mejor contribuyen al mejoramiento de las sociedades, siempre y cuando tenga soporte en las condiciones del estado social, no contrariándolas, sino utilizándolas y obediéndolas.¹⁰ También esto último ocurrió, si bien limitadamente, en el bienio 1812-1814.

Las novedades más radicales introducidas por las Cortes de Cádiz, no sólo a partir de su Código Político, sino también de los decretos liberales que la precedieron, fueron las declaraciones de libertades y derechos ciudadanos, que a la mayoría de los novohispanos resultaban desconocidos y, para unos pocos, sonaban más a Inquisición que a modernidad. La lista completa de decretos preconstitucionales puede leerse más adelante. La Ley de 1812 no dedicó un capítulo sistemático al tema, pero en su artículo 4º se comprometía a defender y proteger la libertad civil, la propiedad “y los demás derechos legítimos de todos los individuos”. En otros artículos reconocía en forma explícita derechos de seguridad (artículo 247), de inviolabilidad de domicilio (artículo 306), de petición (artículo 373), de igualdad ante la ley (artículo 248) y la libertad de imprenta (arts. 131 y 371).¹¹

Sin embargo, aunque muchas de las libertades fueron ignoradas o aplicadas con restricciones en la Nueva España, el verdadero cambio constitucional consistió en ubicar al país en el tren de la modernidad. “Frente al mundo de la tradición, que mira siempre atrás y se inicia con ‘el antes’, la modernidad mira hacia adelante y arranca en consecuencia con ‘el después’”. Es decir, logró insertar a México dentro de la ideología del progreso,¹² ya que el derecho del antiguo régimen conservaba y reproducía el pasado, “ahora la ley sirve para planificar y construir el futuro”.¹³ Toda Constitución es una fórmula prescriptiva del deber ser político en busca de la conquista del porvenir.¹⁴

¹⁰ FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel, *Emilio Rabasa: Teórico de la evolución constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. 164-5.

¹¹ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 127.

¹² BURY, J. B., *The Idea of Progress*, Nueva York, Dover, 1955.

¹³ GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico e independencia política: Nueva España, 1808-México, 1821”, en *La Revolución Novohispana, 1808-1821*, Annino, Antonio (coord.), México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, Fondo de Cultura Económica, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, pp. 40-1.

¹⁴ *Ibid.*

Estudios más recientes afirman que el inicio de la Nueva España a la vida constitucional, no fue un fenómeno que confrontara lo nuevo y lo viejo, como ocurrió en Francia, sino, más bien, un proceso asimilativo. No hubo un verdadero choque entre la tradición virreinal y la modernidad gaditana porque su Código Político no llegó a ser, verdaderamente, moderno.¹⁵ Tampoco llegó a sustituirse por completo el orden consolidado en la *Recopilación* de 1680, sólo vino a yuxtaponerse con él, transformándolo en algo nuevo.¹⁶

Aunque no resultara tan evidente, ni siquiera para los liberales más radicales, como algunos diputados novohispanos en Cortes, el orden legal gaditano llevó a cabo una redistribución legal del poder político hacia nuevas autoridades. En virtud de su naturaleza, que Lorente llama jurisdiccionalista,¹⁷ la Constitución de Cádiz permitió institucionalizar legalmente la diversidad novohispana. Por eso, hay quienes afirman que esta Carta, en cierto sentido, se *mexicanizó* o, más bien, fue *mexicanizada* al permitir codificar, en un contexto nuevo, prácticas y discursos del pasado.¹⁸

LA JURA CONSTITUCIONAL

El 10 de mayo de 1812, Ignacio Pezuela, ministro de Gracia y Justicia de la Regencia, firmó el decreto relativo a la publicación solemne y a las formalidades, para el juramento de la Constitución Política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz por las Cortes Generales y Extraordinarias, el 19 de marzo, en ausencia y a raíz de la cautividad de Fernando VII.

Ya desde mediados de 1808, se habían realizado actos públicos para jurar lealtad a Fernando VII en el territorio de la Nueva España.¹⁹ La jura de una Constitución, aunque pareciera inusual, revestiría, lógicamente, caracteres muy similares. Fueron enviados 300 ejemplares de la suprema ley al virrey Venegas, con el encargo “de que al pie de cada uno de los

¹⁵ ANNINO, Antonio, “Introducción: La política en los tiempos de la Independencia”, en *ibid.*, pp. 16-8.

¹⁶ LORENTE SARIÑENA, Marta, “Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España: 1808-1821)”, en Annino, *op. cit.*, pp. 313-4, 345.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 333-4.

¹⁸ ANNINO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹ GORTARI RABIELA, Hira de, “Julio-agosto de 1808: ‘La lealtad mexicana’”, en *Historia Mexicana*, no. 153, jul.-sep., 1989, pp. 181-203.

ejemplares de decretos, Constitución y circular que se acompaña, se exprese la persona a quienes V. E. los dirija”,²⁰ con el propósito de que todas las autoridades hicieran el debido juramento constitucional. Anexo a los anteriores documentos, iba otro centenar de impresos del decreto de indulto general del 25 de mayo. El parecer unánime para la ceremonia, como lo expresó la sala capitular de la ciudad de México, fue “que el decoro y magnificencia pueden uniformarse a lo que se practica en las Juras de Nuestros Soberanos, por ser estos ejemplares los más análogos a la publicación de la Constitución, con las diferencias que exige la distinta naturaleza de este acto”.²¹ La propia sala informó que se gastarían entre 9 y 10 mil pesos en la ceremonia, aclarando que no se trataba de una cantidad elevada, pues en juras previas de soberanos se había gastado el doble o hasta el triple.²²

La ceremonia se llevaría a cabo el 30 de septiembre en la capital de la Nueva España, como se anunció por bando, del que se fijaron tres copias en lugares públicos, un par de días antes.²³ Por su parte, todos los vecinos debían adornar las fachadas de sus casas e iluminarlas de noche. Se colocarían, además, tres tablados debidamente adornados con un dosel en el que se exhibiría la imagen de Fernando VII, uno de ellos bajo la estatua ecuestre de Carlos IV, otro en la esquina opuesta a las Casas del Arzobispado y el último en las Casas de Cabildo. En cada uno de estos lugares, habría una orquesta para celebrar la ocasión y, como prueba de que esto no es propio de nuestros tiempos, “desde por la mañana una manga de granaderos que custodie la Real Efigie y sirva al propio tiempo de contener los desórdenes, que suele ocasionar la multitud de la concurrencia”.²⁴

A las ocho de la mañana del día señalado, se leyó la Constitución, popularmente conocida como *La Pepa*, por haberse promulgado el día de San José, en el salón principal del Real Palacio ante las autoridades, a la

²⁰ SRE, *Const. 1812*, vol. I, pp. 5-6. El 8 de septiembre, Venegas ordenó reimprimir la Constitución, por orden previa de la Regencia, lo cual llevó a cabo Manuel Antonio Valdés, Impresor de Cámara de S. M., único autorizado para realizar la tarea en la Nueva España. SRE, *Const. 1812*, “Proemio”, p. v, n. 1.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

²² *Ibidem*, p. 21.

²³ *Ibidem*, p. 30.

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

que siguió la celebración del *Te Deum* o misa de acción de gracias. Al terminar, se arrojaron dos mil pesos al pueblo.²⁵

Puesto que era un acto obligatorio, los funcionarios imposibilitados para hacer la jura constitucional, lo harían por escrito, como fue el caso de Silvestre Díaz de la Vega, que en carta al virrey Venegas, del 29 de septiembre, señaló que no le sería posible apersonarse en la ceremonia “con bastante sentimiento mío”, “a causa de haberseme fijado en el estómago el achaque crónico de la gota que padezco [pues] el día 1º de agosto próximo me sobrevino una descomposición de vientre de consideración, que me tiene privado de salir a la calle desde dicho día”.²⁶

Más grave fue el caso del arzobispo electo de México, Antonio Bergosa y Jordán, a quien tocaría, dos años después, la degradación de Morelos, que no le fue posible jurar la Constitución, precisamente, porque el llamado Rayo del Sur había tomado Oaxaca, el 25 de noviembre. En carta dirigida al virrey Calleja, el 22 de marzo de 1813, le pide jurarla “en sus manos, y dar cuenta a S. M. y mandar que a mí se me dé el correspondiente testimonio de ello”.²⁷

Un día después de la jura en la capital, salieron a provincia los ejemplares de la ley suprema española. Con el propósito de darle al acto “toda la solemnidad que tan digno e importante objeto requiere”, y a fin de que llegara la noticia a todos los súbditos —que ahora serían convertidos en ciudadanos—, en cada pueblo el jefe o juez local, señalaría el día para hacer la publicación, es decir, dar lectura en público a su texto, “en el paraje o parajes más públicos y convenientes, y con el decoro correspondiente y que las circunstancias de cada pueblo permitan”. Al terminar, habría repique de campanas, edificios iluminados y salvas de artillería. Al día

²⁵ “Exmo. Sor.- En virtud de la orden verbal que V. E. se sirvió darme ayer, de que se tiraran al pueblo dos mil pesos, mil en el tablado principal y quinientos en cada uno de los otros dos en que se publicó la nueva Constitución política de la Monarquía Española, hice que así se verificara; pero debiendo haber un comprobante en la cuenta de cargo y data que se lleva de los gastos de dicha publicación, como lo previenen las ordenanzas de esta N. C., espero que V. E. tenga la bondad de comunicarme por escrito su superior orden citada, para manifestarla mañana en la Junta que ha de celebrarse.- Dios gue. [sic] á V. E. ms. as. México, 1º de octubre de 1812.- Exmo. Sor.- *Ramón Gutiérrez del Mazo*.- (Rúbrica).- Exmo. Sor. D. Francisco Xavier Venegas.

(Minuta) Quedo enterado por el oficio de V. S. de esta fecha de que conforme a mi orden verbal, dispuso que se tiraran, como efectivamente se tiraron, al pueblo dos mil pesos después de publicada la Constitución política de la Monarquía en los tres parajes en que se verificó, y lo manifiesto á V. S. para su inteligencia y con el fin de que disponga se date dicha suma en la cuenta respectiva.- D. México, 1º de octubre de 1812.- Sr. Corregidor é Intendente de esta N. C.”. *Ibid.*, vol. II, pp. 34 y 35.

²⁶ *Ibidem*, vol. I, p. 29.

²⁷ *Ibidem*, p. 77.

siguiente, reunidos los vecinos de cada parroquia, junto con las autoridades locales, se celebraría una misa de acción de gracias, en la cual “se leerá la Constitución antes del ofertorio” por el cura párroco. Una vez terminada, prestarían el juramento constitucional todos los vecinos y el clero, bajo la fórmula siguiente:

¿Juráis por Dios y por los Santos Evangelios guardar la Constitución política de la Monarquía Española, sancionada por las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación, y ser fieles al Rey? A lo que responderán todos los concurrentes: Sí, juro; y se cantará el Te Deum.

Del acto debía enviar testimonio a la Regencia el jefe superior de cada provincia.²⁸

Al común de los novohispanos, la jura constitucional resultó una fiesta cívica tan parecida a las acostumbradas celebraciones, con motivo del ascenso de un nuevo monarca, que los reportes de júbilo fueron muy similares. Malinalco, el 20 de noviembre, envió el informe que se lee en seguida:

Acabada la salva de artillería y fusilería, resonaban por todo el pueblo los vivas y aclamaciones de nuestro Augusto y Amado Monarca el S. D. Fernando Séptimo, y en el acto de hacer el juramento los respectivos cuerpos, a la voz del comisionado se repetían gozosamente con tanta energía de palabra y elocuencia de frases, que más parecía un congreso de cortesanos que concurrencia de pueblo.²⁹

En Texcoco, se trató de innovar un poco la ceremonia, con elementos teatrales de alto simbolismo histórico y político, pues “salieron de los ángulos del tablado dos infantes vestidos a la española antigua, y presentando la Constitución a dos indios de su edad que estaban en traje de la nación, unidos la condujeron al heraldo para que la leyese”.³⁰

El 14 de agosto de 1812, se ordenó que, en lo sucesivo, se denominara “Plaza de la Constitución” a todos los lugares en los que se había realizado el solemne juramento, y que así se expresara, para perpetua memoria, en una lápida o placa, mandato que el virrey Calleja hizo público hasta el

²⁸ *Ibidem.*, p. 3.

²⁹ *Ibidem.*, p. 74.

³⁰ *Ibidem.*, p. 76.

22 de mayo de 1813.³¹ Rafael de Alba,³² anotador de los documentos que con motivo del primer centenario de la Constitución de Cádiz en la Nueva España, publicaron el Archivo General de la Nación y la Secretaría de Relaciones Exteriores, buscó testimonios relativos al emplazamiento de esta placa en nuestra Plaza Mayor, pero no encontró un documento oficial ni noticias periodísticas al respecto. Cita entonces a Alamán, quien asegura que se fijó “una lápida con una inscripción que así lo expresase”. Lo mismo afirma José María Marroquí en *La Ciudad de México*, diciendo que el acto tuvo lugar en 1813, y se colocó la lápida en la pared del Palacio, debajo de la cornisa del primer cuerpo, en la mitad del espacio que existe entre las puertas principales y de la Presidencia, con tres ventanas a cada lado, de las seis que se encuentran en dicho espacio. Y agrega:

Natural cosa parecía que se quitaran cuando se quitaron los escudos reales de todas las oficinas y establecimientos públicos en donde los había; mas no fue así: por olvido, tal vez, permaneció allí largo tiempo, y vino a desaparecer hasta el año de 1843 en que el General D. Antonio López de Santa Anna mandó pintar la fachada del Palacio; los pintores pasaron sobre ella las brochas y borraron la letra, pero el relieve de la lápida se conserva todavía. El Ayuntamiento de la Ciudad, sin que sepamos por qué, en estos últimos años le ha resucitado ese nombre, colocándole en la esquina de sus casas que da a la Monterilla, en una lápida de menos que mediana dimensión, de fondo azul con letras blancas de bajo relieve.

No sólo las autoridades debían jurar la Constitución, también la totalidad de las corporaciones del reino, siendo necesario que enviaran una constancia del acto a la Regencia.

Al día siguiente de la jura, en todas las poblaciones se debía realizar una visita general de cárceles por los tribunales respectivos, para aplicar el indulto a los presos por delitos que no merecieran pena corporal y a los que, en el mismo caso, prestaran fianza de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 296 de la Constitución.³³

El sentimiento de júbilo de cara a la nueva era constitucional, al menos entre autoridades menores de la Nueva España, queda reflejado en los motivos del siguiente brindis, celebrado y registrado el 15 de octubre,

³¹ *Ibidem.*, pp. 91-3.

³² *Ibidem.*, vol. II, pp. 91 y 92, n. 1.

³³ *Ibidem.*, vol. I, pp. 3-4.

en las palabras del arcediano de la Catedral metropolitana ante los reales ejércitos, que pidió levantar las copas por los siguientes motivos:

1. Los diputados de Cortes, “que con tanto riesgo como acierto y constancia, han dado a la Monarquía Española la deseada Constitución política”;
2. “Por la pronta libertad de Fernando VII, para que venga a reinar en un pueblo más generoso y libre que el que heredó de sus mayores”;
3. “Por la sincera alianza de la nación británica con la española, para que la unión de los amigos sirva de ejemplo a la unión de los hermanos”;
4. “Por la salud del Santo Padre Pío VII, para que libre del apóstata que lo oprime [y] llene de bendiciones y favores a la España Católica, Apostólica, Romana”;
5. “Por el Lord Wellington, Duque de Ciudad Rodrigo y su amigo el General Castaños”;³⁴
6. “Por los Generales Ballesteros, Espoz y demás héroes españoles”;
7. “Por el Capitán General de la Nueva España, sus jefes, oficiales y soldados, conservadores de este reino”;
8. “Por el Comandante del Batallón 1º Americano D. Ramón Monduí y sus oficiales, tan generosos en esta mesa como valientes en campaña”; y
9. “Por la libertad de imprenta, para que su uso moderado ilustre la religión y las ciencias en todos los dominios de España”.

El acto simbólico final también quedó registrado en esta crónica de los festejos posteriores a la jura de la Constitución:

Por último, llamando dicho Señor Arcediano a un soldado español del Batallón 1º Americano y a un dragón mexicano del Regimiento de España, que estaban inmediatos, dándoles un vaso de vino blanco al uno e igual de tinto al otro, hizo que mezclasen ambos y enlazando las diestras los recibieron gritando *¡Viva la unión de ambas Españas!*, cuyo brindis fue correspondido con generales vivas.³⁵

³⁴ Francisco Javier Castaños Aragorri Urioste y Olavide, duque de Bailén (1758-1852), destacado militar durante la Guerra de Independencia española y presidente del Consejo de Regencia (1810-1813).

³⁵ SRE, *Const. 1812*, vol. I, p. 63.

La carta gaditana, como vimos, parecía ser capaz de imponer el orden por arte de magia o, bien, al parecer, así se quería presentar a los ciudadanos. En la Nueva Galicia, su comandante general e intendente, José de la Cruz, al momento de jurar la Constitución, dirigió un breve discurso a los pobladores, en el que presentó el orden constitucional como único remedio al “caos” desatado por los insurgentes:

Habitantes de la Nueva Galicia, fieles moradores de esta capital: Los corifeos de la rebelión, alucinándoos con el prestigio impostor de la libertad, sólo os dieron a conocer los terribles efectos del más fatuo y criminal libertinaje. Visteis enteramente desquiciados todos los principios sociales, entronizadas las más detestables pasiones, saqueadas y dilapidadas las fortunas del ciudadano indefenso, y coronados todos los delitos con la más abundante y lastimosa efusión de sangre inculpable. En contraposición de tan abominables principios, os presenta la Nación congregada en Cortes Generales y Extraordinarias, por el órgano de vuestro Jefe militar y político, el libro santo de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA, ese libro de oro a cuya formación habéis concurrido por medio de vuestros Diputados y que es el más seguro garante de vuestra sólida y verdadera libertad, aquélla que, cimentada en el cumplimiento de las leyes, es la única compatible con la existencia del cuerpo social. Habitantes de Guadalajara: al celebrar la publicación solemne de tan sabia, humana y liberal CONSTITUCIÓN, es preciso os conforméis en todo al espíritu que ella misma debe inspiraros. Abandonaos en hora buena a todo el regocijo, a todo el entusiasmo que es justo os cause vuestra nueva organización política; pero acordaos que en circunstancias tan satisfactorias y plausibles, tenéis aún que deplorar la obstinación de no pocos de vuestros hermanos errantes, que siguen obcecados en su insensata rebelión, que con idea tan acerba y congojosa, y sobre todo con las costumbres y cultura de un pueblo tan ventajosamente constituido, son incompatibles las diversiones tumultuosas, el desacato, el desaseo y las faltas de regularidad y buen orden.³⁶

Una descripción más detallada del ambiente festivo y el ornato que precedió a la jura constitucional, puede leerse en el apéndice.

A pesar de cumplir al pie de la letra las órdenes para jurar la Constitución, en muchos lugares no entró en vigor hasta que las autoridades recibieron orden expresa del virrey, seguramente ignorando que el título de éste había cambiado por el de jefe político superior y que, por lo tanto, los otros jefes políticos tenían facultad para ordenar su vigencia, sin necesidad de mandato de otra autoridad en la Nueva España.³⁷

³⁶ *Ibidem.*, pp. 78-9.

³⁷ CUNNIFF, Roger L. “Reforma electoral en el municipio, 1810-1822”, en Benson, *op. cit.*, pp. 80-5.

LIBERTADES, SÍ, PERO SÓLO LAS CONVENIENTES

Al momento de convocar diputados a las Cortes Generales y Extraordinarias, el Consejo de Regencia no tenía planeado organizar un congreso constituyente. Su principal objetivo consistía en coordinar los esfuerzos para mantener con vida la monarquía.³⁸ Sin embargo, pronto cayó en cuenta de que los movimientos rebeldes en las colonias americanas eran consecuencia, en gran parte, de reformas que no se habían realizado. A pesar de las buenas intenciones, en la Nueva España sólo se aplicaron aquellas que las autoridades consideraron convenientes y en el momento que vieron más oportuno.

El primer decreto, que eximía de tributos a los indios y ordenaba que se hiciera reparto de tierras entre ellos a la brevedad, haciendo extensiva la orden a negros y castas, fue promulgado el 26 de mayo de 1810, por el intendente Riaño, antes que el virrey Venegas, pues decidió publicarlo en Guanajuato, el 26 de septiembre, en un claro afán por contener el estallido insurgente, un día antes de que Hidalgo intimara la entrega de la ciudad. Venegas, por su parte, lo publicó hasta el 5 de octubre, con propósitos similares,³⁹ pidiendo que se publicara, incluso, “en idioma mexicano”.⁴⁰ Huelga decir que, en lugar de aplacar la violencia rebelde, en todos los lugares en que se conoció fue objeto de burlas e ignorado olímpicamente.

Los siguientes decretos liberales, ya promulgados por las Cortes de Cádiz desde principios de 1811, fueron prolijos y de temas variados pues concedieron libertades previas a la Constitución o bien, ampliaron y explicaron las que contenían sus artículos. Empero, no hay constancia que pruebe que los virreyes Venegas y Calleja publicaran cerca de un tercio de ellos, por lo que resulta altamente probable que jamás entraran en vigor.⁴¹ Entre los que, al parecer, quedaron archivados, están los siguientes:

1. Decreto de 5 de enero de 1811, en que se prohíben las vejaciones hechas hasta aquí a los indios.⁴²

³⁸ BENSON, “Introducción”, *Ibid.*, 1985, p. 10.

³⁹ SRE, *Const. 1812*, vol. I, p. 79 y n. 1.

⁴⁰ *Ibidem.*, vol. II, pp. 287-90. Venegas justificó su demora en publicar el decreto de la Regencia, porque antes debía consultar a personas sabias, con el propósito de saber si la gracia podía extenderse a las castas. Hernández y Dávalos, Juan Evaristo, *Colección de documentos para la historia de la Guerra de Independencia de México*, UNAM, 2007, t. II, p. 70.

⁴¹ SRE, *Const. 1812*, vol. I, p. 82, n. 1.

⁴² *Ibidem.*, pp. 82-3.

2. Decreto de 12 de marzo de 1811, sobre varias medidas para fomento de la agricultura e industria en América.⁴³
3. Decreto de 13 de marzo de 1811, sobre que se extiende a los indios y castas de toda la América, la exención del tributo concedida a los de Nueva España; se excluye a las castas del repartimiento de tierras concedido a los indios y se prohíbe a las Justicias el abuso de comerciar con el título de repartimientos.⁴⁴
4. Decreto de 16 de abril de 1811, sobre libertad del buceo de la perla y de la pesca de la ballena, nutria y lobo marino en todos los dominios de Indias.⁴⁵
5. Decreto de 22 de abril de 1811, sobre abolición de la tortura y de los apremios y prohibición de otras prácticas afflictivas.⁴⁶
6. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 29 de enero de 1812, sobre habilitación de los españoles oriundos de África para ser admitidos en universidades, seminarios, comunidades religiosas, etcétera.⁴⁷
7. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 13 de septiembre de 1813, sobre los tribunales que han de conocer de los asuntos contenciosos de la Hacienda Pública.⁴⁸
8. Decreto de 14 de septiembre de 1813, sobre supresión de la Nao de Acapulco y varias medidas en favor del comercio de las islas Filipinas con Nueva España.⁴⁹
9. Decreto de 29 de octubre de 1813, sobre libertad de derechos por diez años a los puertos de Tonalá y Tapachula.⁵⁰
10. Decreto de 29 de noviembre de 1813, sobre que se admite y aprueba el proyecto de población y cultivo, propuesto por D. Ricardo Raynal Keene en la provincia de Tejas.⁵¹
11. Decreto de 17 de marzo de 1814, sobre desestanco del tabaco.⁵²

⁴³ *Ibidem.*, pp. 86-7.

⁴⁴ *Ibidem.*, pp. 87-8.

⁴⁵ *Ibidem.*, pp. 88-9.

⁴⁶ *Ibidem.*, pp. 89-90.

⁴⁷ *Ibidem.*, pp. 106-7.

⁴⁸ *Ibidem.*, pp. 130-4.

⁴⁹ *Ibidem.*, pp. 134-5.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 135.

⁵¹ *Ibidem.*, pp. 135-6.

⁵² *Ibidem.*, pp. 137-40.

En cambio, hay constancia de que se publicaron y entraron en vigor los siguientes decretos:

1. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 26 de enero de 1811, sobre libertad del comercio del azogue.⁵³
2. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 9 de febrero de 1811, en que se declaran algunos derechos de los americanos.⁵⁴
3. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 17 de agosto de 1811, sobre admisión de todos los hijos de españoles honrados en los colegios militares y en las plazas de cadetes, sin exigirles pruebas de nobleza.⁵⁵
4. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 6 de agosto de 1811, sobre incorporación de señoríos jurisdiccionales a la Nación y abolición de privilegios exclusivos y del vasallaje.⁵⁶
5. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 26 de septiembre de 1811 y Real Orden de 14 de febrero de 1812, sobre libre fabricación y venta de naipes.⁵⁷
6. Bando del virrey Venegas, con el Real Decreto de 1811, sobre observancia de los decretos del Congreso Nacional.⁵⁸
7. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 7 de enero de 1812, que suprimió el paseo del Pendón.⁵⁹
8. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 14 de enero de 1812, sobre abolición de las leyes y ordenanzas de montes y plantíos.⁶⁰
9. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 17 de enero de 1812, sobre la abolición de los estancos menores en la Nueva España.⁶¹
10. Bando del virrey Venegas con el Real Decreto de 24 de enero de 1812, sobre la abolición de la pena de horca.⁶²

⁵³ *Ibidem.*, p. 83.

⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 90-1.

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 91-3.

⁵⁶ *Ibidem.*, pp. 93-5.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 96-8.

⁵⁸ *Ibidem.*, pp. 98-100.

⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 100-2.

⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 102-3.

⁶¹ *Ibidem.*, pp. 104-5.

⁶² *Ibidem.*, pp. 105-6.

11. Decreto de 9 de noviembre de 1812, sobre abolición de las "mitas" y otras medidas a favor de los indios.⁶³
12. Bando del virrey Calleja con la Real Orden de 15 de noviembre de 1812, sobre reparto de tierras a los indios.⁶⁴
13. Bando del virrey Calleja con la Real Orden de 22 de enero de 1813, y Real Decreto de 7 del mismo mes y año, sobre reducción de baldíos y otros terrenos comunes a dominio particular.⁶⁵
14. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 9 de marzo de 1813, sobre que en los colegios, academias y cuerpos del ejército y armada no se admitan informaciones de nobleza ni haya distinciones perjudiciales.⁶⁶
15. Bando del virrey Calleja con la Real Orden de 2 de abril de 1813, sobre libre introducción y extracción de utensilios, herramientas, máquinas, etcétera.⁶⁷
16. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 26 de mayo de 1813, sobre destrucción de los signos de vasallaje.⁶⁸
17. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 8 de junio de 1813, sobre libre establecimiento de fábricas y libre ejercicio de industrias útiles.⁶⁹
18. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 8 de junio de 1813, sobre fomento de la agricultura y ganadería.⁷⁰
19. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 8 de junio de 1813, sobre establecimientos de cátedras de Economía Civil y escuelas prácticas de Agricultura.⁷¹
20. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 10 de junio de 1813, sobre propiedad literaria.⁷²
21. Bando del virrey Calleja con la Real Orden de 14 de junio de 1813, en que se recuerda que está vigente una ley de Carlos III,

⁶³ *Ibidem.*, pp. 108-9.

⁶⁴ *Ibidem.*, pp. 109-1.

⁶⁵ *Ibidem.*, pp. 111-5.

⁶⁶ *Ibidem.*, pp. 115-7.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 117.

⁶⁸ *Ibidem.*, pp. 118-9.

⁶⁹ *Ibidem.*, pp. 119-20.

⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 120-3.

⁷¹ *Ibidem.*, pp. 123-4.

⁷² *Ibidem.*, pp. 124-5.

conforme a la cual deben ser castigados los eclesiásticos, que en el púlpito o en conversaciones privadas denigren a las Cortes.⁷³

22. Bando del virrey Calleja con el Real Decreto de 17 de agosto de 1813, sobre supresión de la pena de azotes.⁷⁴

23. Decreto de 26 de marzo de 1814, sobre que se habilita para el comercio el puerto de Guaymas.⁷⁵

El colmo del cinismo de ambos virreyes consistió en que, durante su gobierno, Venegas publicara el Bando con el Real Decreto de 1811, sobre observancia de los decretos del Congreso Nacional, que siguió vigente durante el mandato de su sucesor, en el que se ordenaba:

Que todo empleado público, civil o militar, que después de tercero día del recibo de una ley o decreto del Congreso Nacional, retardase su cumplimiento en la parte que le toque, quedará por el mismo hecho privado de su empleo, pasando inmediatamente el Consejo de Regencia a hacer su provisión en otra persona, sin perjuicio de proceder a lo demás que haya lugar.⁷⁶

La libertad que se manipuló primero y se coartó después, de la manera más arbitraria, fue la de imprenta. El decreto de las Cortes la aprobó el 10 de noviembre de 1810, aunque no de forma irrestricta: daba por terminados los juzgados de imprenta y permitía a toda corporación o particular, sin importar sus circunstancias, escribir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia o permiso previo. De cualquier modo, autores e impresores seguían siendo responsables del abuso de esta facultad en caso de libelos infamatorios, escritos con calumnias o subversivos contra las leyes fundamentales de la monarquía, o contrarios a la moral pública y las buenas costumbres; y los escritos religiosos seguían sujetos a la censura previa de los ordinarios eclesiásticos. Se crearían Juntas Supremas de Censura en la capital y fuera de España, estas últimas compuestas por nueve individuos, de los cuales tres serían eclesiásticos y, el resto, seculares, todos ellos "instruidos y que tengan virtud, probidad y talento".⁷⁷

⁷³ *Ibidem.*, pp. 126-9.

⁷⁴ *Ibidem.*, pp. 129-30.

⁷⁵ *Ibidem.*, p. 140.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 99.

⁷⁷ *Ibidem.*, vol. I, pp. 111-4.

El decreto fue conocido y aprobado por el cabildo de la capital novohispana el 21 de enero siguiente, pero ignorado por Venegas desde entonces. Su proceder lo aprobó la Audiencia, el cabildo metropolitano, los obispos (con excepción de Bergosa Jordán, de Oaxaca) y los intendentes de Guanajuato, Oaxaca, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas,⁷⁸ en contra se pronunciaron los intendentes de Guadalajara y Valladolid (Morelia). La mayoría temía que los primeros en aprovechar la libertad de imprenta para sus fines, serían los insurgentes, en lo cual no se equivocaban; los pocos que la favorecían, sostenían que, de no aprobarse, los seguidores de Hidalgo tendrían más argumentos para justificar su revuelta y, a fin de cuentas, en caso de abuso, la Junta de Censura aplicaría sanciones.

Pero al entrar en vigor la Constitución, no fue posible ofrecer nuevos pretextos, pues su artículo 371 la consagraba. Se estableció la Junta de Censura en la ciudad, presidida por el canónigo José Mariano Beristáin, ferviente realista y enemigo jurado de la insurgencia, que llegó a publicar periódicos como *El Amigo de la Patria* y *El Verdadero Ilustrador Americano*; con José María Fagoaga como vicepresidente, que, a diferencia de Beristáin, simpatizaba con los rebeldes.⁷⁹ Así, después de casi tres siglos de un riguroso control sobre todo material impreso, la libertad de imprenta se hizo realidad en la Nueva España.

Pero el gusto sólo duró un par de meses. Bajo el pretexto de que Fernández de Lizardi, en el número 9 de *El Pensador Mejicano*, lo había insultado, Venegas suspendió la libertad de imprenta, el 5 de diciembre, hasta nuevo aviso; también ordenó, a pesar de que la censura previa estaba prohibida, que la Junta de Censura examinara todo lo que fuera a pasar bajo los tórculos. En realidad, la supuesta felicitación por su cumpleaños, en que *El Pensador* parecía llamarlo "átomo despreciable", fue la gota que derramó el vaso, pues el virrey ya se sentía ofendido porque los criollos habían arrasado en las elecciones de noviembre, y se habían escuchado gritos que, entre otras cosas, decían: "¡Vivan los escritores de *El Juguetillo* y de *El Pensador Mejicano*, porque dicen sin ambages la verdad!"⁸⁰ El autor del primer periódico, Carlos María de Bustamante, puso tierra de por

⁷⁸ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 164; y NEAL, Clarice, "La libertad de imprenta en Nueva España, 1810-1820", en Benson, *op. cit.*, pp. 97-103.

⁸⁰ SRE, *Const. 1812*, vol. I, pp. 103-4.

medio y pronto se unió a los insurgentes; Fernández de Lizardi, terminó en la cárcel.

A pesar de las órdenes de las Cortes de Cádiz y de las gestiones del diputado novohispano Ramos Arizpe, la libertad de imprenta no se restableció hasta 1820, pues Calleja la mantuvo suspendida bajo el pretexto de que, en caso de aplicarla, favorecería a los insurgentes.⁸¹ La Audiencia, en su *Informe* del 18 de noviembre de 1813, también aseguró que “no se puede ejecutar actualmente sin trastornar el Estado”.⁸² Por último, no menos importante resulta mencionar que, en el mismo periodo, circularon en la Nueva España gran cantidad de escritos no censurados, provenientes de España y otros países, sobre todo de Inglaterra y los Estados Unidos, con noticias de los movimientos rebeldes del resto de América, el *Diario de las discusiones y actas de las Cortes* españolas, así como otras publicaciones, gracias a los cuales los habitantes de la Nueva España siguieron al tanto de los sucesos del exterior.⁸³

UNA PROBADA DE JUSTICIA MODERNA

Fiel a los principios liberales, las Cortes gaditanas introdujeron en su Código Político la división de poderes, en sus artículos 15 a 17, confiando la potestad judicial a los tribunales establecidos en su texto, por lo que sería necesario limitar las facultades de ciertas instituciones que desbordaban este principio, como la Audiencia. Así, por mandato del artículo 263, resultó convertida en un simple tribunal de alzada.

Como recuerda Ferrer Muñoz, la *Real Ordenanza de Intendentes* de 1786, ya había deturpado sus prerrogativas, como las apelaciones en el ramo de hacienda, las cuales reservó a la Junta Superior de Real Hacienda.⁸⁴ No obstante, el prestigio de la Audiencia, lejos de sufrir alguna merma, continuó en crecimiento, como lo demostró al resolver la crisis de 1808, si bien no siempre actuando en apego a la legislación indiana. El virrey, transformado en jefe político superior por el artículo 324 de la Constitución

⁸¹ NEAL, *op. cit.*, p. 106.

⁸² “Informe de la Audiencia de México”, *cit.*, pp. 33-4, párrafos 8 y 9.

⁸³ NEAL, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁴ FERRER MUÑOZ, Manuel, “El fin del orden constitucional en la Nueva España. Problemas en la organización de justicia”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 21, no. 21, 1997, p. 129.

doceañista, aunque en la Nueva España esto se ignoró, como hemos visto, también perdió sus atribuciones en materia judicial.

Pero antes de la entrada en vigor de la *Pepa*, las Cortes publicaron un *Reglamento de audiencias y juzgados de primera instancia*, el 9 de octubre de 1812, que daba por terminada la administración de justicia del antiguo régimen y, por lo tanto, declaraba extintos los tribunales especiales. Al establecerse los nuevos juzgados para resolver asuntos de la esfera civil y criminal, también desaparecían, de hecho, otras jurisdicciones ordinarias inferiores, como el juzgado de provincia.⁸⁵

Uno a uno, se fueron desvaneciendo tribunales vetustos como el Juzgado General de Indios, pero otros, como la Acordada y la Inquisición, buscaron la forma de subsistir dentro del régimen constitucional.

El tribunal de la Acordada, que sustituyó en 1710 a la Santa Hermandad, tenía el deber de perseguir y castigar a delincuentes en zonas rurales, aplicando procesos de justicia sumaria. Puesto que no se le mencionó expresamente en ningún decreto, su juez interino, Juan José Flores Alatorre, presentó a Venegas, el 29 de octubre, una *Instrucción* para sus dependientes foráneos, en la cual sugería reformas para que sus procedimientos se adecuaran a los artículos sobre justicia criminal (286 a 308), de la Ley fundamental gaditana.⁸⁶ Sin embargo, el Real Acuerdo determinó que, a pesar de la reforma que se proponía, la existencia del tribunal resultaba incompatible con el artículo 248, que expresamente ordenaba que desaparecieran las jurisdicciones especiales, y en este sentido resolvieron.⁸⁷ La Acordada llegó a su fin entonces, pues al restablecerse el régimen absolutista, en 1814, su presupuesto había sido distraído para otros fines y su local convertido en depósito de tabaco.

Según Alamán, en cuanto se juró la Ley fundamental de 1812, el tribunal del Santo Oficio dejó de funcionar,⁸⁸ pero la evidencia documental lo desmiente.⁸⁹ Fue hasta el 8 de junio de 1813 cuando el virrey Calleja acató el decreto respectivo de las Cortes de Cádiz y ordenó su clausura. El mismo día les hizo llegar a los inquisidores la orden de leer su manifiesto

⁸⁵ *Ibidem.*, pp. 131-2.

⁸⁶ SRE, *Const. 1812*, vol. II, pp. 297-301.

⁸⁷ *Ibidem.*, pp. 302-4.

⁸⁸ ALAMÁN, *op. cit.*, vol. V, pp. 14-5.

⁸⁹ SRE, *Const. 1812*, vol. II, pp. 3-25.

a la nación en todas las parroquias, junto con los decretos de secuestro de bienes y la orden de remover sus cuadros y tablillas de todas las iglesias.⁹⁰

El arzobispo electo de México, nombrado por la Regencia, Antonio Bergosa y Jordán, apenas un par de días después, publicó una carta pastoral anunciando que la Carta de Cádiz, partía de la indiscutible permanencia de la religión católica y que al quedar restablecidas las facultades de los obispos y jueces reales para perseguir herejes, la fe permanecería ileso.⁹¹

Lo curioso es que ni los realistas ni los insurgentes, en general, parecían concebir su fe sin tribunales inquisitoriales. En Cádiz, el diputado Antonio Joaquín Pérez, representante por Puebla, propuso un nuevo debate para restablecer el Santo Oficio. Carlos María de Bustamante, en el No. 24 del *Correo Americano del Sur* (del 5 de agosto de 1813), escribió que la clausula de este tribunal le parecía la prueba más fehaciente de que España estaba en manos de los invasores:

muchas y muy repetidas sospechas ha tenido la nación para persuadirse, de que el gobierno de Cádiz es un agente inmediato de Napoleón Bonaparte, que intenta sojuzgarnos y corromper la moral pura de nuestros padres; pero ninguna le ha convencido más de esta verdad, elevándola a la clase de demostración de fuerza irresistible, como la extinción del tribunal de la Inquisición: este era el muro de bronce contra el que se estrellaban las olas impetuosas de la herejía: el antídoto saludable contra el veneno que se nos procuraba administrar en copa de oro; la centinela que velaba sobre la casa del Dios de Israel, y el apoyo del trono que aseguraba a los ciudadanos la posesión de la fe de sus mayores.⁹²

En su mayoría, las críticas de los insurgentes enderezadas contra la Inquisición, se referían al uso político que le daba a sus facultades, pero no al tribunal en sí.⁹³

Una vez restablecido el Santo Oficio en todo el imperio, el 21 de julio de 1814, el arzobispo se adelantó a Calleja por medio de un edicto del 31 de diciembre, en el que agradecía su reposición, sin dejar de aclarar que había obedecido su deceso, sólo para no crear más problemas al reino, y pedía a los fieles que volvieran a presentar sus denuncias.⁹⁴ No dejó

⁹⁰ TORRES PUGA, Gabriel, *Los últimos años de la Inquisición en la Nueva España*, México, Conaculta, Miguel Ángel Porrúa, 2004, p. 124.

⁹¹ *Ibidem.*, pp. 126-7.

⁹² FERRER MUÑOZ, "El fin del orden constitucional en la Nueva España", *op. cit.*, p. 77.

⁹³ TORRES PUGA, *op. cit.*, pp. 133-4.

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 144.

pasar la oportunidad de hacer patentes las herejías de la Carta gaditana el novohispano Mariano Soto Guerrero, pues, el 13 de septiembre de 1815, denunció su artículo 3º por haber incluido la idea de la soberanía radicada en la nación y porque en toda ella "se hallan las máximas antisociales y anárquicas de Rousseau".⁹⁵

Los únicos tribunales de antaño que lograron subsistir fueron los militares y eclesiásticos, según lo dispuesto por los artículos 249 y 250 constitucionales.

De acuerdo con el ya mencionado *Reglamento de audiencias y juzgados de primera instancia*, la Audiencia estaría integrada por un regente (que supliría el papel del virrey y al oidor decano), doce ministros y dos fiscales, dos salas para materia civil y una para lo criminal. A pesar de lo ordenado, sólo fue posible cubrir diez plazas de ministros. Asimismo, debían desaparecer las diferencias entre oidores y alcaldes del crimen.⁹⁶ La Audiencia de México se opuso a una merma tan significativa en sus atribuciones y del *status* de sus miembros.⁹⁷

La capital novohispana se dividió en seis partidos judiciales, cada uno encabezado por un juez de primera instancia nombrado por Calleja, pero la falta de personal capacitado para semejantes labores, los hizo casi inoperantes.⁹⁸

Se introdujo, además, un Tribunal Supremo de Justicia como máxima autoridad judicial, conforme a lo dispuesto por el artículo 241 constitucional, cuyo reglamento se publicó hasta marzo de 1814.⁹⁹

En los ayuntamientos constitucionales también se innovó con los alcaldes, que desempeñaban tareas específicas de justicia en causas civiles, donde hacían las veces de amigables componedores. Como no estaban bien delimitadas las esferas de su competencia, entraron constantemente en conflicto con los jueces de primera instancia.¹⁰⁰

⁹⁵ FERRER MUÑOZ, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, *cit.*, p. 52. El propio tribunal había declarado "herejía manifiesta la soberanía del pueblo", en su edicto del 27 de agosto de 1808, durante la crisis que desembocó en la destitución del virrey Iturrigaray y el encarcelamiento de varios miembros y asesores del Ayuntamiento de la capital mexicana. *Ibid.*, p. 53.

⁹⁶ FERRER MUÑOZ, "El fin del orden constitucional en la Nueva España", *cit.*, p. 134.

⁹⁷ ARNOLD, Linda, "La Audiencia de México durante la fase gaditana, 1812-1815 y 1820-1821", en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1980, pp. 361-75.

⁹⁸ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 133-4.

⁹⁹ SRE, *Const. 1812*, vol. II, pp. 266-80.

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p. 137.

Otra problemática en la administración de justicia de este periodo, fue ocasionada por las Juntas de Seguridad y Buen Gobierno creadas para combatir la insurgencia, que terminaron por imponer su autoridad a los órganos constitucionales.¹⁰¹

EL FENÓMENO DE LAS ELECCIONES EN LAS QUE LA VOLUNTAD GENERAL RESULTÓ "PERVERTIDA"

Las primeras elecciones en la Nueva España, se realizaron con el propósito de elegir representantes a las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en Cádiz. El decreto, del 14 de febrero de 1810, apareció en la *Gaceta del Gobierno de México* el 18 de mayo, con la orden de elegir un diputado por cada "cabeza capital de partido" en las provincias, expresión que, por su carácter ambiguo, se interpretó de diferentes formas.¹⁰² El concejo municipal de cada capital elegía a tres candidatos oriundos de la provincia, cuyos nombres eran colocados en una urna, de la cual se escogía, al azar, a uno de ellos.

Entre fines de junio y fines de octubre, fueron electos la mayoría de los diputados novohispanos. En muchos casos, a cada acto lo acompañaron festejos populares, muy parecidos, en ciertos lugares, a los que se realizaron con motivo del juramento constitucional. Cada uno de los seleccionados recibía instrucciones de su concejo municipal, sobre los asuntos que debería ventilar ante las Cortes. Los viáticos correrían por cuenta de sus respectivos municipios.

Debido a las distancias geográficas y a la lentitud de los transportes, previendo que no todos estarían presentes en la sesión inaugural de las Cortes, en calidad de suplentes, se eligieron algunos americanos residentes en la Península. Así, por la Nueva España, participaron en la apertura quince diputados.¹⁰³ Entre los más destacados representantes estuvieron José Miguel Ramos Arizpe, llamado padre del federalismo mexicano, y José Miguel Guridi y Alcocer, apasionado defensor de las libertades de los habitantes del Nuevo Mundo.

¹⁰¹ *Ibidem.*, pp. 137-8.

¹⁰² BENSON, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰³ BERRY, Charles R., "Elecciones para diputados mexicanos a las Cortes españolas, 1810-1822", en Benson, *op. cit.*, pp. 18-21.

Las primeras elecciones resultaron sencillas, en comparación con las que vendrían después, para seleccionar a diputados a las Cortes Ordinarias de 1813, a los miembros de las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos.

Las diputaciones provinciales estaban inspiradas en las juntas que surgieron en España para combatir a los invasores franceses. Al principio, no existía el propósito de crearlas para los territorios americanos, pero Ramos Arizpe logró que también se introdujeran en ellos, así como la libre designación de los ayuntamientos. De este modo, pretendía conquistar la mayor autonomía política y administrativa posible, pues las concibió como legislaturas provinciales en ciernes. Guridi y Alcocer lo secundó, proponiendo que representaran tan sólo los intereses de sus provincias. No obstante, los diputados españoles limitaron su alcance, por considerarlas peligrosamente cercanas al federalismo, dejándolas en simples juntas administrativas de carácter consultivo. De cualquier modo, los representantes americanos habían conseguido la introducción de instituciones, con vínculos directos con el gobierno central español, algo que, es bien sabido, no existía con anterioridad.¹⁰⁴

Tras arduas negociaciones parlamentarias, se aprobaron seis diputaciones en la Nueva España: una en la capital, que atendería un amplísimo territorio conformado por las provincias de México, Veracruz, Puebla, Oaxaca, Michoacán, Querétaro y Tlaxcala; otra en San Luis Potosí, encargada de San Luis Potosí y Guanajuato; una más en Guadalajara, a cargo de Nueva Galicia y Zacatecas; la siguiente en Mérida para las provincias de Yucatán, Tabasco y Campeche; otra en Monterrey para Nuevo León, Coahuila, Nuevo Santander y Texas; y la última en Durango, encargada de Chihuahua, Sonora, Sinaloa y las Californias.

Venegas publicó los bandos con los decretos que convocaban a elecciones para diputaciones provinciales y diputados a Cortes, el 10 de octubre de 1812, y para ayuntamientos, cinco días después. De acuerdo con el texto constitucional, los diputados durarían un par de años y participarían en dos legislaturas consecutivas, por tres meses a comenzar en marzo. El nuevo sistema aprobado para elegirlos era complejo. Serían elegidos en forma indirecta en tres etapas correspondientes a los tres niveles de gobierno en las provincias: municipal o parroquial, distrital y provincial. En el caso

¹⁰⁴ FERRER MUÑOZ, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, cit., pp. 25-6.

de las diputaciones provinciales, se elegirían diputados propietarios y suplentes en proporción al número de habitantes de cada una.

Las elecciones municipales, convocadas con el fin de relevar a los "regidores y demás oficios perpetuos del Ayuntamiento", también se realizarían por voto indirecto, pues los electores, nombrados por los vecinos en juntas de parroquia, escogerían a las personas que, a su juicio, "puedan convenir para el mejor gobierno del pueblo". El número de electores correspondía al "total relativo a la población de todas" las parroquias. El decreto electoral del 10 de octubre preveía el caso de poblaciones en las que, debido a circunstancias particulares sus "vecinos no estén en el ejercicio de los derechos de ciudadano, podrán sin embargo en este caso elegir entre sí los oficios de Ayuntamiento, bajo las reglas prescritas en esta ley para los demás pueblos".¹⁰⁵ Esto explica que en ciertos lugares como Cuautla, Amilpa y Yau-tepec, solamente dejaron de votar los esclavos.¹⁰⁶

En efecto, no podían votar todos, salvo excepciones, como la mencionada. La Junta Preparatoria del Distrito de Nueva España, órgano electoral, estimó que la población a considerar para el sufragio sería calculada a partir del censo realizado en 1792, durante el gobierno del virrey Revillagigedo, que arrojaba la cifra de 3.100,844 habitantes, de la que se debían descontar 214,606, pertenecientes a las castas, de donde resultaban 2.886,238 electores. Según la Constitución de 1812, sería electo un diputado a Cortes por cada 70 mil almas, por lo que había que seleccionar a 41.¹⁰⁷

Las primeras elecciones que se organizaron en la Nueva España, fueron las de los ayuntamientos. El primer problema que se presentó a las autoridades fue el de determinar la edad mínima para votar, pues ni la Constitución ni el decreto se habían molestado en fijarla. El jefe político de la capital mexicana, a raíz de una consulta, estableció que para ejercer el derecho al voto era necesario ser jefe de familia y tener cumplidos 25 años, pero luego dio marcha atrás, pues no podía discriminar a nadie si las leyes no lo hacían antes. Otra dificultad significó la cercanía de las fechas en las que se nombrarían electores para los diputados a Cortes y provinciales,

¹⁰⁵ SRE, *Const. 1812*, vol I, pp. 222-5.

¹⁰⁶ LORENTE, *op. cit.*, p. 324, n. 103.

¹⁰⁷ SRE, *Const. 1812*, vol. I, pp. 150-66.

pero la misma autoridad resolvió que los cargos municipales se definirían el 29 de noviembre.¹⁰⁸

El día de las elecciones, después de asistir a la misa prescrita por la Constitución y en presencia de los jueces electorales, los votantes ejercían su derecho. Las personas seleccionadas elegían, a su vez, a los electores municipales, emitiendo un voto a favor de sus candidatos al ayuntamiento. Los que obtuvieran el mayor número de sufragios, participarían, como representantes municipales, en la siguiente etapa electoral. Al finalizar se celebraría otra misa en acción de gracias.

El primer domingo de enero, los representantes electos se reunirían en la cabeza de distrito, para nombrar a los electores distritales, sin que faltara la misa, antes y después de las elecciones, así como la lectura en voz alta de los artículos relativos de la Constitución. La última etapa se debería llevar a cabo el segundo domingo de marzo, en la capital de la provincia, para elegir a los diputados a Cortes.¹⁰⁹

Fernández de Lizardi, antes de que se suspendiera la libertad de imprenta, en el número 8 de *El Pensador Mejicano*, llamó a las autoridades a respetar los resultados de la jornada electoral y a sus compatriotas a no dejar pasar anomalías:

de la libre elección de los ciudadanos de estos compromisarios, depende la justa votación de éstos a los electores; de la justa votación de éstos, debe resultar el justo nombramiento para los *Electores de partido*, de la de éstos últimos pende la acertada elección de *Diputados para las Cortes*, y de la bondad, probidad, justicia y sabiduría de los vocales, se debe esperar la futura felicidad de la nación. Con que cuidado, por amor de Dios, con la más religiosa y escrupulosa observancia en este primer paso. Acordémonos, que lo que bien se comienza bien se sigue. Cuidado con las trácalas: no vayamos a salir con que *al primer tapón zurrapas*. Yo sé que hay *muchos ojos, muchas orejas, y muchas plumas* en expectativa de estos actos públicos. Con que cuidado, hermanos.¹¹⁰

Los *Guadalupes*, grupo informante de los insurgentes, participaron subrepticamente en el proceso electoral y los resultados sólo fueron sorprendidos para los españoles. Los veinticinco electores designados eran criollos y, según testimonio de la Audiencia, que no olvidaba el protagonismo de los nacidos en esta tierra, en los sucesos ocurridos en

¹⁰⁸ CUNNIFF, *op. cit.*, pp. 23-32.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 27-8.

¹¹⁰ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 242.

1808, todos ellos eran partidarios o simpatizantes de la insurgencia. En su *Informe* del año siguiente, en vista de este y otros sucesos, los oidores calificaron a la voluntad general de los novohispanos, como “pervertida”.¹¹¹ Otros testimonios afirmaron que, al conocer los nombres de los electores, se escucharon gritos que clamaban contra los *gachupines*, y otros favorables a la Virgen de Guadalupe y los caudillos de la insurgencia. También se reportaron desórdenes en Veracruz, Jalapa, Toluca, Querétaro, Zacatecas y Tlaxcala.¹¹²

Venegas, en vista de los informes, declaró nulas las elecciones y ordenó buscar a los alborotadores.¹¹³ También dispuso que prosiguiera en funciones el cabildo de la capital, como si nada hubiera pasado. Las votaciones para diputados a Cortes y diputaciones provinciales, igualmente, quedaron suspendidas.¹¹⁴

El proceso electoral continuó hasta el año siguiente, con Calleja como virrey. Prometió respetar el Código Político y, después de consultar con los fiscales, convocó una reunión de electores parroquiales el 4 de abril de 1813, en la cual designó a los miembros del ayuntamiento, pero no a los electores de partido, los cuales serían electos hasta el 4 de julio. Esta vez se tomaron precauciones para que los resultados no dejaran tan mal parados a los españoles. Para ello se valió, principalmente, de religiosos afines a la causa realista. En casi todas las regiones, excepto Guadalajara, volvieron a ganar los criollos.¹¹⁵

Desde entonces, no sólo las relaciones entre el virrey y el ayuntamiento capitalino, sino también entre gobernadores de las provincias y concejales de elección popular, fueron complicadas, por decir lo menos.¹¹⁶ En Querétaro, fueron encumbrados en cargos municipales personas que habían sufrido cárcel por delitos de traición, pero Calleja se negó a seguir los procedimientos de Venegas, aunque nunca dejó de intentar manipular las elecciones a su conveniencia. El primer día hábil de 1814, tomó posesión el primer cabildo electo de México.¹¹⁷

¹¹¹ “Informe de la Audiencia de México”, *op. cit.*, p. 99, parágrafo 190.

¹¹² FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 238-9, 243.

¹¹³ ALAMÁN resume los pormenores de la jornada. *op. cit.*, vol. III, pp. 136-7.

¹¹⁴ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 240.

¹¹⁵ *Ibidem.*, pp. 105 y 244-5.

¹¹⁶ CUNNIFF, *op. cit.*, pp. 79-90.

¹¹⁷ FERRER MUÑOZ, *op. cit.*, p. 245.

En lugares como México, Puebla y Guanajuato, a los diputados electos a Cortes se les dijo que los municipios carecían de fondos para enviarlos a la Península, pidiendo que los pagaran quienes pudieran; en otros casos, se entregaron los recursos a regañadientes.¹¹⁸ De cualquier modo, lograron viajar siete u ocho de ellos.¹¹⁹

Aunque estos procesos democráticos duraron poco y las autoridades electas tuvieron apenas oportunidades, de demostrar sus facultades de mando y su capacidad para transformar el entorno, como apunta Cunniff, cuando Fernando VII desconoció la Constitución de 1812, no logró “desaparecer el hecho, de que los habitantes de casi toda Nueva España habían saboreado, así fuera fugazmente, lo que es un gobierno local elegido por el pueblo”.¹²⁰

Como si hubiera sido un sueño, o una pesadilla de dos años, los habitantes de la Nueva España volvieron al antiguo régimen, el 10 de agosto de 1814, cuando el virrey Calleja publicó el bando para dar a conocer la noticia, de que Fernando VII había abrogado la Carta de Cádiz. Aunque sólo duró un sexenio su gobierno sin Código Político, para los súbditos novohispanos ya nada sería igual. Aunque llegaran a ensalzar a la gaditana y a las futuras constituciones del México independiente, como utopías con poderes mágicos sobre la sociedad que tocaban, ya fueran liberales o conservadores, jamás volvieron a dudar acerca del valor de ley fundamental, de una Constitución para un Estado moderno.

APÉNDICE

Cómo juraron la Constitución en la capital algunas corporaciones religiosas, civiles y militares, según el relato publicado en la *Gaceta de México*.¹²¹

El Ilmo. y Venerable señor Presidente y Cabildo, Gobernador Sede Vacante de este Arzobispado, en cumplimiento del Real Decreto de las Cortes de la Nación de 18 de marzo de este año [de 1812], después de haber concurrido a celebrar en su Iglesia Metropolitana, el juramento que prestaron a la Constitución política de la Monarquía, el Exmo. Señor Virrey y Real Audiencia el 30 del pasado [mes de septiembre de 1812];

¹¹⁸ SRE, *Const. 1812*, vol. I, pp. 181-201.

¹¹⁹ Berry, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁰ CUNNIFF, *op. cit.*, 91.

¹²¹ SRE, *Const. 1812*, vol. I, pp. 40-53.

de haber festejado la publicación de aquélla con la magnificencia, que se anunció en la Gaceta de 1º del corriente [mes de octubre], y de haber dado las providencias oportunas para que se solemnizase en las parroquias con el mayor júbilo y aparato, el juramento que debía hacerse en ellas, señaló la mañana del 5 del corriente para prestar en la misma santa iglesia, el que le correspondía como Gobernador de la Mitra y como Cabildo. Para esto fueron citados con cédula *ante diem*¹²² todos los Señores Prebendados, aún los que se hallaban en *patitur* abierto,¹²³ y todos los Ministros y Capellanes del coro y del altar, músicos y colegiales infantiles, que concurren con puntualidad. El templo amaneció adornado por fuera de banderas, flámulas y gallardetes, y por dentro se iluminó con hachas de cera bien compartidas por todo él, y con velas en todas las arañas, candiles y lámparas de sus tres naves. Delante del altar mayor en que lucían sus candeleros, ramilletes, atriles y palabreros de oro, se colocó una mesa con su tapete de terciopelo carmesí con franjas de oro y encima un devoto, tanto como rico y precioso Crucifijo guarnecido de piedras, y el libro de los Evangelios, y a uno y otro lado asientos cubiertos de terciopelo y galoneados de oro para el Cabildo.

A las siete y media, después de cantada la tercia se celebró la misa conventual, y a las ocho y media las campanas de las dos torres echadas a vuelo anunciaron al público la festividad, hasta las nueve, en que el coro cantó las horas sexta y nona. Concluidas éstas a las nueve y media salieron del coro los Señores Dignidades, Canónigos y Prebendados, con ricas capas pluviales blancas, por la crujía al presbiterio y tomaron en él sus asientos. Los capellanes y demás ministros ocuparon bancas, que estaban dispuestas a lo largo de toda la crujía por la parte interior de ésta, y un inmenso y distinguido pueblo llenaba con devotísima y tierna expectación todo el ámbito del templo. El Secretario del Cabildo, con el libro de la nueva Constitución en las manos, dijo en alta voz: *Juráis guardar y hacer guardar &*; y saliendo de su asiento el Señor Arcediano Presidente, puesto delante de la mesa del Crucifijo y tocando con una mano el pecho y con otra los Evangelios, respondió en voz igualmente alta: *Sí juro*; y retirándose a su lugar, siguieron haciendo lo mismo, de uno en uno y por su orden, los demás Señores Capitulares. Concluido este acto, el Secretario dijo a los Capellanes y demás dependientes: *Juráis guardar &*; y comenzando a subir ordenadamente el presbiterio, tocando los sacerdotes el pecho y

¹²² Antes del día o de antemano.

¹²³ Días de vacaciones o de licencia.

los Evangelios, y los legos los Evangelios y Crucifijo, respondieron cada uno de por sí: *Sí juro*; y se retiraron a sus bancas. En seguida el Señor Canónigo lectoral encargado de la misa, revestido y acompañado de los dos Señores Prebendados ministros del altar, entonó el *Te Deum*, que continuó la música durante la procesión que se formó e hizo alrededor de la nave principal. Siguió la misa, oficiada no sólo de la capilla y orquesta de la catedral, sino de un número extraordinario de voces e instrumentos, que de fuera se buscaron para esta función, y que colocada en una galería balaustrada que se corrió sobre la puerta principal del coro, hacía un grandioso y agradabilísimo efecto.

Al entonarse el *Te Deum* dentro de la iglesia respondieron por fuera todas las campanas y esquilas, cuyos toques se repitieron varias veces en el día hasta la noche, en que se iluminó costosamente todo el edificio exterior de la catedral, a pesar de que un fuerte norte que corría no dejó gozar al público de su hermosa perspectiva. Puede asegurarse que esta función ha sido de las más solemnes que se celebran en esta metropolitana, y que el acto del juramento fue el más respetable, decoroso, tierno y edificante.

Habiendo logrado los individuos de este Excelentísimo Cuerpo [el Ayuntamiento], la satisfacción de haberse distribuido en las catorce parroquias de la capital para hacer respectivamente en cada una, el juramento de guardar inviolablemente en todas sus partes la Constitución política de la Monarquía Española, celebraron este solemne acto con los Señores Curas de ellas, con aquella magnificencia, requisitos y circunspección que el Real Decreto de 18 de marzo de este año previene, y llenos de la mayor complacencia y de unos sentimientos visibles a todo el público, manifestaron la lealtad de su notorio patriotismo y amor a nuestro Augusto Soberano.

Dicho Excelentísimo Ayuntamiento para que, por separado, entre su Corregidor, Alcaldes ordinarios, Regidores dependientes del Cuerpo y demás subalternos de todas clases, se jurara guardar y hacer guardar la referida Constitución, teniendo a la vista las funciones públicas y solemnes, a que cada uno en representación del mencionado cuerpo había asistido, en aquellas iglesias parroquiales de que va hecha referencia, y en las cuales se cantó el *Te Deum*, se exhortó al público y se practicaron las demostraciones prevenidas, acordó que para el día 5 de este mes, en la capilla pública de sus Casas Capitulares, se celebrara por el Capellán de la misma Nobilísima Ciudad una solemne misa, y después de ella, a presencia de todos los susodichos, se leyera la referida Constitución de la

Monarquía Española, y concluido este acto se hiciera el juramento con las formalidades que el susodicho Real Decreto tiene resuelto.

Hízose efectivamente así. Concurrieron los Señores Corregidor, Alcaldes ordinarios, Regidores, Contador, Tesorero, Secretario de Cabildo y todos los demás dependientes del Cuerpo. Los escribanos públicos de esta Audiencia ordinaria, y cuantos empleados hay en ella ocupados, asistieron a la misa, congregados con decoro por el orden, con el método que se había dispuesto en la misma sala capitular, oyeron la lectura de dicha Constitución y después hicieron todos por la parte que a cada uno toca, el correspondiente juramento, que en altas e inteligibles voces se les tomó por el Secretario Mayor de Cabildo, delante de una imagen de Nuestro Señor Jesucristo Crucificado y los Santos Evangelios que estaban ya allí en la misma mesa dispuestos.

En este mismo día, para demostrar el Ayuntamiento el júbilo de tan plausible acto, adornó toda la fachada de sus Casas Capitulares con cornisas de damasco y gallardetes: y en el medio de ellas determinó se pusiese un tablado, decentemente adornado con exquisitas cornucopias de cristal y arañas de plata y con una vistosa y agradable pintura. En él se colocó el retrato de nuestro muy amado monarca, el Señor Don Fernando VII, bajo un dosel de terciopelo, flecos y galones de oro. Dicho tablado se iluminó de noche en lo interior de él con hachas y codales de cera fina, y en lo exterior, como en todo el resto de la expresada fachada de dichas Casas Capitulares, con aceite en distintos vidrios de colores, para que hiciesen la mejor vista, colocándose en todos los arcos, cornisas, pilastras, almenas, balcones, y demás extremos de que se componen, según el orden de la arquitectura que tienen sus vistas, más de cuatro mil y quinientas luces de esta clase; habiendo en dicho tablado una música militar compuesta de veinte instrumentos, que toda la noche estuvieron celebrando la función, la que no se logró completamente como se deseaba y era de esperarse de tan lucidos preparativos, por el mal temporal de agua que en cierto modo la interrumpió, mérito porque el Señor Intendente Corregidor, de acuerdo con los mismos Señores Capitulares, dispuso se volviesen a iluminar las referidas casas y tablado y que en él hubiese la propia música la siguiente noche, en la cual se logró con más satisfacción por todo el público la función.

A beneficio de este Ayuntamiento también se dispuso, que la noche del juramento de la Constitución hecho en sus Casas de Cabildo, se diera una

función en el teatro de esta capital a todo el pueblo que quisiese concurrir a ella, sin que se les exigiera cosa alguna por razón de entrada, y ésta se logró con el mejor orden, gusto y complacencia de los concurrentes, y se autorizó por el Exmo. Señor Virrey de este Reino, cuya superioridad tuvo la bondad de concurrir a ella, acompañado del Señor Intendente Corregidor y del Señor Regidor decano, habiendo salido a recibir a S. E. los demás señores individuos de este Cuerpo.

En el mismo día lo verificaron proporcionalmente las comunidades religiosas de Santo Domingo, San Francisco, San Camilo y la Administración General de Correos, por todos sus individuos, solemnizando con colgaduras e iluminación por la noche. Lo verificaron asimismo los dependientes de la fábrica de puros y la Real Renta de Tabaco, esmerándose ésta en el adorno de la fachada de la oficina, donde se colocó el retrato de nuestro Soberano en el centro de una magnífica perspectiva de ricos tapices, arañas de cristal y plata y varias piezas de poesía alusivas al objeto. A los lados del retrato, custodiado por sus respectivas centinelas, se miraban dos alegorías que en figuras colosales representaba la una al pueblo español, figurado en un héroe armado que luchaba con el poder tiránico del Corso, figurado en una hidra de siete cabezas coronadas, y en el costado el misterioso número de los tres seises del Apocalipsis. La otra representaba a Napoleón con toda la caterva de sus reyezuelos, cabalgando en una sarta sobre el pueblo francés envilecido hasta su última degradación. Los versos alusivos y la iluminación nocturna, que repitió en la siguiente noche del seis, ha sido magnífica y brillante. En el mismo día seis prestó el juramento la comunidad de religiosos de San Agustín, el escuadrón de Querétaro, que marchó en forma, pie a tierra, desde su cuartel hasta la Iglesia de la Merced, donde verificaron su juramento con una solemne función de iglesia, y la oficina de Temporalidades en el convento de religiosos bethlemitas con misa y *Te Deum*, a que asistieron el jefe y dependientes de dicho Cuerpo. Toda la parte del convento en que se halla sita la oficina, se adornó con varios tapices y se iluminó en la noche.

El día cuatro del corriente prestaron los señores Presidente, Diputado y Tenientes de la Junta de Policía y tranquilidad pública de esta capital, el juramento a la Constitución política de la Monarquía, con cuya ocasión pronunció el Señor Presidente este discurso:

“Señores: tengo una indecible complacencia en presentar a VV. SS. la obra más grandiosa que nuestros sabios y prudentes legisladores pudieron concebir; esto es:

la Constitución política de la Monarquía Española, o el código elemental de la felicidad de las Españas, debido al cúmulo de infortunios que por no haberlo tenido nos sobrevinieron.

“En él verán VV. SS. que el grato nombre de ciudadano español, ilustrado ahora por la brillante antorcha de la libertad, se realza con nuevos timbres: ella bien entendida es un presente del cielo, porque de influencia menor no pueden dimanar sus óptimos y prodigiosos frutos. ¿Quién, si no, anima, vivifica y entona el santo amor de la patria? ¿Y quién, inflamando el corazón de los varones fuertes, lo electriza con aquél fuego sacro que destruye y consume a sus enemigos? La libertad civil, origen inagotable de todas las virtudes heroicas: ni la de los Brutos y los Catones, los Pelayos y los Guzmanes tuvieron otro impulso que el de su ardiente amor a una patria libre.

“Hoy logramos esa libertad, y también una perfecta igualdad de derechos que cualquier ciudadano por sí y por todos puede reclamar. Ya pues, no debe haber sabinos ni romanos, criollos ni gachupines, españoles indistintamente son unos y otros desde ahora, que es todo lo más grande y glorioso que un hombre magnánimo pueda pretender; y hermanos han de ser precisamente, puesto que son hijos de una misma madre.

“Desaparezca hasta el menor vestigio de que hubo diferencias que ya no hay ni habrá; así los sentimientos fraternales sucederán a la funesta discordia que incendiara este país, hasta entonces el más tranquilo y venturoso. Tamaña desgracia, parto vil fue de una rivalidad que ahora debe ser condenada a eterno olvido, juntamente con las causas justas o injustas que la produjeron y que ya no existen: sin esto poco habremos logrado, porque se convertiría en mal el bien mismo, siendo cosa cierta que el veneno más activo se forma de la triaca.

“Tal es el don precioso que la divina Providencia, visiblemente empeñada en nuestra felicidad, común y recíproca, nos ofrece: conservémosle, señores, que bien caro nos ha costado: transmitamos fielmente este sagrado depósito a nuestros hijos: con eso nos deberán también el ser político; y cuando descendamos al sepulcro iremos precedidos del dulce consuelo de que ni ellos ni las generaciones futuras han de verse aherrojadas al duro carro de que a nosotros se nos hizo tirar.

“Para que VV. SS. se penetren por sí mismos de estas verdades, y conozcan que la Gran Carta de la nación española excede a todo elogio, acerquémonos ya a abrirla con profundo respeto, instruyámonos después de sus sabias y benéficas instituciones y la juraremos luego con la mayor gratitud y con aquel serio y decidido ánimo, que de suyo exige una materia de incomparable importancia.

“Para esto, Señores, nos hemos reunido.”

Y precedido el juramento dijo lo siguiente:

“Y bien, Señores, hemos leído y jurado la Constitución, y debemos guardarla inviolablemente y hacerla guardar. Ella es por cierto magnífica y muy digna de la majestad del pueblo español. Desgraciados aquéllos que no la reciben y acepten con

la mayor veneración y con el más íntimo reconocimiento. Ya el Soberano agotó el tesoro de sus liberalidades, y los que ahora a tanta beneficencia correspondan con deslealtad o ingratitud, sobre que no merecen vivir entre los hombres, serían reos de lesa nación y harían justísimas, santas y necesarias unas medidas muy diferentes, tan funestas para ellos como sensibles para todos.

“No debemos temerlo; afortunadamente en la puntual observancia de la Constitución se ve comprometido no menos el interés individual que el público.

“Todavía a nosotros nos favorece y nos obliga más especialmente, cuando vemos sancionada la organización de los cuerpos municipales, en los mismos términos que desde este lugar lo propusimos. Ahora sí que sus ilustres individuos, sin agraviar a los actuales, merecerán nombrarse padres de la patria y verdaderos representantes del pueblo, porque él es quien los elige; y ahora justamente podrá fiárseles el cuidado de la seguridad y tranquilidad pública con suma satisfacción y descanso nuestro.

Evidentísimas e incontestables ciertamente son todas estas ventajas; más cuando no lo fuesen tanto, y aún cuando tuviéramos que hacer algún sacrificio para cumplir la Constitución, ¿no la cumpliríamos? Somos españoles y lo hemos jurado”.

El día seis prestaron el mismo juramento con toda solemnidad, el Rector, catedráticos y colegiales del Real Colegio de indios de San Gregorio, con asistencia de su Juez Conservador el Señor Oidor D. Pedro de la Puente y otras personas distinguidas, que pasaron a dicho Colegio luego que concluyó la misa de gracias, y reunida toda la concurrencia en la sala rectoral, dijo el expresado Señor Juez Conservador el siguiente discurso:

Señores: Hoy nos reúne aquí uno de aquellos grandes acontecimientos que hacen época fija y por siempre memorable en la historia de las naciones. Quince siglos corrieron desde que la española se había erigido en monarquía, cuando uno de sus aliados se fingió amigo para ser tirano, y apoderándose a traición de la sagrada persona del Rey, convirtió luego todas sus formidables y monstruosas falanges a subyugar la misma monarquía; bien que ellas se han estrellado en la fidelidad y valor castellano, o por mejor decir, en la visible protección del cielo.

“Las espantosas desgracias producidas por la justísima, santa y necesaria defensa de cuanto hay entre los hombres de más sagrado y de más apreciable, no eran para olvidarlas; y así es que por esto se pensó en el único medio de evitarlas para en adelante.

“Tenía la nación española sus leyes fundamentales y muy buenas; pero el despotismo que todo lo destruye las minó y las hizo olvidar, pudiendo lograrlo más fácilmente por hallarlas desparramadas por varios códigos, pues nunca estuvieron coordinadas en uno solo ni reducidas a un sistema claro y preciso.

“Una Constitución sabia, justa y liberal, formada principalmente de estas mismas leyes, perfeccionada con todas las modificaciones necesarias y oportunas, dispuesta

por un orden y método admirable, y expresada en el estilo más puro y correcto; una Constitución, repito, meditada, discutida, sancionada y publicada por los representantes legítimos de toda la monarquía, viene ahora a garantizar la libertad y la independencia de la nación, la libertad individual o civil, y los derechos imprescriptibles de todos sus ciudadanos, que ya son iguales. Y ciertamente no sabré decir si nuestros augustos legisladores me parecen más grandes oponiendo sus esfuerzos a los del impío e inicuo invasor, que estableciendo y fijando para siempre una felicidad común y recíproca entre todos los habitantes de las Españas.

“Ved aquí, Señores, cómo yo defino la Constitución política de la Monarquía Española, esto es, el grandioso monumento de la sabiduría y de la experiencia que acabáis de jurar. La hemos adquirido a costa de sacrificios sin cuento, y por el precio de la sangre de muchos millares de héroes, y puntualmente me están oyendo algunos que por sostenerle derramaron la suya en el campo del honor.¹²⁴ Ahora juzgaréis si debemos conservarlo.

“A vosotros, respetables Ministros del Señor, que a un carácter tan sagrado y eminente unís la cualidad de maestros de estos jóvenes, poco necesito decirlos: el Gobierno es justo, conoce vuestra conducta y no dejará de apreciarla. Bien sabe, Señores, que corre a vuestro cargo el dirigir estas tiernas y dóciles plantas hacia la virtud y hacia la ilustración, tanto con la ciencia de vuestras obras como con la disciplina de vuestra fe. Ni duda que vuestro santo celo se ejercita con la mayor energía en combatir con vuestras armas peculiares, la sacrílega impiedad de algunos falsos doctores, que emplean las suyas en corromper de todos modos a los incautos, para arrastrarlos a una rebelión que, si no se extingue, hará infeliz a una y otra España.

“Antes de ahora, como dignos ministros del Evangelio, defendíais constantemente la causa de Dios, pues, según la frase de un sabio prelado americano, se acabaría aquí la religión, si los rebeldes prevalecieran; y defendíais también a la patria destrozada por ellos. Pero con mayor seguridad lo haréis cuando una absoluta igualdad, la verdadera independencia declarada y protegida por la Constitución, han desvanecido todas las quejas anteriores y aún los pretextos. Ya no puede intentarse novedad que no sea el más enorme crimen, o para decirlo breve y claro, una subversión total del buen orden y una completa anarquía eclesiástica y civil. Espero, pues, celosos maestros, que haciendo frente a los artificios de la seducción que ya no pueden hallar ni apariencia de fundamento en qué apoyarse, no dejaréis de inspirar y de predicar a todos la debida fidelidad a la Constitución y al Rey, la obediencia a las leyes y el respeto a las autoridades establecidas.

“Vosotros, jóvenes queridos, que interesáis toda mi sensibilidad, prestadme vuestra atención: habéis hecho un solemne juramento, cosa, entre españoles, muy seria y muy formal; poco os costó el hacerlo, y menos os ha de costar el cumplirlo; porque todo lo que prometisteis fue el ser felices. Vosotros sois, por decirlo así, los hijos predilectos de la gran casta del pueblo español: siempre debisteis especial cuidado

¹²⁴ Había entre los concurrentes varios caballeros oficiales, y entre otros los señores Brigadier D. Juan José de Olazábal y Coronel D. Basilio Ballón, cuyos servicios en la guerra de la Península son bien notorios. (Nota de la *Gaceta*).

al Gobierno, a este Gobierno a quien vanamente intentan derrocar sus enemigos y los vuestros. Él es quien, sacando a vuestros mayores de la mísera situación en que no merecían estar sumidos, tomó el encargo de tutores de sus hijos, y os fundó y dotó este Colegio consagrado expresamente a vuestra educación religiosa y política. Ya vuestros respetables maestros, haciendo justicia a las virtudes de sus padres, os habrán dicho que ninguna otra nación conquistadora dictó jamás leyes tan benéficas como las de estos dominios, ni menos se ocupó en tales establecimientos. Buscadlos en cualquiera otra colonia, y en vez de ellos hallaréis que todos los empleados de alguna importancia vienen de la metrópoli, a la que necesitan acudir cuantos hayan de estudiar o hacer cualquiera otro progreso.

“Pero todo era nada para lo que ahora habéis conseguido. Sabed que se os eleva a la más alta jerarquía. Sois ya ciudadanos españoles con voz activa y pasiva, y con opción a todas las dignidades y empleos de la monarquía; ninguno es más que vosotros, y quien os iguale llegó a lo sumo.

“A pesar de eso, habrá todavía algunos malvados que pretendan seducir vuestra inocencia; y, siento decirlo, tal vez lo pretenderá uno u otro padre. Semejantes hipócritas, para precipitaros en su favorita traición, os querrán persuadir que es justa; que basta que ellos lo digan y que gozan de un asilo personal que los hace siempre inviolables.

“Cierto es que tales hombres fueron consagrados a la virtud y a la verdad, pero se han prostituido a los más torpes vicios y a la mentira, como lo veréis observándolos de cerca y como lo han calificado todos sus preladados. Por lo mismo, éstos, viendo profanada la santa dignidad del sacerdocio, tuvieron la necesidad de anatematizarlos, para que, no pudiendo ser tratados ni oídos, tampoco puedan contaminar a nadie con su mortífero veneno: con lo que, y por tan gravísimos delitos, perdieron todos sus fueros y privilegios, que no se concedieran para casos semejantes. Nunca, hijos míos, hubo hombres autorizados por Dios para asesinar impunemente a la patria, porque nunca su Divina Majestad decidió la destrucción del género humano, como era preciso para convenir en esa pestilente, impía y absurda doctrina. Tanta es la injuria que con ella se hace a la infinita bondad y justicia del Ser Supremo, y tanta la que las leyes eclesiásticas y civiles le harían si hubiesen podido establecer ese privilegio irritante, monstruoso y exterminador.

“Ahora bien, hijitos, respetad a los señores Sacerdotes mucho, que siempre son objeto de vuestra veneración y en respetarlos no cabe exceso; más, no puedo articularlo sin lágrimas, tenemos los enemigos hasta dentro del santuario de la religión; y para el caso en que algunos de éstos, vestidos de oveja, se convierta en lobo, acordaos de lo que a todos nos enseñó el Ilmo. Cabildo Gobernador en su carta pastoral de 10 de septiembre del año último, refiriendo las palabras que antes dijo el venerable Palafox, que fue un Obispo muy sabio y virtuoso, y muy amante de vuestros padres. Un ministro del Santuario, criminal, dice, es un capitán de Lucifer, un demonio encarnado. Vuestros maestros, supongo, os habrán explicado y os explicarán día y noche todas estas verdades, como es su obligación. Así que yo me limito a daros un aviso. Atended: si cualquiera, sea quien fuere, os intentare seducir con tales apariencias, sin perjuicio de ponerlo inmediatamente en noticia de los jue-

ces correspondientes, debéis responderle a este modo: "Nosotros somos ciudadanos españoles, y por serlo tenemos amor a la patria, que ya es libre e independiente; somos justos, benéficos, leales al Rey y obedientes a las leyes; respetamos las autoridades establecidas; y sobre todo, somos fieles a la Constitución política de la Monarquía Española y la hemos jurado.

El Padre Rector contestó manifestando la gratitud de todos los individuos del Colegio, al distinguido honor que se les dispensaban, y protestando de nuevo su fidelidad a la Constitución. El Señor Arcediano de esta Santa Iglesia, que también concurrió, hizo otro breve pero enérgico discurso, apoyando lo expuesto por el Sr. Juez Conservador, con lo que concluyó el acto.

El día 7 del corriente lo prestó el Director y empleados de la Real Lotería, con misa solemne y *Te Deum* en la iglesia de S. Agustín, para cuya solemnidad se adornó la casa de su oficina con un vistoso tablado, que hacía base al trono en que se colocó el retrato de Nuestro Católico Monarca, custodiado de dos centinelas.

En el fondo se pusieron a los lados dos grandes espejos, que juntos con las cornucopias y arañas de cristal, formaban una hermosa perspectiva que hacía resaltar las alegorías distribuidas en el centro y ángulos de la base: la primera representaba a la nación española en la figura de una matrona hermosa, que escribía la Constitución sobre un mundo que llevaba este mote: *unus jam sufficit orbis*, explicando con las traducciones laterales al pie de los espejos, que decían: *antes no te bastaba un solo mundo, hoy mandas uno, pero sin segundo*, aludiendo a la unión de ambas Españas, formando una sola Monarquía. En los ángulos se colocaron cuatro estatuas, representando las del frontis a Mercurio y Apolo con sus respectivas insignias. Otras estatuas se situaron en los balcones laterales con sus respectivas alusiones y escogidos versos. En la noche de aquel día y la siguiente se iluminó completamente este tablado, disponiendo una de las mejores músicas militares, que sostuvo las serenatas hasta las once de la noche en medio de un numeroso concurso de todas clases.

El Ilustre y Real Colegio de Abogados lo verificó en el mismo día, citándose *ante diem* a todos sus individuos, que reunidos en la Casa Rectoral se leyó la Constitución íntegramente por el Abogado Secretario, y de allí se dirigieron en una lucida comitiva a la iglesia de San Francisco, donde, recibidos por la comunidad, prestaron el juramento, tocando los Santos Evangelios en la forma prescrita, a que siguió una procesión,

cantando el *Te Deum* los religiosos de aquel convento. Concluido el santo sacrificio, volvió la comitiva a la Casa Rectoral, la que se había adornado magníficamente con varios tapices, estatuas, arañas de cristal, flámulas y gallardetes, y a proporción todas las casas de los individuos, prevenidos de la iluminación de la noche, singularizándose la del Sr. Rector a satisfacción de este Ilustre Cuerpo, a quien, por su particular incumbencia, toca la observancia de nuestra liberal Constitución.

En la tarde del mismo día (7 de Octubre) lo prestaron también los profesores de medicina, cirugía, farmacia y flebotomía, reunidos en la casa del Sr. Presidente, el cual, acto continuo, dijo un corto y sencillo discurso sobre lo grande y magnífico del objeto; sobre las felicidades que prometía a uno y otro hemisferio un monumento en que se disputaban la preferencia, la sabiduría de la nación española, su libertad y sagrado entusiasmo de que apenas hay ejemplo en la historia, y a consecuencia sobre el cumplimiento fiel de la Constitución que se acababa de jurar, con lo que se desempeñaría el carácter de español, fiel a la patria y buen servidor del Rey. Posteriormente se dirigió la concurrencia a la iglesia del convento de Santa Clara, en donde, recibido el Real Tribunal con sus dependientes y subalternos con el decoro de estilo, se cantó un *Te Deum* con el regocijo que anticipadamente se había significado en el adorno del Tribunal y casas de todos los facultativos. Al día siguiente se celebró con toda solemnidad, una misa de gracias, patente el divino Señor Sacramentado y sermón análogo al objeto, que costearon los profesores, en la misma iglesia de Santa Clara, colocándose en el presbiterio la imagen de nuestro suspirado monarca el Sr. Don Fernando Séptimo con la correspondiente guardia. Concluyó todo con los repiques a vuelo, e iluminación del Tribunal y casas de todo profesor, a que se prestaron gustosos también los vecinos de la calle y casa del Sr. Presidente, donde se halla el Tribunal.

El día 8 del próximo mes pasado octubre lo prestó el Señor Contador General del ramo de Azogues, con todos sus dependientes en la sala de su contaduría, adornada decentemente al intento y habiendo hecho dicho Señor Contador, después de leída la Constitución, un breve, pero enérgico discurso, exhortando al cumplimiento de ella, y haciendo ver las felicidades que prometía a uno y otro hemisferio. Concluido este acto, se dirigieron en forma a la capilla de Nuestra Señora de los Dolores, del Real Palacio, donde se celebró una solemne misa cantada con *Te Deum*, en acción de gracias al Todopoderoso.

El día 9 de octubre lo verificó la Real y Pontificia Universidad en claustro pleno citando con cédula *ante diem*, y previniendo a todos los Doctores que adornasen sus casas e iluminasen en la noche, como se efectuó, singularizándose en [*sic*] la Casa Universidad, en cuya capilla se celebró el santo Sacrificio de gracias con *Te Deum*.

Lo verificó también en esta fecha el cuerpo de plateros, esmerándose en el adorno e iluminación de toda la calle que comprende sus principales talleres.

También lo prestaron este día el Sr. Ministro y dependientes del Juzgado General de Naturales, celebrando la misa de gracias, después de haber jurado en la capilla del Real Palacio.

El día 10 lo verificaron los jefes, oficiales y dependientes del oficio de Gobierno, unidos con los agentes del número de esta Real Audiencia, en la capilla de militares inválidos del Real Palacio, y adornado uno de los principales salones del oficio, donde se colocó bajo dosel el retrato de nuestro Augusto Soberano y se dio una música militar toda la mañana.

El día 11 lo verificó el Real Colegio de Escribanos, citados sus individuos con orden previa del Rector Lic. D. José Burillo, para que adornasen sus casas en particular y las iluminasen en la noche, como se efectuó, con particularidad en la Casa Rectoral. En la mañana concurrieron al templo de San Agustín; después de haber leído la Constitución y prestado el juramento en la forma prescrita, se procedió al santo sacrificio de gracias con *Te Deum*, celebrado con toda solemnidad y pompa del culto.

El día 13 del mismo lo verificó el Apostólico y Real Tribunal de la Santa Cruzada de este Arzobispado, congregados en él el Sr. Dr. D. Juan José de Gamboa, dignidad de Maestre Escuelas de esta metropolitana, Juez Apostólico principal y Comisario Subdelegado General de la Santa Cruzada, Subcolector de medias anatas y mesadas eclesiásticas, y Cancelario de la Real y Pontificia Universidad; el Sr. D. José Mesia, del Consejo de S. M., Oidor de esta Real Audiencia y Asesor del mismo Tribunal; el Sr. D. Ambrosio Sagarzurieta, de [*sic*] Caballero de la Real y distinguida Orden española de Carlos III, del Consejo de S. M. y Fiscal de su Real Hacienda; el Sr. D. José María Bucheli, Contador Mayor honorario del Real Tribunal y Audiencia de Cuentas y Tesorero del Ramo, y el Notario Mayor de Cruzada y demás Ministros subalternos, solemnizándose esta función con un exquisito refresco en la casa del Sr. Comisario, que se adornó en este

día y se iluminó por la noche en demostración de júbilo y regocijo por tan plausible acto.

El día 14 del mismo lo verificaron los tres batallones de patriotas de infantería y dos escuadrones de caballería, a cuyo efecto se reunieron en la plazuela de San Pablo. Leída la Constitución en el centro del gran cuadro que formaban, concluyeron con un vivo fuego graneado de bastante duración. Los Comandantes respectivos determinaron que los costos de iluminación y tablados con que otros Cuerpos han celebrado su juramento, se invirtiesen en vestir a muchos pobres patriotas que carecen de los medios suficientes.

El mismo día lo prestó el Colegio Mayor de Santos. Adornada su capilla con toda magnificencia, y reunidos allí los antiguos y actuales colegiales, se leyó por el Secretario el decreto del Consejo de Regencia relativo a este acto, y a consecuencia juraron en manos de su Rector sobre los Santos Evangelios obedecer y guardar la Constitución. Inmediatamente se entonó el *Te Deum* a toda orquesta y se cantó una misa con la mayor solemnidad. El Colegio, deseoso de dar un público testimonio de la gran parte que tomaba en la celebridad común, con que las corporaciones de esta capital han aceptado este nuevo Código, dispuso que se levantase un tablado de dos cuerpos: en el superior aparecía una glorieta de tres vistas, cuya balaustrada en las extremidades de la principal sustentaba cuatro hermosas estatuas de yeso, las que, como emblema del candor y sencillez, conducían suavemente la vista del centro de la glorieta, ocupado por una estatua en medio de relieve de nuestro amado soberano Fernando VII, colocada bajo un rico dosel de terciopelo y sobre un majestuoso telliz de lo mismo. El tablado inferior lo llenaba un lienzo alegórico de la felicidad que nos prepara la Constitución. El fondo presentaba la vista de un anchuroso mar terminado por los rojos celajes del oriente. Hacia la derecha aparecía la España puesta de firme sobre un mundo, y a la izquierda la América sobre otro bien distante del primero, y el libro de la Constitución, interpuesto entre ambas y sustentado por sus manos, manifestaba unir las con íntimos lazos de amistad y dependencia.

Al lado de España se veía una gran embarcación expresiva de la actividad de su comercio, y al de la América la cornucopia de Amaltea, arrojando por tierra los preciosos frutos de sus dos reinos, vegetal y mineral. Una banda tirada graciosamente al aire ofrecía este oportuno epígrafe: *Aunque la mar las separa, la Constitución las une*. Una completa iluminación distribuida con gusto en el tablado y fachada, y una orquesta

de música militar escogida, dieron todo el golpe de vista a la decoración y completaron la suntuosidad del espectáculo a satisfacción del numeroso concurso que lo presenciaba.

El 15 del pasado octubre, por la tarde, en la casa de la Comandancia de militares inválidos, presente su Comandante Don Pedro Vargas, recibió a la oficialidad y capitanes de las dos compañías en su sala, ricamente adornada de tapices y pantallas con marcos de plata y un rico dosel con el retrato de nuestro Rey, bancas forradas de terciopelo carmesí, y por la tarde de la calle toda ella con gallardetes, cortinas en los balcones y tablado para la música. Las dos compañías atentas, leída por el Secretario destinado, la Constitución, hicieron su juramento con toda solemnidad, primero el Comandante, Capellán, Asesor capitanes y oficiales, y después los sargentos y soldados. Concluido el acto, siguieron las músicas e iluminación toda aquella noche. El día 16, juntos todos en dicha casa del Comandante, a las nueve de la mañana, se dirigieron en una vistosa comitiva para el Real Palacio, donde estuvo la Real Capilla de Nuestra Señora de los Dolores, que es su parroquia; allí su Cura Capellán castrense y del Real Palacio, con acompañamiento de clérigos, los recibió a la puerta. Ya estaba desde por la mañana el Divinísimo Señor Sacramentado patente y la capilla adornada completamente, y luego que llegó el acompañamiento se celebró el santo sacrificio de gracias, oficiando con una orquesta particular, a que se unió la vistosa iluminación de la capilla, salvas de fuego y repiques de campanas. El celebrante, capellán del mismo cuerpo, D. Anastasio Rodríguez de León, predicó antes del Ofertorio la plática de estilo, y concluida la función salió a dejar al Comandante y oficialidad en la misma forma que los había recibido, y obsequiándolos además con varios ejemplares impresos de unas octavas alusivas al objeto de la celebridad.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO DESDE LA ÓPTICA DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Xavier GINEBRA SERRABOU¹
y Óscar SAMARIO HERNÁNDEZ²

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hábeas Data*. III. *Reforma Constitucional de 2010*. IV. *Reconocimientos de los terceros de los Derechos Humanos*. V. *Los Procedimientos para la Protección de Datos Personales en México*. VI. *El procedimiento para la Protección de los Derechos*. VII. *El Procedimiento de Protección de Datos en Derecho Comparado*. VIII. *El Procedimiento para la Protección de Datos en México*. IX. *El Proceso de Impugnación*. X. *La Sentencia en el Procedimiento Contencioso-Administrativo de Protección de Datos Personales*. XI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Ante las reformas y adecuaciones que sufre un sistema jurídico como el que conforma la protección de datos personales como la publicada el 5 de julio del año 2010, planteamos en este artículo un estudio detallado de los principios que rigen a la protección de datos, procedimientos que señala la ley de la materia, al igual que sus repercusiones y sanciones de manera unívoca, respecto a los datos personales que recogen los particulares.³

¹ Máster y Doctor en Derecho de la competencia, profesor investigador de la UAEM (Morelos), investigador asociado al CIDAC y socio del área de competencia, consumidores y protección de datos del despacho Jalife, Caballero y asociados.

² Maestro en Derecho por la UAEM (Morelos), doctorando en dicha universidad, donde es profesor por asignatura.

³ TENORIO CUETO, Guillermo A. (coord.), *Los datos personales en México: Perspectivas y retos*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2012, Prólogo.

Antes de esta fecha existían diversos cuerpos normativos que regulaban sólo algunos aspectos que intentaban dar respuesta a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG),⁴ que contiene los parámetros y lineamientos, para que los ciudadanos obtengamos información, sobre el actuar de las entidades gubernamentales, así como rectificar o modificar los datos personales que dichas entidades puedan poseer, igual resultado podemos esperar ahora con la publicación de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares,⁵ con la que el legislador abre las condiciones que permiten abordar la protección de los datos personales en posesión de particulares, bajo un sistema de orden público interno, en armonía con la postura internacional que obliga a una restricción en el tratamiento de datos personales, por entidades particulares.

II. HÁBEAS DATA

El concepto de *habeas data*, se encuentra previsto en el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y su ejercicio está asociado, como derecho fundamental, la Suprema Corte de Justicia lo define como el proceso determinado en el que el gobernado solicita la exhibición de la información contenida en registros que contengan datos personales, para tomar conocimiento de su exactitud, de lo contrario solicitar corrección; la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) encuentra sustento de lo anterior en el segundo párrafo del artículo 16 de la CPEUM, que describe los derechos ARCO —acceso, rectificación, cancelación y oposición—. De igual relevancia en el análisis la SCJN, la disposición del artículo 20, fracciones IV y V, de la LFTAIPG, como la serie de obligaciones que deben observar en cuanto al manejo o disposición de la información que hacen pública.⁶

Por lo que las entidades gubernamentales están obligadas a procurar que los datos personales que divulgan sean exactos y actualizados, así como a sustituir, rectificar o completar oficiosamente aquellos que publique y resulten inexactos o incompletos.

⁴ Presentada en el portal www.diputados.gob.mx como Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

⁵ *Idem*. Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 2010.

⁶ Tesis aislada (Constitucional) [TA]; 9a. Época; TCC; SJF y su Gaceta; Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 2244.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2010

El sistema constitucional mexicano a partir de esta reforma contempla a los datos personales como Derechos Fundamentales,⁷ la adición de un segundo párrafo al artículo 16 de la CPEUM señala lo siguiente:

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 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.

Con el reconocimiento del derecho de protección de datos personales que confiere este párrafo al gobernado, mediante el libre acceso a los mismos y la posibilidad de manifestarse en contrario, cuando los datos no guarden la debida precisión, en estricto apego al orden legal, la CPEUM amplía el catálogo de derechos, generando en las excepciones un tratamiento que debe vigilarse en todo momento, para proteger también a terceros. Junto a esta reforma aún no nos encontramos en un Estado de Derecho adecuado sobre la protección de datos personales, pues las razones de excepción pueden aducirse como suficientes para hacer a un lado cualquier principio que la ley pueda señalar.

La ley reglamentaria que emana de esta reforma al artículo 16 en su segundo párrafo es la Ley Federal para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP); su título presupone que únicamente se señala el comprendido entre particulares. Baste decir que hasta ahora el objetivo que debe de cumplir la ley reglamentaria no contempla una franca definición de la protección de los datos personales y tampoco amplía su regulación como derechos fundamentales.

En cuanto a las relaciones entre los gobernados y las autoridades la ley vela más por el interés del Estado mexicano y su actuar, haciendo ineficaz su aplicación por la parcialidad que mantiene. El *Habeas data* de la reforma constitucional comprende la protección contenciosa administrativa, y sólo mediante su utilización frente a la propia autoridad que se encuentra en conflicto con el gobernado se debe buscar la reparación de su esfera

⁷ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario, "La protección de datos personales entre particulares: Esbozos de un esquema de regulación y protección en México (Habeas Data)" en *La protección de datos personales en México*, Tenorio Cueto, Guillermo, *op. cit.*

jurídica, de no darse el caso el recurso de revisión se encuentra en otra norma la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la que faculta al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI). Esta última instancia debe también de resolver los recursos de revisión de la Ley Federal de Transparencia y Acceso Público a la Información Gubernamental.

Existe una interesante tesis en el Poder Judicial que distingue la inviolabilidad de las comunicaciones privadas con el derecho a la intimidad, que transcribimos a continuación:

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. A pesar de ser una manifestación más de aquellos derechos que preservan al individuo de un ámbito de actuación libre de injerencias de terceros —como sucede con el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o la protección de datos personales—, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas posee una autonomía propia reconocida por la Constitución. En cuanto a su objeto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se configura como una garantía formal, esto es, las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido. En este sentido, no se necesita en modo alguno analizar el contenido de la comunicación, o de sus circunstancias, para determinar su protección por el derecho fundamental. Este elemento distingue claramente al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de otros derechos fundamentales, como es el de la intimidad. En este último caso, para considerar que se ha consumado su violación, resulta absolutamente necesario acudir al contenido de aquello de lo que se predica su pertenencia al ámbito íntimo o privado. En definitiva, lo que se encuentra prohibido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo decimosegundo, es la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena. La violación de este derecho se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra —sin el consentimiento de los interlocutores o sin autorización judicial—, una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la conversación interceptada (Tesis aislada, 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 221).

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 431.

IV. RECONOCIMIENTO DE LOS TERCEROS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con la vigencia y aplicación de la Ley Federal para la protección de datos personales en posesión de particulares, se prevén mecanismos de reconocimiento de derechos y se contemplan mecanismos de solución entre particulares cuando ambos estén en un plano de igualdad y sus datos personales se vean alterados.

Los derechos fundamentales, deben ser en principio derechos públicos y su ejercicio subjetivo presentarse frente al Estado, pero también permiten ser desplegados en su protección y actuar frente a otros gobernados en igualdad de condiciones, permitiendo la sana convivencia entre particulares. El problema radica si su eficacia es directa o sólo comprende un carácter indirecto: es la cuestión conocida en la doctrina alemana como *Drittwirkung der Grundrechte*.⁸

En relación a lo anterior el autor en cita estudia el concepto del tribunal alemán y lo ubica en el artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969), en su Parte I. Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Capítulo I Enumeración de Deberes, que transcribimos:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Este deber general de respeto encuentra paralelo en otros tratados de derechos humanos, por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o los artículos 2.1 y 38.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.⁹

⁸ MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Localización: Teoría y realidad constitucional*, ISSN 1139-5583, N° 20, 2007. (Ejemplar dedicado a: Derechos Fundamentales), pp. 583-608. <http://dialnet.unirioja.es/>

⁹ *Ibidem*, p. 4.

Tomando este último comentario podemos sugerir la idea de que a últimas fechas la idea de expansión de los Derechos Humanos sobre un plano horizontal se ha ido asentando y consolidando en diversos sistemas constitucionales, aunque otros tantos como el mexicano, sigue supeditado al paradigma de la verticalidad en las relaciones de protección de tales Derechos. De la idea central que hemos señalado producto del análisis de la Ley de protección, en donde se contempla que cuando algún particular, con independencia del giro o actividad a la que se dedique, posee datos particulares, y derivado de tal situación, produce un mal manejo de estos, y con ello una afectación a la dignidad de una o varias personas, tiene el deber de reparar y restituir el daño emanado de su accionar.

La tutela derivada de la Ley es el primer esfuerzo, en el largo camino hacia la configuración de los Derechos Humanos.

Una vez más, señalamos que si el sistema jurídico mexicano, está trascendiendo con la protección al *habeas data* y los derechos fundamentales, la competencia universal de los Derechos Humanos debe de abrir espacios en todos los ámbitos, sectores y materias, con un amplio abanico en el reconocimiento de la horizontalidad en los efectos de los Derechos Humanos.

V. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

La Ley Federal para la protección de datos personales en posesión de particulares, contempla para los ciudadanos mexicanos una defensa de sus datos personales en una instancia que no es del todo constitucional, dado la particular naturaleza y fines que le alejan de una protección de los Derechos Fundamentales que en conjunto son Derechos Humanos.

El propósito que tiene el procedimiento contencioso administrativo es el de resolver posibles diferencias entre la autoridad administrativa y los gobernados; en el supuesto en que la Administración Pública en su ámbito de gobierno actúe o deje de hacerlo el sujeto de derechos; este puede acudir ante la instancia contenciosa con la pretensión de obtener la anulación o rectificación del acto en controversia.

En cuanto al procedimiento constitucional, apuntamos que dada su naturaleza tiene la finalidad de mantener la vigencia del orden constitucional, aplicando los procedimientos vinculados a la protección de Derechos Hu-

manos, los mecanismos de control son; el juicio de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, resultan ser ejemplos de lo anterior.

En cuanto a la protección jurisdiccional y el carácter constitucional del *habeas data*, Myrna Elia García Barrera,¹⁰ citando a Pérez Luño,¹¹ transcribe el siguiente párrafo:

El *habeas data* constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió el *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona.

Lo que indica al reconocer la necesidad de proteger la esfera informática y otorgar reconocimiento de ese derecho, los ciudadanos deben acudir ante la instancia jurisdiccional, a efecto de solicitar la aclaración o corrección de datos personales que permitan la adecuada reparación de la tal vulneración.

Así el carácter en cuanto a la reparación que se realiza mediante procedimiento frente a una jurisdicción facultada para ello y cuyo carácter obliga a ser especializada, resulta que por nada puede o debe empatarse a ningún otro medio de control jurisdiccional, que no contemple las características que sobre la protección del *habeas data* hemos señalado.

Hasta aquí vale mencionar que la protección de datos personales en México, en cuanto a su normatividad se refiere sólo ha sido vinculado por la propia ley en relación a los particulares, en plano de igualdad privado. Junto a lo anterior planteamos para la ley reglamentaria del párrafo segundo que sobre el artículo 16 de la CPEUM ha emitido el legislador, se debe adecuar a un procedimiento especializado que cumpla con una adecuada salvaguarda del *habeas data*, el IFAI no debe ser la instancia que resuelva el recurso de revisión, debe ser un organismo con plena competencia constitucional clara y efectiva, que lo haga.

Estamos señalando que el reconocimiento a los Derechos Fundamentales es novedoso, pero su aplicación y controversia frente al órgano de solución del recurso no lo es o resulta ser el menos adecuado. Los resultados frente a lo anterior serán parciales o ineficaces por no ser idóneos

¹⁰ http://www.ctainl.org.mx/revista_7/noticias/habeasdatamexico.pdf

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Editorial Fontamara. 2ª edición, México, 2001, p. 14.

los medios de defensa sobre la protección de datos personales. Debemos recordar la naturaleza original que dio origen a la creación del IFAI, sus limitaciones en materias únicas y exclusivas de transparencia y acceso a la información, la reforma amplía su actuar desvirtuando el origen de sus facultades, por un lado es instancia que obliga al Estado para contribuir a una sana información hacia sus gobernados, sobre lo que hace y por otro lo protege por causas diversas como la seguridad nacional o razones de Estado.

VI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

El procedimiento de protección de derechos se regula en el artículo 45 de la LFPDPPP:

Artículo 45.- El procedimiento se iniciará a instancia del titular de los datos o de su representante legal, expresando con claridad el contenido de su reclamación y de los preceptos de esta Ley que se consideran vulnerados. La solicitud de protección de datos deberá presentarse ante el Instituto dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se comuniquen la respuesta al titular por parte del responsable.

En caso de que el titular de los datos no reciba respuesta por parte del responsable, la solicitud de protección de datos podrá ser presentada a partir de que haya vencido el plazo de respuesta previsto para el responsable. En este caso, bastará que el titular de los datos acompañe a su solicitud de protección de datos el documento que pruebe la fecha en que presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

La solicitud de protección de datos también procederá en los mismos términos cuando el responsable no entregue al titular los datos personales solicitados; o lo haga en un formato incomprensible, se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales, el titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponda a la información requerida. Recibida la solicitud de protección de datos ante el Instituto, se dará traslado de la misma al responsable, para que, en el plazo de quince días, emita respuesta, ofrezca las pruebas que estime pertinentes y manifieste por escrito lo que a su derecho convenga.

El Instituto admitirá las pruebas que estime pertinentes y procederá a su desahogo. Asimismo, podrá solicitar del responsable las demás pruebas que estime necesarias. Concluido el desahogo de las pruebas, el Instituto notificará al responsable el derecho que le asiste para que, de considerarlo necesario, presente sus alegatos dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Para el debido desahogo del procedimiento, el Instituto resolverá sobre la solicitud de protección de datos formulada, una vez analizadas las pruebas y demás elementos de convicción que estime pertinentes, como pueden serlo aquéllos que deriven de la o las audiencias que se celebren con las partes.

El Reglamento de la Ley establecerá la forma, términos y plazos conforme a los que desarrollará el procedimiento de protección de derechos.

Con este artículo da inicio el "procedimiento de protección de derechos" que se llevará a cabo ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), y que será el mecanismo para garantizar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales llamados derechos ARCO tutelados en el artículo 16 de nuestra Constitución.¹²

El "procedimiento de protección de derechos" lo deberá iniciar el titular del derecho o su representante legal ante el IFAI, quien es el órgano responsable de conocer y resolver los procedimientos de protección y de verificación señalados en esta Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP). El IFAI impondrá además las sanciones, las cuales van desde el apercibimiento hasta multas por montos equivalentes a 320000 días de salario mínimo, esta facultad le es dada al instituto conforme a la ley.

El primer punto a destacar es la representación del titular. El reglamento deberá estipular cuáles serán los requisitos para admitir la representación, si se toma como punto de comparación el juicio contencioso administrativo, en éste se determina que no procederá la gestión de negocios, por lo cual sólo podrá ser representante legal aquel que demuestre la representación con escritura pública o carta poder firmada ante dos testigos.¹³

La representación es una institución de amplia relevancia en el derecho, pues entraña la posibilidad de que una persona realice actos jurídicos en nombre de otra. La representación supone, pues, que una persona a quien no corresponden los incidentes jurídicos en juego ponga su propia actividad, su "querer", al servicio de tales servicios ajenos. Bajo esta lógica entendemos que el representante no es el afectado por la vulneración de los derechos ARCO, por lo que deberá actuar con la debida representación legítima de quien es el titular. Hay que señalar que el IFAI cuenta con amplia experiencia en materia de representación, esta versa sobre los recursos de

¹² VILLANUEVA, Ernesto y WUCCI, Hilda (coordinadores), *Comentarios a la Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de particulares*, Editorial Novum, FES Aragón y Conacyt, México, 2012, pp. 107-139.

¹³ *Ídem*.

revisión que también tiene la facultad de resolver; la representación en estos casos se acredita con carta poder firmada por dos testigos, esto para el caso en que el procedimiento se lleve a cabo de manera presencial. Es interesante ver lo que ocurre si el procedimiento es por medios electrónicos, ya que se señala que la representación no será admitida, esto en el entendido de que en el procedimiento llevado a cabo de manera electrónica la información de todo el procedimiento es accesible para el interesado con sólo tener acceso a internet, lo que no ocurre en el procedimiento tradicional, que implica el traslado a alguna unidad de enlace. Entendemos que en el tema de la representación del "procedimiento de protección de derechos" no hay distinción si se presenta de manera tradicional o por la vía electrónica, así que veremos cómo se estipula en el reglamento de la LFPDPPP.¹⁴

Otro punto a destacar es el plazo para presentar la solicitud de protección de datos. La ley señala un plazo de 15 días para presentar la solicitud de protección de datos personales ante el IFAI, en un primer momento, ya que se determina este plazo cuando existe respuesta por parte del responsable de los datos; otro de los supuestos que se maneja en la ley es la presentación de la solicitud cuando no tenemos respuesta por parte del responsable. En este caso, la ley no determina plazo para presentar la solicitud, si no que se tiene la posibilidad de presentarla en cualquier momento (bajo salvedad de lo que se determine en el reglamento), y junto con la solicitud ante el IFAI, tendrá que presentar la petición que se hiciera ante el responsable. Hay que destacar que el responsable tiene un plazo de 20 días para dar respuesta a toda solicitud de derechos de acceso, rectificación cancelación u oposición de datos personales. Este plazo podrá ser ampliado por un término igual y sólo una vez, bajo la solicitud del responsable y se debe notificar al solicitante.

No basta con que se dé respuesta a la petición hecha ante el responsable, ésta debe de cubrir lo solicitado por el titular, en caso de no hacerlo se deben exponer los motivos por los cuales no se permite el acceso, rectificación, cancelación u oposición de los datos personales, y se debe fundamentar la negativa. La respuesta debe ser clara y no dar pie a dudas o interpretaciones ambiguas.¹⁵

Una vez recibida la solicitud, que deberá cumplir los requisitos del artículo 46 de la ley, y acordada la admisión por el órgano garante, se hará

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ *Ídem.*

del conocimiento del promovente, al igual que se dará traslado al responsable de los datos, esto para que en un plazo de 15 días manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas para el procedimiento.

Las pruebas son parte esencial del procedimiento. La prueba es una actividad de las partes; es el acto o la serie de actos que realizan las partes, mediante los cuales tratan de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos que han de servir de fundamento a la decisión del proceso.

Hay que entender que las pruebas tienen como objetivo encontrar la verdad, dar certeza a las situaciones jurídicas, y convencer al juzgador y no a la contraparte.

Admitidas las pruebas de ambas partes, se tendrán que evaluar, para determinar si son admitidas o desechadas. En la ley no se determina qué tipo de pruebas serán admitidas y cuáles no. Una vez llevada a cabo esta parte del procedimiento se notificará al responsable para que en el plazo de cinco días presente sus alegatos. En el texto del artículo aquí comentado sólo se determina que se notificará al responsable; sin embargo la presentación de alegatos es un derecho procesal de ambas partes, por lo cual esperamos que esta falla legislativa sea subsanada en el reglamento.

Los alegatos tienen como función principal otorgar a las partes la oportunidad de argumentar el valor de las pruebas admitidas en el proceso, además de manifestar con argumentos jurídicos la aplicabilidad de las normas jurídicas invocadas.¹⁶

Los alegatos son la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes, sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo de instancias del proceso. Los alegatos deben tomarse en cuenta para la resolución. Una vez cerrada la instrucción se determina un plazo de 50 días para que el órgano garante emita su resolución; este plazo se determina en la propia ley, en el artículo 47, pero se contabilizará a partir de la presentación de la solicitud; el mismo podrá ser ampliado por un plazo igual si así lo justifica el Pleno del instituto.

Hay que señalar que ya existe un procedimiento de la misma naturaleza (protección de datos), sin embargo, éste sólo aplica a la protección frente a los órganos estatales que vulneren dichos derechos, y se encuentra regulado por la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFAIPG); dicho procedimiento tiene una naturaleza administrativa, es

¹⁶ *Ídem.*

llamado “recurso de revisión” y se presenta ante el IFAI, lo cual nos señala que la protección de datos en posesión de entes tanto gubernamentales como particulares los resolverá el mismo instituto. La diferencia más notoria es el nombre que se le atribuye a cada uno, ya que su naturaleza es distinta. Mientras que para el primero se habla de un recurso de revisión, en el segundo se habla de un procedimiento de protección de datos, ya que este último versa sobre resoluciones de particulares y no de autoridades gubernamentales.¹⁷

Cabe señalar que la presentación del recurso de revisión puede hacerse por medios electrónicos, y el idóneo es el sistema Infomex, que ha sido utilizado por el instituto para recibir dichos recursos. La ley en materia de protección de datos en posesión de particulares no menciona dicho sistema, por lo cual nos resta esperar qué referencia se hará en el reglamento, y si el procedimiento de protección será igual o tendrá semejanzas al recurso de revisión, en lo referente a la vulneración de datos personales por entes públicos.

VII. EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN DERECHO COMPARADO

En Argentina, el procedimiento de protección de datos está regulado por la Ley 25.326; éste se encuentra descrito en los artículos 33 y siguientes, en los mismos se fijan las pautas para la protección de los derechos ARCO, determinando que se seguirán las reglas a la acción de amparo común y supletoriamente las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, en lo que toca al juicio sumarísimo.¹⁸

Hay que subrayar que el órgano competente para entender la acción de *habeas data* (acción de protección de los derechos ARCO) es el [...] juez del domicilio del actor, el domicilio del demandado, el lugar en que el hecho o acto se exteriorice o pudiese tener efecto [...] De lo antepuesto podemos rescatar algo sumamente importante: la acción de protección de los derechos ARCO en Argentina tiene una naturaleza judicial. Caso contrario es el mexicano, donde la acción es de naturaleza administrativa y por ello la competencia del Instituto.¹⁹

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ *Ídem.*

En Argentina la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP), es el órgano de control que se encarga de verificar que los registros, bases, archivos y bancos de datos cumplan con lo estipulado en la ley y bajo sus facultades se encuentra recibir denuncias sobre sujetos responsables de bases de datos, que no cumplan con los requisitos que establece la ley para la protección de datos personales. Por ello un individuo puede denunciar ante este órgano, y la resolución que éste emita tiene un carácter administrativo, y el efecto que puede tener es revelar las deficiencias o el incumplimiento de los responsables de las bases de datos. Es en la vía judicial donde se lleva a cabo la acción de *habeas data*.²⁰

No sobra destacar que Argentina es uno de los países latinoamericanos de mayor tradición en materia de protección de datos.²¹

En lo referente a los requisitos para interponer la demanda, el artículo que regula esto en Argentina es muy general, no se hace una descripción a detalle de los requisitos como en la ley mexicana.²²

La demanda se presentará por escrito, es decir, la iniciación del procedimiento no describe alguna forma electrónica. En la Ley 25.326, en el apartado correspondiente a la “acción de protección de datos personales”, se detallan los siguientes requisitos:

1. La demanda deberá interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo.
2. En el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen.

De lo anterior se puede señalar que la forma de la demanda será, por escrito, de manera individualizada, no dando lugar a representantes, recordemos que en el caso mexicano se precisa que la presentación de la “solicitud de protección de datos” podrá hacerse por medios electrónicos, y sí permite la representación, en el caso argentino la ley no lo menciona así, y no se encuentra reglamentado de otra manera.²³

Otro de los requisitos solicitados son el nombre y domicilio del responsable de los datos. Hay que destacar la importancia de señalar el domicilio, ya que en el caso argentino la competencia del juez que conocerá del caso

²⁰ *Ídem.*

²¹ *Ídem.*

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.*

se indica a partir del domicilio, tanto del responsable como del titular o del lugar donde se exteriorice el hecho o el acto, lo anterior a petición del titular, por lo cual se requiere la individualización del accionante y del archivo.

En el caso mexicano también se solicita el domicilio de las partes, tanto del titular como del responsable, sin embargo, la competencia no se determina por el domicilio, ya que el órgano ante quien se presenta la solicitud de protección de derechos ARCO es un ente federal; sólo cabría ubicar en su caso las unidades de enlace o su equivalente, si la solicitud se pretendiera presentar de manera presencial.²⁴

En el Derecho Comparado podemos encontrar distintos casos referentes al plazo establecido. Por ejemplo, en Europa el artículo 118 del Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999 de España, establece la duración del procedimiento y efectos de la falta de resolución expresa:

Artículo 118. [...]

1. El plazo máximo para dictar y notificar resolución en el procedimiento de tutela de derechos será de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la Agencia Española de Protección de Datos de la reclamación del afectado o afectados.
2. Si en dicho plazo no se hubiese dictado y notificado resolución expresa, el afectado podrá considerar estimada su reclamación por silencio administrativo positivo.

La Ley de Protección de Datos Personales de Estonia establece en su artículo 38, que el Órgano Inspector de los Datos tiene un plazo de 30 días para resolver una solicitud a partir del día en el que la recibió. Este tiempo puede extenderse para su revisión hasta 60 días para clarificar su resolución en caso de que todavía exista inconformidad.²⁵

A pesar de que cada país determina sus propios plazos en sus respectivas leyes de protección de datos, el Consejo de la Unión Europea, creó el Reglamento de Protección de Datos en las instituciones de la Unión Europea, cuyo artículo 25 establece que:

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ídem.*

Artículo 25. Modalidades prácticas.

1. Las solicitudes de investigación se dirigirán al RPD (Responsable de la Protección de Datos), por escrito y utilizando el impreso específico que este último facilite. En caso de abuso manifiesto del derecho a solicitar una investigación, por ejemplo, cuando el mismo particular haya hecho una solicitud idéntica poco tiempo antes, el RPD no estará obligado a contestar al solicitante.
2. En el plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud, el RPD enviará un acuse de recibo a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos o a la persona que encargó la investigación y verificará si la petición debe tratarse de forma confidencial.
3. El RPD pedirá al responsable del tratamiento de los datos (la institución, dirección general, dirección, división, unidad o cualquier otra entidad organizativa, que determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales), de que se trate una declaración escrita sobre la cuestión. El responsable del tratamiento dará respuesta al RPD en el plazo de quince días. El RPD podrá desear que otras partes, como la Oficina de Seguridad o la Oficina de Infosec de la SGC (Secretaría General del Consejo), le faciliten información complementaria. Si procede, podrá pedir un dictamen sobre la cuestión al Servicio Jurídico del Consejo. Deberá facilitarse la información o el dictamen al RPD en el plazo de 30 días.
4. El RPD responderá a la AFPN (Autoridad Facultada para Proceder a los Nombramientos) o a la persona que hizo la solicitud a más tardar tres meses después de su recepción.²⁶

La experiencia de la Agencia Española de Protección de Datos, da testimonio de ocasiones en las que ha tenido que intervenir para dar solución a las solicitudes, aplicadas por los titulares de los datos en la defensa de sus derechos cuando estos les han sido negados por el responsable, dentro del plazo máximo de seis meses, establecido por la Ley Orgánica 15/1999. TAL ES EL CASO EXPUESTO POR LA RESOLUCIÓN NÚM. R/00508/2011, FORMULADA CONTRA GOOGLE SPAIH, S. L., POR NO HABER ATENDIDO EL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL AFECTADO, QUE INGRESÓ A LA AGENCIA EL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2010 Y QUE FUE RESUELTA A FAVOR DEL AFECTADO E INSTÓ A GOOGLE SPAIN, S. L., A EVITAR LA INDEXACIÓN Y ELIMINAR LOS DATOS PERSONALES DEL RECLAMANTE DE SU DIRECCIÓN DE INTERNET, EL 16 DE MARZO DE 2011, SEIS MESES DESPUÉS DE HABER INGRESADO LA SOLICITUD A LA AGENCIA.²⁷

²⁶ *Ídem.*

²⁷ *Ídem.*

México apenas va a encontrarse con este tipo de situaciones en las que, posiblemente, debido a la complejidad de cada caso, podrá requerirse todo el tiempo indicado en la LFPDPPP para dictar una resolución; sin embargo, será deseable que el uso de estos plazos se deba a las particularidades de cada solicitud y no a la burocracia dentro del instituto, o a intereses particulares que pudieran corromper el proceder de la ley.

VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS EN MÉXICO

El Artículo 46 de la LFPDPPP señala:

La solicitud de protección de datos podrá interponerse por escrito libre o a través de los formatos, del sistema electrónico que al efecto proporcione el Instituto y deberá contener la siguiente información:

- I. El nombre del titular o, en su caso, el de su representante legal, así como del tercero interesado, si lo hay;
- II. El nombre del responsable ante el cual se presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;
- III. El domicilio para oír y recibir notificaciones;
- IV. La fecha en que se le dio a conocer la respuesta del responsable, salvo que el procedimiento inicie con base en lo previsto en el artículo 50;
- V. Los actos que motivan su solicitud de protección de datos, y
- VI. Los demás elementos que se considere procedente hacer del conocimiento del Instituto.

La forma y términos en que deba acreditarse la identidad del titular o bien, la representación legal se establecerán en el Reglamento.

Asimismo, a la solicitud de protección de datos deberá acompañarse la solicitud y la respuesta que se recurre o, en su caso, los datos que permitan su identificación. En el caso de falta de respuesta sólo será necesario presentar la solicitud.

En el caso de que la solicitud de protección de datos se interponga a través de medios que no sean electrónicos, deberá acompañarse de las copias de traslado suficientes.

Este artículo señala los requisitos de forma para la presentación de la solicitud del "procedimiento de protección de derechos" ante el Instituto

Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, órgano garante en la materia.²⁸

Describe de manera general las exigencias legales que deberán reunir los titulares de los datos personales, para poder iniciar el "procedimiento de protección de derechos". La solicitud se hará en "escrito libre", esto quiere decir que el escrito no tendrá alguna formalidad, debiendo cubrir requisitos expuestos en este artículo. El mismo artículo también señala otra opción, que es la de presentar la solicitud a través del formato que para este efecto proporcione el instituto. Bajo este entendido, sólo se tendrá que llenar un formato y anexar los documentos probatorios.²⁹

El escrito deberá contar con el nombre del titular de los datos, así como el de su representante legal, si es que lo hubiese. Además, se tendrá que señalar el nombre de los terceros perjudicados, si los hay. En este caso, la ley no determina quiénes pudiesen ser los terceros perjudicados en este procedimiento.

La fracción II pide señalar el nombre del responsable de los datos personales a quien se le solicitó el acceso, rectificación, cancelación u oposición de los datos. Esto sería para que el IFAI le notifique que es parte de un procedimiento de protección de datos además de darle la oportunidad de exponer lo que a su derecho convenga, presentar pruebas y alegatos dentro de los plazos establecidos por la propia Ley.

La fracción III refiere al domicilio "para oír y recibir notificaciones". Esto no tiene mayor complejidad, pues el domicilio se solicita para hacer del conocimiento, tanto del solicitante como del responsable de las actuaciones que se llevan a cabo, y así quedar notificados de las mismas. En el caso de la presentación de solicitudes vía electrónica, las notificaciones se harán por medio del sistema que el propio instituto proponga; en el caso de los recursos de revisión las notificaciones se hacen por medio del sistema Infomex, y para acceder a éste el titular deberá de registrarse en el sistema, además de considerar las reglas establecidas en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo en cuanto a las notificaciones vía electrónica. Queda en duda si las mismas reglas se tomarán en cuenta para las notificaciones en el "procedimiento de protección de derechos".³⁰

²⁸ SEVILLA OSORNO, Dayana y GARCÍA RICCI, Diego, citados por Villanueva, Ernesto y Wucci, Hilda, *Comentarios a la Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de particulares*.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ *Ídem*.

La fracción IV solicita: "La fecha en que se le dio a conocer la respuesta del responsable, salvo que el procedimiento inicie con base en lo previsto en el artículo 50". Lo antepuesto se requiere para que el instituto realice el cómputo del plazo para la presentación de la solicitud de protección de datos. Recordemos que se da un plazo de 15 días a partir de la notificación de la respuesta del responsable, y en caso de no presentar la solicitud dentro de este plazo, el instituto desechará la misma. También hay que acentuar que en el caso de no tener repuesta se excluye este requisito, pero deberá señalarse esta omisión de respuesta y la fecha en que se hizo la petición al responsable de los datos.³¹

La fracción V determina el requisito de motivar nuestra pretensión, esto es, se tiene que detallar la afectación que sufrimos al no ser aceptada nuestra petición ante el responsable. En caso de que nuestra petición se encuentre en uno de los supuestos que limita el ejercicio de los derechos ARCO, se tendrá que hacer del conocimiento al titular, fundamentando y motivando esta limitación conforme a la ley. Estas limitaciones se exponen en el artículo 16 de la Constitución, el cual señala lo siguiente:

Artículo 16. [...] toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismo, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud pública o para proteger derecho, de terceros [énfasis añadido].

Como vemos los límites son por:

1. Razones de seguridad nacional.
2. Disposiciones de orden público.
3. Seguridad pública.
4. Salud pública.
5. Protección de derecho de terceros.

La *Seguridad Nacional* se entiende como la condición permanente de paz, libertad y justicia social; el orden público supone la organización social de un país que aspira a un orden jurídico, en sentido estricto se habla

³¹ *Ídem.*

de tranquilidad y sanidad pública,³² la seguridad pública, como explica Sergio García Ramírez, es una cualidad de los espacios públicos y privados, que se caracteriza por la inexistencia de amenazas que socaven o supriman los bienes y derechos de las personas y en la que existen condiciones propicias para la convivencia pacífica y el desarrollo individual y colectivo de la sociedad. Por salud pública se entiende la labor que se realiza para dar protección de manera general a una población, tratando de mejorar las condiciones de salud para toda la comunidad, por lo cual, si se considera que si se vulnera alguna de las condiciones antes expuestas, se podrá invocar esta excepción y no dar cabida a la protección de datos personales bajo la premisa de bienestar social antes del bienestar individual.³³

La fracción VI da la posibilidad al ciudadano de presentar más elementos que considere que pueden ser importantes para la tramitación de su solicitud.

La acreditación de la identidad y la representación legal son puntos a destacar, si se considera como punto de comparación el recurso de revisión en materia de protección de datos personales, en posesión del Gobierno Federal ante el IFAI, podemos imaginar los requisitos que se establecerán para la presente solicitud. En el caso de la representación, no se establecen mayores requisitos salvo el de encontrarse autorizado con carta poder firmada por dos testigos.³⁴

Sobre la acreditación de la identidad sólo se asienta que se hará con los documentos pertinentes. Retomando nuestro ejemplo comparativo, para la presentación del recurso de revisión ante el IFAI por medios electrónicos, la identificación se hace bajo las reglas establecidas para el recurso en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo en su artículo 69-C, que regula la acreditación bajo la certificación en un medio de identificación; este es un registro de personas acreditadas para realizar trámites ante dependencias gubernamentales, bajo este entendido la acreditación del titular ya estará perfeccionada, ya que para encontrarse en el registro se le solicitará la acreditación de su personalidad, además de que se toma en consideración el Registro Federal de Contribuyentes, en caso de estar inscrito, y así, se asignará un número de registro. Hay que destacar que lo

³² *Ídem.*

³³ *Ídem.*

³⁴ *Ídem.*

anterior es un comparativo con lo que hoy es llevado a cabo por el instituto en recursos de revisión en materia de protección de datos, antecedente directo de la solicitud de protección de datos expuesta en este artículo.³⁵

Como documento probatorio se solicita anexar la respuesta del responsable. Este es un documento fundamental para la presentación de la solicitud, ya que será el primer documento de prueba de la pretensión. La particularidad surge de la falta de respuesta del responsable, pues en este supuesto, para poder iniciar nuestra solicitud, se requiere presentar el documento en el cual se hace la solicitud de acceso, rectificación, corrección u oposición de datos personales. En este caso sí existirá respuesta por parte del responsable, él será el que tendrá que demostrar que la respuesta se entregó, la tendrá que dar a conocer. Además de que deberá demostrar que se entregó en el plazo determinado por la ley.³⁶

El responsable tendrá un plazo de 20 días, el cual podrá ser ampliado a petición del responsable por un plazo igual, y sólo una vez, para dar respuesta a las solicitudes de derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición (ARCO); SI AL TÉRMINO DE ESTE PLAZO NO SE HA EMITIDO RESPUESTA SE TENDRÁ POR NEGATIVA Y, EN CONSECUENCIA, SE PODRÁ RECURRIR AL IFAI PARA SOLICITAR QUE SE INICIE EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS, BAJO EL ESQUEMA MENCIONADO EN EL PÁRRAFO ANTERIOR.³⁷

El último punto a resaltar de este artículo es la posibilidad de llevar el procedimiento mediante medios electrónicos, es más, hay que destacar que el último párrafo hace referencia al uso de este medio como el principal para la interposición de la solicitud, con lo que queda como excepción la interposición por otros medios.

Los procedimientos en línea son cuestión novedosa en nuestro sistema jurídico. En México el IFAI desde su creación materializó el ejercicio del derecho de acceso a la información a través de este medio, y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa lo ha adoptado para el desarrollo del procedimiento; en octubre de 2011 ofreció la primera resolución bajo esta modalidad. El principal beneficio que se desprende de este procedimiento es el poco tiempo que lleva para la resolución, ya que las notificaciones se hacen en el mismo medio, por lo que se evita

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem.*

notificar a las partes visitando sus domicilios, y se deja atrás la problemática de no encontrar a los sujetos. Otro beneficio es la reducción de costos, y esto no sólo en la reducción de nóminas de los tribunales para notificadores, sino también la reducción del impacto ambiental, ya que bajo el entendido que todo se haría bajo la modalidad *on line*, no será necesario el gasto interminable de papel al igual que insumos para la impresión de los documentos.³⁸

El artículo 47 de la LFPDPP señala:

El plazo máximo para dictar la resolución en el procedimiento de protección de derechos será de cincuenta días, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de protección de datos. Cuando haya causa justificada, el Pleno del Instituto podrá ampliar por una vez y hasta por un periodo igual este plazo.

El artículo 47 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), establece el plazo que tiene el instituto para dar respuesta a una solicitud una vez que el titular, o su representante legal, la haya presentado cuando, a su consideración, ha sido vulnerado alguno de sus derechos de ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), frente a un particular y se muestre inconforme ante la respuesta del responsable o que haya vencido el tiempo de respuesta.

En este sentido, es tarea del Estado hacer efectiva la protección de este derecho mediante un órgano garante que adopte todas las medidas necesarias. Por lo tanto, entre las facultades del instituto, tal como lo señala el artículo 38 de la ley en análisis, principalmente está difundir el conocimiento del derecho a la protección de datos personales en la sociedad mexicana, promover su ejercicio y vigilar por la debida observancia de las disposiciones previstas. Parte de esto es establecer plazos en los que se garantizará la debida observancia de la ley.³⁹

En este caso en particular, la ley establece un total de 50 días contados a partir del día que recibe la solicitud de los derechos de ARCO, para que el instituto dicte la resolución al titular. Si existe alguna causa justificada, el plazo puede extenderse hasta 50 días más. Previo a esto, el instituto debió haber verificado que se cumplieran todos los requisitos señalados por los artículos 45 y 46 de la ley para dar procedencia a la solicitud.

³⁸ *Ídem.*

³⁹ VÉLEZ, Nadia, citada en *idem*.

Por su parte, el artículo 45 indica en la parte conducente:

[...] En este caso, bastará que el titular de los datos acompañe a su solicitud de protección de datos, el documento que pruebe la fecha en que presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

La solicitud de protección de datos también procederá en los mismos términos cuando el responsable no entregue al titular los datos personales solicitados; o lo haga en un formato incomprensible, se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales, el titular no esté conforme con la información entregada por considerar que es incompleta o no corresponda a la información requerida [...].

Los extremos que deben acreditarse se indican en el artículo 46:

[...]:

- i. El nombre del titular o, en su caso, el de su representante legal, así como del tercero interesado, si lo hay;
- ii. El nombre del responsable ante el cual se presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;
- iii. El domicilio para oír y recibir notificaciones;
- iv. La fecha en que se le dio a conocer la respuesta del responsable, salvo que el procedimiento inicie con base en lo previsto en el artículo 50;
- v. Los actos que motivan su solicitud de protección de datos, y
- vi. Los demás elementos que se considere procedente hacer del conocimiento del Instituto.

Continúa el artículo 48:

En caso que la resolución de protección de derechos resulte favorable al titular de los datos, se requerirá al responsable para que, en el plazo de diez días siguientes a la notificación o cuando así se justifique, uno mayor que fije la propia resolución, haga efectivo el ejercicio de los derechos objeto de protección, debiendo dar cuenta por escrito de dicho cumplimiento al Instituto dentro de los siguientes diez días.

IX. EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN

Ahora nos centramos en analizar la forma en la que operarían los medios de impugnación en la vía administrativa, cuando el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI PD), falle en contra de una pretensión presentada por una persona que pretende se decrete la protección de su información, por considerarla dentro de la gama de las amparadas bajo el concepto de Datos Personales.

El procedimiento de protección de datos personales está regulado por el Capítulo VII de la LFPDPPP, de los artículos 45 a 58, donde esencialmente se establece que una persona por sí o por conducto de su representante legal, podrá solicitar la protección de datos personales que estima vulnerados por otro particular (denominado responsable) en posesión de los mismos.⁴⁰

El artículo 56 de la LFPDPPP señala claramente que ante la resolución en sentido desfavorable, o bien, que no satisfaga a plenitud la pretensión del titular de los datos emitida por el IFAIPD, el particular podrá promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA).

Antes de abordar el tema del juicio contencioso administrativo (nombre técnicamente más apropiado que el llamado juicio de nulidad) ante el TFJFA, nos gustaría detenernos un poco en la redacción del mencionado precepto.

Señala textualmente el numeral en comento:

Artículo 56. Contra las resoluciones del Instituto, los particulares podrán promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

No podemos negar nuestra preocupación en cuanto a que pareciera que la redacción de este artículo, niega la reclamación de la resolución en la vía administrativa⁴¹ antes que la jurisdiccional. Veamos por qué:

De acuerdo a lo regulado por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), en términos de lo dispuesto por el artículo 83 se establece que los interesados afectados por una resolución de carácter administrativo (como a nuestro juicio resultaría la resolución emitida por el Instituto), que ponga fin a un procedimiento o resuelvan un expediente, podrán intentar el juicio de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.⁴²

La naturaleza de la LFPA es la de instaurarse como una Ley Marco o cuadro, siendo éstas aquellas que el legislador expide con el fin de marcar las directrices generales de un determinado comportamiento de la autoridad administrativa y de los gobernados, delegando su facultad hacia el Ejecutivo, para que en la vía reglamentaria determine los medios y formas

⁴⁰ BEJAR RIVERA, Luis José, en *op. cit.*

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ídem.*

de cumplimiento específico.³ También se aplica esta figura cuando el legislador determina exponer condiciones generales o comunes, y se reserva para la ley especial las peculiaridades de la materia.

De esta forma es como opera la LFPA, es decir, se trata en todo momento de una ley complementaria que camina de la mano de la ley especial. No obstante se dice que la norma especial deroga a la general, debemos hacer hincapié en dos cosas: La LFPA, por su naturaleza no es propiamente una ley general, sino una ley marco, y segundo nuestro sistema de regulación jurídica no establece categorías distintas de leyes, por tanto, tan válida y aplicable resulta la Ley Marco como la ley especial, de tal forma que los operadores jurídicos lo que deben hacer, es armonizar ambos textos para su invocación y aplicación.⁴³

Ahora bien, si tomáramos alguna de las posturas existentes, y fundamentado en algún criterio jurisprudencial, podríamos pensar que el legislador decidió no otorgar el recurso de revisión para el particular consagrado en la LFPA.

Bajo esta idea, lisa y llanamente podemos señalar que el legislador no otorgó el recurso en la vía administrativa, por no considerarlo necesario, y por ende, la expresión “podrá”, incluida en el texto del artículo 56 de la LFPDPPP se debe tomar como una cuestión facultativa, y por tanto, ante la inconformidad con la resolución, la expresión “podrá”, en realidad se transforma en la expresión “deberá”.⁴⁴

A juicio de Bejar, este criterio resultaría inaceptable pues se trata entonces de negar una posibilidad de impugnación importante, que está normalmente al alcance de los particulares, y que además en un sentido práctico representa muchas ventajas en su tramitación. Estas ventajas se pueden sintetizar en las siguientes ideas:⁴⁵

- a) Le permite a la autoridad “lavar en casa la ropa sucia”, tomando en consideración una serie de resoluciones dolosas, arbitrarias e incluso absurdas que son emitidas.
- b) Le da oportunidad a la autoridad administrativa conocer de aquellas lagunas legislativas o fallas en la técnica legislativa que quizá no convenga ventilar ante tribunales.

⁴³ BEJAR RIVERA, Luis José, en *op. cit.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ *Ídem.*

- c) El particular puede obtener una resolución en justicia no en derecho, como ocurriría en el caso de los tribunales administrativos que en todo momento deben resolver conforme al principio de legalidad.
- d) Es una forma de depurar las cargas de trabajo de los tribunales, con lo que se evitaría el rezago ya existente en estos últimos.
- e) En caso de que le asista la razón al particular, la “justicia” que reciba será más expedita.⁵

Ahora, ya exponíamos en líneas precedentes que la LFPA, al ser una ley marco, no está exenta de su aplicación cuando se trate de procedimientos administrativos, como es el caso de la protección de los datos personales, y por tanto, nos parece que si atendemos a la naturaleza transversal de esta norma, evidentemente el particular podrá agotar previamente al juicio contencioso administrativo federal el recurso de revisión, cuya naturaleza es ser optativo, y proporcionar así al administrado, una instancia de defensa en la esfera administrativa.

En tales condiciones, consideramos que estamos a la espera de lo que los tribunales, tanto el TFJFA como los órganos del Poder Judicial de la Federación pronuncien al respecto, pues al día de hoy, por lo menos en relación a los recursos administrativos, sigue siendo objeto de discusión su optatividad, su obligatoriedad o la denegación de la instancia administrativa.

9.1 La vía contenciosa administrativa federal

En otro orden de ideas, y aún cuando consideramos que el recurso de revisión puede ser agotado en contra de las resoluciones del Instituto en materia de protección de datos personales, del texto del artículo 56 de la LFPDPPP claramente se establece la vía contencioso administrativa para la impugnación de las mismas.⁴⁶

Pensemos en este escenario por un momento, si se considera que es procedente el recurso de revisión consagrado en la LFPA, de acuerdo a lo dispuesto por la fracción XII del artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA), es competencia del tribunal conocer del juicio tramitado en contra de una resolución al recurso administrativo, con una ventaja adicional: la tramitación del

⁴⁶ *Ídem.*

juicio, con fundamento en esta fracción XII, en términos de lo regulado por el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), se entiende que simultáneamente se está impugnando la resolución recaída sobre el recurso, así como la resolución que diera origen al mismo, de tal manera que, agotar el recurso administrativo, no implica de ninguna manera incorporar una vía adicional, para luego provocar que se deba impugnar nuevamente, pues cuando el Tribunal conoce de la impugnación del recurso, deberá también pronunciarse respecto de la legalidad del acto origen. El juicio de nulidad y el juicio de lesividad.⁴⁷

Ahora bien, podemos referirnos al juicio contencioso administrativo en dos sentidos: el juicio de nulidad y el juicio de lesividad.

El primero de ellos se refiere a los casos en que los particulares se dueñen de un acto o resolución administrativa que pone fin a un procedimiento. Su denominación tiene como origen en los efectos de la sentencia que entonces el Tribunal Fiscal de la Federación podía imprimir a sus sentencias, es decir, declarar o no la nulidad del acto impugnado. Atiende además a que históricamente el ahora TFJFA se ha considerado como un tribunal de anulación, pues sus sentencias se limitan a determinar la validez o invalidez del acto, sin tener por sí mismas, coercitividad. Hoy en día, podemos ver que la LFPCA en ningún momento utiliza la expresión "juicio de nulidad" dentro de su cuerpo. No obstante es una expresión arraigada en el *argot* de los operadores jurídicos en materia administrativa, máxime que en términos de lo dispuesto por los artículos 50 y 52 de la LFPCA, en la sentencia dictada se podrá declarar la nulidad del acto o resolución impugnada.⁴⁸

El segundo supuesto (a diferencia del juicio de nulidad, sí es una expresión utilizada por el legislador en la LFPCA), el juicio de lesividad es la única forma permitida por el derecho mexicano, mediante la cual, una autoridad administrativa que estima que se ha expedido un acto o resolución administrativa, que indebidamente ha beneficiado a un particular, puede demandar al particular, ante el TFJFA para buscar la nulidad de su acto y por tanto, declarar sin efectos dicha resolución y retrotraerlos a su origen e

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ídem.*

incluso, a obligarlo a devolver recursos financieros legalmente otorgados al particular.⁴⁹

Definitivamente encontramos poco probable, que se llegue a presentar un juicio de lesividad en materia de Protección de Datos Personales, por lo que nos limitamos únicamente a la mención aquí hecha.

9.2 El juicio en la vía sumaria

De regreso al juicio de nulidad en contra de las resoluciones del Instituto, en términos del artículo 56 de la LFPDPPP, ante la resolución que niega la pretensión del titular del derecho o bien, no la satisface a plenitud, podrá ocurrir al juicio contencioso administrativo ante el TFJFA para buscar su nulidad.

En la LFPCA se regulan los artículos 58.1 al 58.15 del llamado juicio en la vía sumaria, que entró en vigor a partir del día 7 de agosto de 2011, de acuerdo al transitorio de la reforma a la ley publicada el día 10 de diciembre de 2010. Este juicio representa una serie de bondades en relación con el juicio contencioso administrativo tradicional, y es como su nombre lo indica, una opción que permite agilizar la sustanciación del juicio, a grados de reducir los plazos de contestación de demanda y los tiempos en que los Magistrados del Tribunal deberán resolver el expediente. Desafortunadamente, los supuestos de procedencia de este juicio, establecidos por el numeral 58.2 y a contrario *sensu*, por el 58.3 (como supuestos de improcedencia del juicio sumario), esta opción está definitivamente negada en contra de las resoluciones emitidas por el Instituto. Pues el juicio sumario ha sido clasificado en razón de dos supuestos básicos de procedencia: que el acto no supere la cuantía de cinco salarios mínimos vigentes para el Distrito Federal anualizados o bien, que se trate de resoluciones de carácter administrativo, emitidas en contravención a una jurisprudencia de la SCJN en materia de inconstitucionalidad de leyes, o de una jurisprudencia emitida por el Pleno de la Sala Superior del TFJFA.⁵⁰

A nuestro juicio, resulta ampliamente criticable que no esté considerado este caso para la procedencia del juicio sumario, pues el objeto de esta reclamación sería proteger la vida privada de la persona y en este sentido

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ídem.*

resulta indisponible y por tanto, fundamental la celeridad para que los tribunales se pronuncien al respecto.

9.3 El procedimiento contencioso administrativo federal

Entrando en materia, el procedimiento contencioso administrativo o juicio de nulidad, tratándose de la protección de datos personales en posesión de un particular, tendrá las siguientes partes:

1. Actora o demandante, que será el titular del derecho o datos personales.
2. Demandada, la cual siempre será la autoridad emisora de la resolución, es decir, el IFAIPD.
3. El tercero, cualquier otra persona con un interés encontrado a la pretensión de la demandante y en todo caso, siempre deberá ser llamado como tercero el responsable de los datos.

El plazo para presentar la demanda de nulidad es de 45 días hábiles, contados a partir de que surtió efectos la notificación del acto impugnado, o bien, de tres meses si se considera que ha operado el silencio administrativo.

A diferencia del recurso administrativo donde prevalece el principio de informalismo, el procedimiento contencioso-administrativo es formalista, por lo que debe ser particularmente cuidadoso en cumplir la totalidad de los requisitos. Estos, están contenidos en el artículo 14 de la LFPCA y que a continuación se señalan:

- a) El nombre del demandante y su domicilio para recibir notificaciones en cualquier parte del territorio nacional, salvo que tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la SR competente en razón del territorio, por lo que el domicilio se deberá señalar dentro de dicha circunscripción territorial.
- b) La resolución que se impugna, debidamente identificada, o bien, si se impugna un ordenamiento de carácter general y abstracto, se deberá expresar la fecha de publicación del mismo.
- c) La autoridad o autoridades demandadas, o bien, el nombre y domicilio del particular demandado.

- d) Los hechos que dan motivo a la demanda.
- e) Señalamiento de las pruebas que se ofrezcan.
- f) Los conceptos de impugnación.
- g) El nombre y domicilio del tercero interesado, en caso de existir.
- h) La petición, y en caso de solicitar una condena, las cantidades o actos cuyo cumplimiento se demanda.
- i) Si se reclama la falta de notificación o la misma se realizó por correo, se debe expresar así en la demanda, señalando la fecha en que dicha notificación se practicó.

El plazo para dar contestación a la demanda de nulidad, será de 45 días hábiles, contados a partir del día siguiente en que se practicó el emplazamiento. La contestación, deberá, en términos del arábigo 20 de la multicitada LFPCA contener:

- a) Los incidentes de previo y especial pronunciamiento a que haya lugar.
- b) Las consideraciones que, a su juicio, impidan se emita decisión en cuanto al fondo del asunto o demuestren que no ha nacido, o se ha extinguido el derecho en que el actor apoya su demanda.
- c) Deberá referirse concretamente a cada uno de los hechos que el demandante le impute de manera expresa, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron, según corresponda.
- d) Argumentos tendientes a demostrar la ineficacia de los conceptos de impugnación.
- e) Argumentos tendientes a desvirtuar el derecho a indemnización, en caso de que la actora lo reclame.
- f) Las pruebas que ofrezca. Si se ofrece testimonial o pericial, deberá señalar el nombre y domicilios de los testigos y peritos.

Nuestro procedimiento contencioso administrativo, permite, bajo ciertas condiciones, ampliar la demanda. Estas condiciones, establecidas en la ley, son:

- a) Cuando se impugne negativa ficta.

- b) Contra el acto principal del que derive la resolución impugnada en la demanda, así como su notificación cuando se den a conocer en la contestación.
- c) En los supuestos consagrados en el artículo 16 de la LFPCA, a saber:
 - a. Si el demandante afirma conocer la resolución, pero no fue notificado o fue notificada legalmente.
 - b. Si el actor manifiesta desconocer el acto impugnado, pero señala la autoridad a quien se lo atribuye, su notificación o ejecución.
- d) Cuando por motivo de la contestación, se introduzcan cuestiones que, no sean conocidas por el actor al formular la demanda.
- e) Si la demandada plantea el sobreseimiento del juicio por presentación extemporánea de la demanda.

El tercero, por su parte, tiene un plazo de 45 días hábiles para aperseñarse a juicio y hacer las manifestaciones que considere necesarias.

Es importante hacer unos breves comentarios en relación a los medios de convicción en el juicio contencioso administrativo, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40, párrafo segundo de la LFPCA, en el juicio contencioso administrativo proceden toda clase de pruebas, excepto la de confesión de las autoridades mediante absoluciones de posiciones y la petición de informes, salvo que los informes se limiten a hechos que consten en documentos que obren en poder de las autoridades.

El Magistrado Instructor, para un mejor proveer del asunto, podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos, ordenar la práctica de cualquier diligencia o proveer la preparación y desahogo de la pericial, cuando se planteen cuestiones de carácter técnico y no hubiere sido ofrecida por las partes. Para dar cumplimiento a lo anterior, se podrá proponer que se reabra la instrucción del asunto.⁵¹

Adicionalmente, han cobrado un especial auge los documentos digitales y las pruebas emanadas de medios electrónicos, dada la importancia que ha cobrado en los últimos años el manejo del gobierno electrónico (como pionera sin duda, la materia tributaria). Además no debemos perder

⁵¹ *Idem.*

de vista que de acuerdo a lo preceptuado en la LFPDPP, hay un fuerte manejo de información electrónica.⁵²

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del numeral 46 en comento, la valoración de las pruebas quedará a la prudente apreciación de la Sala, salvo disposición expresa de lo contrario.

Dos grandes instituciones cobran especial importancia para el contencioso mexicano: las medidas cautelares y la suspensión de la ejecución del acto impugnado, que de hecho, constituyen en gran medida el pilar del juicio contencioso.⁵³

Jesús González Pérez y José Luis Vázquez Alfaro señalan al respecto de las medidas cautelares:

La tutela jurisdiccional no será definitiva si al pronunciarse la sentencia resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de las pretensiones. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que cuando llegue la decisión, carezca de sentido. De aquí la necesidad de arbitrar medidas que aseguren los efectos de la sentencia. Es presupuesto de toda medida cautelar el *periculum in mora*, la existencia de un peligro derivado de la demora. Se trata de establecer unos instrumentos que garanticen frente a un riesgo.⁵⁴

Así las cosas, las medidas cautelares son posibilidades intraprocesales del contencioso-administrativo, tendientes a salvaguardar el *status* del asunto con el fin de que no se quede sin materia el juicio y que las pretensiones puedan ser resueltas y ejecutables.⁵⁵

El artículo 24 de la LFPCA señala que una vez iniciado el juicio contencioso-administrativo, pueden decretarse todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al acto, salvo cuando se ocasione perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Cuando en virtud de la concesión de la medida cautelar se pudiese ocasionar una lesión patrimonial, el Magistrado Instructor solicitará al incidentista que otorgue garantía suficiente para reparar los daños y perjuicios.

En tanto no se dicte sentencia definitiva, la Sala que conociere del incidente, podrá modificar o revocar la resolución que haya decretado o nega-

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

do la concesión de la medida, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

Aunque es un gran acierto del legislador incluir un capítulo para las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, considero que es desafortunada la forma en que éstas se encuentran reguladas en la LFPCA (arts. 24 a 27), en virtud de que se trata de una redacción ambigua y por tanto, de difícil acceso para las partes, máxime que la medida cautelar madre, es decir, la suspensión de la ejecución, se encuentra claramente regulada en artículos posteriores.⁵⁶

Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento contencioso-administrativo, el artículo 28 de la LFPCA establece que se podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuando la autoridad demandada se ha negado a otorgarla (previamente a la presentación de la demanda o a la solicitud de suspensión), aunque consideramos que dada la naturaleza de la protección de datos personales, no es posible utilizar la suspensión de la ejecución, pues no se trata, a nuestro juicio, de una resolución susceptible de suspensión, por tanto, poco abonaría al tema lo que se pueda exponer al respecto.

Ahora bien, una vez desahogados los medios de convicción, y oídas las partes, en términos del artículo 47 de la LFPCA, el Magistrado Instructor, diez días después de que se haya concluido la sustanciación o tramitación del juicio, siempre y cuando no existiere ninguna situación pendiente de resolver, mediante lista de acuerdos, otorgará a las partes un plazo de cinco días para formular por escrito sus alegatos.⁵⁷

En materia administrativa los alegatos, tal como ya se señaló, deben rendirse por escrito, y en general se puede decir que consiste en la expresión de razonamientos lógico-jurídicos del por qué le asiste la razón a la parte que los presenta, sin que por esto se entienda que intenta enderezar o corregir sus conceptos de impugnación, sino que lejos de eso, tienen por objeto reforzarlos y de algún modo desacreditar los argumentos vertidos por la contraria.

Concluido este plazo, con o sin alegatos, se emitirá el acuerdo que declara cerrada la instrucción.

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ *Ídem.*

X. LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Por lo que ve a la sentencia o resolución del procedimiento contencioso administrativo, la técnica tradicional, basados en el pensamiento del procesalista mexicano, Cipriano Gómez Lara, se integra por cuatro apartados:

- a) Preámbulo;
- b) Resultandos;
- c) Considerandos; y
- d) Resolutivos.⁵⁸

Los artículos 49 y 50 de la LFPCA nos establecen una serie de reglas para dictar las sentencias en el contencioso-administrativo, que se pueden esquematizar de la siguiente manera:

- a) La sentencia se puede pronunciar por unanimidad o mayoría de la Sala.
- b) Se debe dictar dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que se dicte el acuerdo de cierre de instrucción.

De estos sesenta días, cuarenta y cinco le corresponden al Magistrado Instructor para que elabore el proyecto de sentencia y lo someta al Pleno de la Sala para su discusión y aprobación.

- c) En caso de una votación por mayoría, el Magistrado disidente podrá limitarse a expresar que vota total o parcialmente en contra del proyecto, o formula voto particular razonado, que deberá ser presentado en un plazo que no exceda de diez días. Si el proyecto es rechazado, el magistrado ponente engrosará el fallo con los argumentos de la mayoría y el proyecto podrá quedar como voto particular.
- d) Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del acto que se deduzca de su demanda, en relación con la resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.

⁵⁸ *Ídem.*

- e) En caso de que se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de la Sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana.
- f) Si una sentencia declara la nulidad de una resolución, por la omisión de requisitos formales, exigidos por las leyes o por vicios de procedimiento, se deberá especificar la forma en que afectaron las defensas del particular y trascienden al sentido de la resolución.
- g) La Sala puede corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos que se consideren violados (por el particular) y examinar en su conjunto los agravios y causales de ilegalidad, así como los demás razonamientos de las partes, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda y contestación.
- h) No se podrán anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.
- i) Tratándose de sentencias de condena a la autoridad para la restitución de un derecho subjetivo violado o a la devolución de una cantidad, el Tribunal deberá previamente constatar el derecho que tiene el particular, además de la ilegalidad de la resolución impugnada.
- j) La condena de costas está expresamente prohibida y cada parte será responsable de sus gastos, según lo dispone el artículo 6 de la LFPCA, sin embargo, podrá haber lugar a condena en costas a favor de la autoridad demandada, cuando una resolución se controvierta con propósitos notoriamente dilatorios. Se entenderá que son notoriamente dilatorios: Si el particular se beneficia económicamente por una dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento de la resolución impugnada.
- k) Aún cuando no existe una condena a costas, en términos del propio numeral 6o. en comento, se puede condenar a la autoridad a indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, si la autoridad comete falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allana en la contestación de la demanda en el concepto de impugnación correspondiente. Se entenderá por falta grave:
 - a. Anulación por ausencia de fundamentación o motivación, en cuanto al fondo o la competencia.

- b. Sea contraria a una jurisprudencia de la SCJN en materia de legalidad, a menos que dicho criterio sea publicado con posterioridad a la emisión del acto o (c) se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de la Ley.
- c. El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación de dicha resolución.

En términos del artículo 52 de la LFPCA, los sentidos de la sentencia pueden ser:

- I. Reconocer la validez del acto, que implica que una vez analizado el expediente, se arriba a la plena convicción de que el acto administrativo impugnado es válido, eficaz y por tanto, exigible al particular.
- II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada, que se entiende como la nulidad lisa y llana, y que en palabras de Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes:

El alcance de la nulidad lisa y llana está predeterminado o gobernado por la violación o legalidad casada, depende qué tan profunda sea, así será el alcance y efectos de la nulidad o del derecho subjetivo cuya declaración o restitución debe decretarse. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación.⁵⁹

- III. Tratándose de los supuestos contenidos en las fracciones II y III del artículo 51, se declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita una nueva resolución.
- IV. Además de declarar la nulidad de resolución impugnada, podrá:
 - a. Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa.
 - b. Otorgar o restituir al actor el goce de los derechos afectados.
 - c. Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa, caso en que cesarán los efectos de los actos o su ejecución, inclusive el primer acto de aplicación.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 51 de la LFPCA, serán causales de ilegalidad de una resolución administrativa:

⁵⁹ *Ídem.*

- a) Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución. La incompetencia del funcionario implica, que éste no está dotado de facultades legales para ejercer las atribuciones pretendidas en el acto administrativo impugnado, de tal forma, que se considera que en virtud de esto, y en congruencia con el artículo 16 de la CPEUM, un gobernado no debe ser afectado bajo estas condiciones.
- b) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecta las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso. Se ha insistido a lo largo de los últimos capítulos que la violación a la norma por parte de autoridad administrativa, no produce una lesión *per se* al derecho subjetivo del gobernado, luego entonces, sólo se podrá impugnar un acto y declarar su ilegalidad si se acredita (mediante el concepto de impugnación) dicha lesión.

Debemos detenernos un momento en este punto, pues señala el propio artículo 51 en comento, que hay una serie de vicios formales que no trascienden al gobernado, a saber:

- a) Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.
- b) Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada, la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.
- c) Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.
- d) Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos; informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.

- e) Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsión a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.
- f) Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.
- g) Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada. Los vicios que aquí se presenten podrán ser impugnados, sólo en función de que se haya afectado el sentido de la resolución administrativa.
- h) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

Los diversos supuestos consisten en un error de apreciación de la norma aplicable o bien, de los hechos en relación con la norma aplicable, por lo que se vuelve una tarea difícil para el juzgador administrativo, toda vez que el análisis de los medios de convicción es principalmente documental, y esto, a nuestro juicio no permite una valoración realista de los hechos, aunque sí un trabajo argumentativo de interpretación normativa.

- i) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales, no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades. Esto se conoce en la doctrina como desvío de poder, que consiste precisamente en no hacer un uso adecuado de las facultades conferidas al funcionario.⁶⁰

En la legislación mexicana, a diferencia de otros países como España, Argentina o Uruguay está acotado a las facultades discrecionales.

En el procedimiento contencioso administrativo se consagran una serie de recursos, a saber: a) Aclaración de sentencia, b) Excitativa de justicia, c) Reclamación, d) Revisión y e) Queja (que opera para la ejecución de las sentencias).

⁶⁰ *Ídem.*

XI. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, uno de los temas pendientes en el Derecho Mexicano era la protección de Datos Personales en manos de particulares, el cual en principio ya fue resuelto con la expedición y entrada en vigor de la LFPDPPP.

Esta norma, utilizada adecuadamente podrá, sin lugar a dudas, cumplir con su finalidad, sin embargo, la nula regulación en cuanto a la posibilidad de impugnar resoluciones del Instituto en la vía administrativa, a nuestro juicio provocará varias impugnaciones que tal vez no serían necesarias si se hubiese establecido claramente, la optatividad del recurso administrativo regulado por la LFPA; no obstante, tampoco creemos que la vía administrativa le esté negada al particular titular de los datos personales, pero ante la inconsistencia de los criterios jurisprudenciales, estará en manos de los tribunales pronunciarse al respecto.⁶¹

En cuanto a la vía contencioso administrativa, a nuestro juicio debió establecerse que la protección de datos personales se debería tramitar mediante el juicio en la vía sumaria, dada la naturaleza de los actos... será otro tema pendiente para el legislador y los operadores jurídicos, pero no podemos negar su acierto en establecer la posibilidad de impugnar las resoluciones del Instituto en la vía contencioso administrativa, dejando además a salvo, la tutela judicial, mediante el juicio de amparo.⁶²

La vía contencioso administrativa y su sustanciación mediante el juicio sumario, deben servir en su adecuación para una correcta protección de datos personales. Por lo que existen en este artículo observaciones en la falta de criterio en la legislación, pero también orientación para adecuar correctamente la protección al Derecho Fundamental de datos personales.

⁶¹ *Ídem.*

⁶² *Ídem.*

LA CONTROVERTIDA SUERTE DE LAS GARANTÍAS DEL JUICIO JUSTO EN EL ÁMBITO DE LOS ENJUICIAMIENTOS CONTABLES: UNA DIFÍCIL ARMONÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL ARTÍCULO 111 CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Valentina GIOMI

La reescritura y el ampliamiento del texto originario del artículo 111 Constitucional¹ por la ley de reforma constitucional del 1999, han asegurado un papel de centralidad de ella en cualquier ámbito procesal, sea eso referido a la cognición de las jurisdicciones ordinarias, sea eso referido a la cognición de los jueces especiales.

Pese a las inevitables críticas conexas al análisis del verdadero alcance innovativo de la disposición, respeto a las normas de garantía colocadas en el mismo contexto constitucional,² a la delineación del grado de eficacia

¹ Nota bene: Los ordenamientos jurídicos citados en este artículo corresponden al sistema jurídico de la República Italiana.

² La referencia es precipitadamente al art. 24 Const., en relación al cual la doctrina ha tenido ocasión de enriquecer el concepto jurídico "derecho a la defensa". La nueva llave interpretativa dotada por la doctrina para ampliar los límites de acción del art. 24 Const. trae su propio fundamento en la labor del Tribunal Constitucional, quien, llamado a pronunciarse en numerosos enjuiciamientos en los cuales el derecho de defensa era invocado como parámetro fundamental, sobre el cual examinar la compatibilidad constitucional de diferentes disposiciones normativas, ha tenido a bien otorgar a la norma en objeto el alcance de «máxima garantía instrumental prevista por el ordenamiento», vuelta a «asegurar la salvaguardia procesal de un derecho sustancial reconocido por el ordenamiento jurídico» (véase en sentido sustancialmente conforme las pronuncias n. 111 de 1974, n. 121 de 1977, n. 178 e 215 de 1979). Para un análisis general del significado y del alcance del art. 24 de la Constitución, al interior de la cual es puesta en luz la relevancia de la lectura de la disposición orientada a valorizar —en relación con dichas orientaciones del Tribunal Constitucional—, la construcción de un derecho a la prueba entendido cómo «manifestación esencial de la garantía de la acción y de la defensa, cuya actuación está y cae en función de la posibilidad que las partes tengan de reforzar en un juicio la prueba de las respectivas pretensiones, véase L. P. COMOGLIO, *Rapporti civili (art. 24-26)*, en *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 61 e ss., en particular p. 62 para la afirmación citada en la nota. Más en general, para la lectura en llave constitucional de los poderes

de la misma en los varios tipos de enjuiciamiento y a la individuación de la naturaleza programática o preceptiva de la disposición indicada, el art. 111 Const. representa un indiscutido elemento de orden garantístico para cada tipo de proceso, con el cual la garantía del derecho a la prueba —en cuanto exigencia irrenunciable conexa al derecho de defensa—, el cual atento a lo dispuesto en los artículos 3 y 24 Const., se enriquece de tutelas mayores y significados más penetrantes.

Con la revisión del art. 111 Const., de hecho, el legislador constitucional ha constituido un modelo general construido por principios, que están dispuestos en grado de informar y conducir cada ámbito procesal, en relación con la respectiva estructura y las relativas funciones, pero con la necesaria fuerza preceptiva, que confiere una eficacia directa a los preceptos allí contenidos y una suficiente uniformidad aplicativa para todos los contextos procesales.

La expresión “proceso justo” encierra en sí los conceptos del ejercicio del derecho de defensa, a través de un proceso, contradictorio equitativo entre las partes y en las armas defensivas, ante un juez tercero imparcial, quien ejerce la función jurisdiccional en modos y tiempos equitativos.

Lo afirmado, si bien de validez generalizada, también tiene una aplicación distinta para los ámbitos procesales,³ y parece recientemente haber sido reforzado en aquellos tipos de proceso, cuya reglamentación incluye el enlace al juicio justo entre las normas de principio que abren la disciplina positiva: el innovador código del proceso administrativo ofrece, en este sentido, un ejemplo indiscutible de la necesaria fuerza condicionante de los principios, contenidos en el art. 111 Const. a través de la predisposición de una norma como el art. 2, en la cual están incluidas las principales reglas ordenadoras del “juicio justo”.⁴

y de las garantías pertenecientes a las partes al interior de un enjuiciamiento civil, relativamente a la interpretación del art. 24 Const. y a las otras normas fundamentales de principio antes de la entrada en vigor del art. 111 Const. novelado, véase N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, L. P. COMOGGIO, *La garanzia Costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970; M. CAPPELLETTI - V. VIGORITI, *I diritti Costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, en *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 637.

³ Es la misma estructura del art. 111 Const. a llamar una actuación multinivel de la disposición, con la específica distinción entre la primera parte de la norma (apartados 1 y 2), muchas veces generalizada, y la segunda parte de la disposición (apartados 3 y 4), dedicada al enjuiciamiento criminal.

⁴ El art. 2 del código procesal administrativo, rubricado “Justo processo”, en el primer apartado recita: “Il processo amministrativo applica i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo, previsto dall'articolo 111, apartado primero de la Costituzione”.

En este modo la directa operatividad del art. 111 Const., indiscutible desde el momento del encuadramiento jurídico del juicio justo constitucional, es reiterada y reforzada por el propio trámite legislativo y también en el interior de una jurisdicción especial como la examinada.

Eso, naturalmente, no puede ser leído en términos de enfatización del papel del legislador en referencia con el art. 111 Const. y, entonces, sin decir que al interior de la norma constitucional se contenga una implícita reserva de ley, que condicione la operatividad de muchos preceptos del juicio justo a la respectiva traducción en normas de ley, con alcance más o menos generalizado: si así fuera, de hecho, la esencia misma del “juicio justo” resultaría sin potencia y, en parte, desnaturalizada.

Por esas razones, si bien en la doctrina no ha habido originariamente una total concordancia de opiniones, ni sobre el carácter programático o preceptivo de la norma, ni sobre la real capacidad inovativa de la misma, la parte más consistente de los estudiosos ha creído que los principios contenidos en el art. 111 de la Constitución, en particular los modo conexos con la garantía de un juicio conducido por un juez tercero imparcial, a través de un proceso contradictorio paritario en la armas defensivas para las partes procesales, no necesitan de una interposición legislativa para ser considerados operativos en el interior de un ámbito procesal, también aunque especial.

Al reforzarse la eficacia directa del precepto constitucional, independientemente de prescindir de su recepción al interior de las normas procesales del sector, la doctrina prevalente concuerda en afirmar que el art. 111 Const. está dotado de una fuente llena de innovación respecto de las normas vigentes de garantías procesales, ya contenidas en la Carta Constitucional (y no objeto de revisión) y, aún más en lo específico, precisa que cualquier garantía enunciada en el nuevo texto, representa un autónomo reforzamiento del más general principio del juicio justo.

Sobre la reserva de las consideraciones avanzadas y en ausencia de una norma de recepción del juicio justo y de sus preceptos, al interior del enjuiciamiento contable, es interesante examinar cual es la suerte de las garantías jurisdiccionales, de las cuales el art. 111 Const. aborda el ámbito de los enjuiciamientos dentro del Tribunal de Cuentas, atento a que en este contexto peculiar los numerosos elementos de particularidad, que prevalecen en este ámbito de jurisdicción ejercen un papel determinante en la

configuración de un cuadro conclusivo, que se pone en una posición de evidente crítica con un modelo abstracto de "juicio contable justo".

Hacen una premisa fundamental al análisis del juicio justo en el ámbito de los enjuiciamientos contables, la necesaria especialidad de la jurisdicción y la falta de una normativa procesal completa y puesta al día.

Moviéndose dentro de la especialidad del juicio se hace necesario, preliminarmente, precisar que ella, es un elemento indefectible del enjuiciamiento contable, así como está consagrada también en vía constitucional por el art. 103,⁵ y no puede legitimar al contempo formas tácitas de elusión de otros fundamentales principios de garantía procesal, contenidos en la misma Carta constitucional, pero en una norma distinta.

Con eso se quiere rebatir la no eludibilidad del art. 111 Const. y de los principios del juicio justo, en esos contenidos ni siquiera por una razón de especialidad de un tipo de jurisdicción, que encuentra fundamento en una norma de la Constitución.

En otros términos, la especialidad de un tipo de juicio, legitimada por la misma Constitución, no puede de este modo constituir un contenedor legitimante en los confrontos, de formas de elusión de las garantías constitucionales puestas en la base de cada modelo procesal.

La peculiaridad del objeto que ha justificado la cristalización en la Carta Fundamental, de la pre vigente jurisdicción contable como jurisdicción especial, no puede transformarse en una circunstancia eximente del respeto de los derechos y de las garantías de las partes establecidas, en una norma de la Constitución a la aplicación generalizada para cualquier ámbito procesal, porque de otro modo eso contrastaría con el art. 3 Const. y la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, que se pondría en una posición de injustificado privilegio, respecto de otras jurisdicciones (sea ordinaria, sea especial): los planos sobre los cuales opera el fundamento constitucional atributivo, respectivamente, de la jurisdicción especial y de las garantías procesales del juicio justo, son planos distintos tratándose, en el primer caso, de normas que legitiman la existencia de un juez especial anclado en

⁵ Como ha notado V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La specialità della giurisdizione sul danno erariale*, Atti del Convegno *La Corte dei Conti tra tradizione storica ed esigenze della società*, Roma 18-19 marzo 1997, ahora en *Amm. e cont. Stato ed enti pubbl.*, 1997, p. 519, «la especialidad del enjuiciamiento no es privilegio, pero responde a la exigencia de dar justicia técnicamente mejor de aquella, que es obtenida en otra sede jurisdiccional».

la función jurisdiccional, con la peculiaridad del objeto de conocimiento,⁶ mientras en el segundo caso, de normas que establecen derechos y garantías de los sujetos al interior de un contexto, en el cual viene ejercido un poder público.

Es preciso entonces evitar que el reclamo alla especialidad de los enjuiciamientos contables, se convierta en un reenvío autoreferencial gracias a lo cual sea preclusa o limitada otra forma de investigación, de compatibilidad de los elementos constitutivos de juicio contable con los nuevos preceptos constitucionales de garantía, por el sólo hecho de que se vierta en el ámbito de los juicios especiales:⁷ el inescindible ligamen que hace necesario el enlace entre la materia objeto del juicio contable y la estructura procesal para ello prevista,⁸ en razón de la función a este último atribuida

⁶ La relación entre la especialidad del juez y la especialidad de la materia objeto del juicio, ha sido recientemente debatida también por el Tribunal Constitucional en la sentencia n. 345/2004, con la cual la Consulta toma la entrada para consolidar el correcto encuadramiento de la referencia necesaria entre especialidad de la materia y especialidad del juicio.

⁷ A. ANGIULI, *L'azione processuale contabile nell'assetto del giusto processo*, in *Amm. e cont. Stato e Enti pubbl.*, 2002, p. 75 e 77.

⁸ El ligamen de interdependencia y del recíproco condicionamiento que liga a la función del enjuiciamiento contable con la estructura normativamente prevista para ello, viene rebatida también por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 20 noviembre 1998 n. 371, en donde se precisa que en virtud de la causa delineada por las nuevas reformas de los años 94-96, y hecha evidente una nueva connotación de la responsabilidad administrativa y, por consecuencia, también de aquella contable—siendo que «esta última, debe prescindir de la especificidad de las obligaciones que incumben sobre ellos que tienen manejo de bienes y valores de pública pertinencia, se modela sobre el mismo paradigma que caracteriza la cd. responsabilidad administrativa»—en virtud de la cual al interior de la misma se intersectan «elementos restitutorios y de disuasión»: en pie la vigencia de un símil contexto normativo, de hecho, el cambio del régimen procesal delineado para los juicios de responsabilidad no puede más ser leído, en forma separado de la voluntad de atribuir a la responsabilidad administrativa-contable un nuevo papel al interior del ordenamiento, del cual emerja «un punto de equilibrio que muestre la prospectiva de la responsabilidad para los administradores y para los dependientes públicos, en razón de estímulo y no de desincentivo», en modo que «el temor de las responsabilidades no exponga a la eventualidad de retención y de inercia en el desarrollo de la actividad administrativa»; el principio afirmado indirectamente por el Tribunal, llamado, a la cuestión sobrepuesta a su valor, a verificar la compatibilidad de la Constitución de las normas limitativas, de la responsabilidad de los sujetos colocados ante la magistratura contable, a los solos hechos y omisiones cometidos con dolo y culpa grave, es aquello por lo cual la especialidad del régimen procesal previsto in vía legislativa para los enjuiciamientos contables no es jamás a sí mismo, pero responde a una superioridad lógica que se impone a tener siempre en debida cuenta con la función que aquellos juicios, desenvuelven en el interior del ordenamiento. En la misma línea se había expresado hace algunos años también el Tribunal de Cuentas a Sezioni Riunite, el cual, en la sentencia 11 febbraio 1994, n. 929/A, en *Foro amm.*, 1994, p. 2966, se enlazaba en modo directo con el principio de auditoría, en virtud del cual son atribuidos al juez contable especiales poderes y facultades y no parámetros verificables en el ordinario enjuiciamiento civil, con la especialidad del enjuiciamiento contable, teniendo como objeto la materia indisponible de la contabilidad pública.

por el ordenamiento;⁹ si bien se justifica¹⁰ la peculiaridad de la estructura

⁹ Eso en una lógica de encuadramiento de la jurisdicción contable en función de la tutela de la correcta gestión de los recursos públicos a través del seguimiento de las responsabilidades de parte de quien causa un daño, pero por otro lado, recientemente rebatida aunque por la Corte de Casación en Secciones Unidas, la cual se ha manifestado para confirmar la peculiaridad del enjuiciamiento contable, en consecuencia del particular papel a él atribuido por el ordenamiento, vedi Corte Cass. Sez. Un. Civ. sentenza n. 19667/2003.

¹⁰ Justificación, por otro lado, obtenida en el plano de la legitimidad constitucional, donde se ha seguido de la entrada en vigor del relatado art. 111 Const., la Corte Constitucional, con dos ordenaciones que presentan numerosos aspectos de criticidad, se ha decidido en favor de la vigencia de un régimen normativo peculiar para los enjuiciamientos contables propios en función de su especialidad; se vean al resguardo de la reciente ordenanza del 4 de julio de 2006, n. 261 con la cual la Corte Constitucional es llamada a pronunciarse sobre la conformidad de la constitución de las normas que disciplinan el poder de archivos del P.M. fiscal contable en el juicio de responsabilidad, a través de lo cual el juez remitente contrastaría con los dispositivos 24 y 111 Const. porque calificarían el acto de sobreseimiento del P.M. como un acto interno, sin prescribir la obligación de motivar, ni la obligación de comunicar a la parte interesada, ni la obligación de depositar en un juicio, en ello violando el derecho de defensa e impidiendo la instauración de un contradictorio pleno entre las partes. La Corte, en la declaración inadmisibles de la cuestión en relación con la violación de los dispuestos invocados por parte de las normas sometidas a su valoración, tomó la ocasión para rebatir la conformidad con la Constitución del poder de auditoría del juez contable (así como reconocido por el art. 14 del *Reglamento di procedura per i giudizi dinanzi alla Corte dei conti* de 1933), afirmando, en lo específico, que la extensión del poder de instrucción del juez contable de la cual legítimamente la ley consiente de pedir la adquisición en el juicio de actos y documentos (entre los cuales, en la especie, el acto de reserva y del fascículo instructorio del P.M. relativo a las investigaciones conducidas sobre la misma en la especie productiva de daño respecto al juicio en curso), o de ordenar la integración del contradictorio con sujetos diversos de los convenidos en seguimiento de las citaciones, no sólo no contrasta con los principios del juicio justo recientemente constitucionalizado, pero aparece necesario propio en función de la lógica jurídica sometida a la nueva configuración normativa de la responsabilidad administrativa, volver a acercarse a las singular responsabilidades en relación con la contribución causada en el daño por parte de cualquier sujeto que haya tomado parte del hecho dañoso. En los mismos términos la Corte se ha manifestado también en la ordenanza de 9 marzo 2007, n. 68, en la cual se hace cuestión de la conformidad a la Constitución del poder del juez de ordenar la integración objetiva del acto de citaciones del P.M., también con referencia a algunos aspectos relativos al daño y también al nexo de causalidad; en aquella ocasión la Corte declaró exento de censura el poder de integración, en el poder de integración del contradictorio por parte del juez, sobre la base de la existencia de interpretaciones jurisprudenciales que configuran el poder de auditoría como necesario e imprescindible, en relación con la función del enjuiciamiento contable: en un *obiter dictum* que se revela muy preciso para el examen del poder de auditoría en referencia con los principios del juicio justo, la Corte retiene además, que la existencia de un poder de auditoría consiste en la posibilidad para el juez de integrar el contradictorio procesal, a través de orden de completamiento de la demanda, y que ella aparezca respondiente a los nuevos principios de paridad de la responsabilidad administrativa y, entonces, en línea con las exigencias sustanciales del juicio, que mira a acertar a la singular responsabilidad de cualquier sujeto productor de daño, según la base de la efectiva contribución causal. Eso naturalmente ha terminado con consolidar una copiosa jurisprudencia contable, tal vez también anterior al nuevo art. 111 Const. que, sobre la base de lo indirectamente afirmado por la Corte, nunca había puesto en duda la legitimidad constitucional del poder sindicatorio del juez contable, desde el específico aspecto de la utilidad por eso generada en referencia a la *ratio* del juicio de responsabilidad: que se ve, por ejemplo en lo afirmado por la Corte conti, sez. II giur. centrale d'appello 9 febbraio 2005, n. 79, que pone a la luz, para una correcta composición de la controversia el examen que mira a la investigación de la verdad, y la necesidad de

del juicio contable y de los poderes atribuidos al juez o al Fiscal que presenta la defensa de las razones públicas,¹¹ no se puede impedir verificar que en su interior son respetadas algunas garantías constitucionales válidas para cada juicio, porque la especialidad del juicio contable no puede jamás ser separada del contexto constitucional en el cual está inserta y, consecuentemente, no puede constituir una «zona franca» al interior de la cual subsisten normas, cuya aplicación se pone en riesgo de colocarse en contraste con las garantías generales.

La devolución de una tipología de juicio a un juez especial, implica e impone para el juicio contable una más demandante verificación de compatibilidad constitucional, del aparato procesal predispuesto con los nuevos cánones del juicio justo,¹² porque, para asegurar una completa correspondencia del enjuiciamiento contable al sistema constitucional de las garantías jurisdiccionales, se hace necesario de cuando en cuando dirigir el empeño de la especialidad, de los poderes atribuidos al juez contable dentro del paradigma del «juicio justo».

Aclarado, entonces que la especialidad del enjuiciamiento contable¹³ no exonera de la puntual verificación de compatibilidad, de las reglas procesales dictadas para aquel ámbito contencioso, con los principios constitucionales en el tema del juicio justo; pero, sin embargo, si se hace dicha verificación más estricta y profunda, se puede observar cómo, también bajo un perfil de estricto derecho positivo, en el juicio contable no se encuentra hasta hoy una disposición, que expresamente sujete la reglamentación y el

que el poder de auditoría del juez contable en los juicios de responsabilidad exista y sea desarrollado en la integración judicial, de los elementos prospectados por las partes; en el aseguramiento de la satisfacción de las exigencias de una justicia sustancial a través del empleo del poder de auditoría del juez, que viene cuestionado posteriormente por la Corte conti, Sez. giur. Abruzzo, 29 settembre 2000, n. 1114, la cual afirma que ante «el remplazo de circunstancias o elementos que puedan corroborar una diversa versión de los hechos contestados, el juez puede cumplir una instrucción necesaria para construir en el juicio una diversa realidad, acertando profundizar el cuadro de las singulares responsabilidades y eventualmente llamando en concurso otros sujetos no convenidos por el actor».

¹¹ La necesidad del papel del Fiscal cometida a la función de determinados juicios ha sido debatida también recientemente por Corte Cass. N. 9780/1998.

¹² La compleja problemática de la referencia entre la especialidad del enjuiciamiento contable y el respeto de las garantías constitucionales, cometidas al juicio justo juicio del cual en el art. 111 Const. es afrontada en V. GIOMI, *Il sistema delle prove nei giudizi davanti alla Corte dei conti*, Torino, 2011, p. 101 e ss.

¹³ La cual, es afirmada por M. RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi del giusto processo al giudizio contabile*, in *Riv. Corte conti*, 3/2000, p. 201, señalando que si desde un lado es la principal razón de su ambivalencia de fondo, por otro lado «es necesaria e irremplazable porque la única idónea a conciliar el principio de la garantía objetiva, de la correcta gestión de los recursos pubbliche con aquello de la garantía de los sujetos supuestos realizada a través de la ordinariedad de las formas procesales».

desarrollo de los enjuiciamientos, ante el Tribunal de Cuentas a una puntual verificación en clave, de conformidad con el "juicio justo" definido por la Constitución: en la disciplina procesal-contable falta, en substancia, una norma que llame al art. 111 Const., así como recientemente ha sido introducida en el código procesal administrativo en el art. 2.

De hecho, ni la normatividad de base sobre los enjuiciamientos contables, ni el relativo reglamento procesal contienen disposiciones de enlace, de la especial disciplina del juicio contable con el art. 111 Const.

Del mismo, no es fácil tampoco establecer una subsunción de un modelo abstracto de juicio contable justo del cuadro jurídico existente, puesto que la normativa reguladora del enjuiciamiento contable, surge a la mitad de los años 30 del siglo pasado y que, exceptuadas algunas modificaciones sustanciales introducidas con la legislación de los años 94-96, el aspecto positivo no ha sido nunca más modificado.

La profunda diversidad de contexto jurídico institucional, dentro del cual la normativa del proceso contable ha sido desarrollada impide, de hecho, traer elementos útiles al intérprete para definir los confines de operación del nuevo art. 111 Const.

De ningún auxilio sirven también las numerosas intervenciones legislativas sucesivas a 1999, que en la última década han incidido en modo directo o indirecto sobre el régimen procesal de los juicios contables, porque las modificaciones citadas nunca han tenido como objeto el ampliamento de las garantías procesales en el ámbito del juicio contable.

La cuestión deviene aún más compleja si sólo se considera la dudosa naturaleza del enjuiciamiento contable,¹⁴ desarrolladas entre un modelo procesal de tipo civilístico sobre el modelo del proceso de responsabilidad por daños y un modelo procesal de modelo penalística, dirigido a satisfacer exigencias de carácter sancionador emergentes de las últimas novedades legislativas;¹⁵ todo lo cual con la consecuente diversidad aplicativa al juicio contable de los preceptos contenidos, respectivamente, en los primeros apartados del art. 111 Const. y de los últimos apartados de la norma.

¹⁴ Con una expresión que sintetiza bien la híbrida naturaleza del enjuiciamiento contable M. RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi*, cit. p. 203, habla de "un enjuiciamiento criminal que se desarrolla en las formas del enjuiciamiento civil".

¹⁵ Para un completo análisis de las cuales se reenvió a P. L. PORTALURI, *Immagini dell'amministrazione: leggi finanziarie e responsabilità*, Relazione a Convegno AIPDA, *Il diritto amministrativo alla prova delle leggi finanziarie*, Lecce, 26-27 septiembre 2008 y a los reclamos allí contenidos.

Al resguardo de la doctrina y de la jurisprudencia han sido dirigidas a interrogarse sobre la aplicabilidad integral¹⁶ o parcial¹⁷ del art. 111 Const. al enjuiciamiento contable, como consecuencia de la diferente configuración de la naturaleza del mismo enjuiciamiento.

Si, en virtud de las consideraciones avanzadas antes, no se ha puesto más en duda que los primeros dos apartados del art. 111 Const. fuesen inmediatamente e integralmente aplicables en los enjuiciamientos contables también se ha prescindido de cualquier norma ordinaria de interposición, no creyendo que los principios del juicio justo precisados por la Constitución hubiesen alcanzado caracteres programáticos,¹⁸ la cuestión se ha

¹⁶ P. MADDALENA, *Il principio del giusto processo e la graduazione della colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Amm. e cont. Stato e Enti pubbl.*, 2002, p. 48.

¹⁷ G. CONSTANTINO, *L'azione processuale contabile nell'assetto del giusto processo*, relazione a *Giornata di studio delle Procure regionali della Corte dei conti del Mezzogiorno d'Italia*, Bari 13 ottobre 2000, ahora in *Amm. e cont. Stato e Enti pubbl.* pp. 4-5.

¹⁸ Unánime en tal sentido la doctrina en reconocer la inmediata incidencia de los primeros dos apartados del art. 111 Const. en el enjuiciamiento contable, *cf.* G. CORSO, *Giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei conti e principi Costituzionali*, en *Quad. Riv. Corte conti*, 1999, I, p. 64; G. CONSTANTINO, *L'azione processuale contabile nell'assetto del giusto processo*, ponencia a *Giornata di studio delle Procure regionali della Corte dei conti del Mezzogiorno d'Italia*, Bari 13 ottobre 2000, ahora in *Amm. e cont. Stato e Enti pubbl.* p. 4-5; A. ANGIULI, *L'azione processuale contabile nell'assetto*, cit., p. 75 e ss.; M. RISTUCCIA, *Riflessioni in tema di «giusto processo»*, in *Amm. e cont. di Stato ed Enti pubbl.*, 2002, p. 70 y ss.; A. LOIODICE, *Il giusto processo nella fase preprocesuale*, en *Amm. e cont. Stato e Enti pubbl.*, 2002, p. 37, el cual afirma en un modo incondicionado que «la nueva disciplina cd. juicio justo (...) en realidad encuentra aplicación integral y, paradójicamente, más inmediata tomando todos los otros desarrollos de la función jurisdiccional (...); del dictado de los apartados 1 y 2 del art. 111 señalado, emerge con claridad la explícita referencia a la aplicación omnicompreensiva de los principios del justo juicio (...), entonces la referencia a la jurisdicción *tout court* y a cada juicio, implica la plena aplicación de estos principios también a la jurisdicción civil, administrativa y contable». En modo crítico P. SANTORO, *Prolegomeni al giusto processo contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2, 2002, p. 301-302 y ss., pone en evidencia cómo, no obstante la indiscutida operatividad en cada contexto jurisdiccional de los principios contenidos en la primera parte del art. 111 Const., inicialmente hace falta una "seria reflexión" de la incidencia del art. 111 sobre el enjuiciamiento contable «casi que en el contexto del enjuiciamiento contable no sean puntos débiles, que puedan ser tocados o afectados por los nuevos principios. El problema del juicio justo ha sido inicialmente ignorado o apenas tímidamente desarrollado y juzgado hasta inexistente, al punto de hacer decir enfáticamente que es difícilmente hipnotizable un juicio más justo que aquello contable». El interés de la investigación en los perfiles de compatibilidad de las normas del enjuiciamiento contable, con el establecimiento constitucional y venido todavía a emerger en el curso de los años, tal vez algunas veces junto con la necesidad de acertar que el enjuiciamiento contable, más que conducido con base en las garantías constitucionales, responderá también un criterio de justicia y equidad. No es, sin embargo, igualmente distinguible la misma uniformidad para ver inmediatamente la aplicabilidad del enjuiciamiento contable, también en el 4º apartado del art. 111 Const. que establece la regla del contradictorio en la formación de la prueba para el enjuiciamiento criminal: al resguardo de la doctrina oscilante en posiciones más radicales que lo excluyen en modo definitivo, *vedi* G. CONSTANTINO, *L'azione processuale contabile*, cit., p. 6 e ss., a posiciones medianas, que, también reconociendo la exclusiva aplicabilidad de la formulación constitucional al enjuiciamiento criminal, no excluyen que

tornado más delicada, con referencia a las otras disposiciones contenidas en la base normativa constitucional, atentos a que para eso existe ya una "reserva de aplicación" al enjuiciamiento criminal.

La posibilidad de formular hipótesis sobre la extensión al enjuiciamiento contable de los apartados 3 y 4, dictados peculiarmente para el enjuiciamiento criminal, generaría para los jueces contables variadas consecuencias también sobre el plano operativo: la controvertida cuestión, lejos de encontrar hasta hoy una unívoca recomposición, sigue siendo afrontada desde el plano jurisprudencial en modo frecuentemente discordante, impidiendo así la formación de un criterio orientador consolidada.

Tentados a recoger todas las problemáticas evidenciadas hacia un punto unitario, del cual proceder para examinar la posible configuración de un modelo abstracto de juicio contable justo, parece posible afirmar que actualmente, en ausencia de indicaciones normativas claras y específicas, la tarea de armonización de las reglas del enjuiciamiento contable con el juicio justo constitucionalizado, vienen inevitablemente ligados a la obra creativo-interpretativa de la jurisprudencia de sector.

La investigación se coloca, entonces, en el plano del derecho positivo, a aquello del derecho jurisprudencial, para observar cómo los jueces contables han tratado de completar e integrar la especial normativa vigente en perspectiva de la construcción de un juicio contable justo a través de matrices jurisprudenciales, colmando, donde sea posible, las profundas lagunas legislativas de una normativa vieja y difícilmente legible en el marco de mudanzas en las exigencias de garantías procesales.

En vías de una reforma del enjuiciamiento contable,¹⁹ demandada desde hace varios años, pero nunca junta en un punto de alcance, la efectividad

el general principio del contradictorio sea sostenido y sea establecido sobre el tema por el apartad. 2 y, consecuentemente, retenga el principio operante también en la formación de la prueba para los otros juicios, así S. RAIMONDI, *Il giusto processo contabile*, in *Amm. e cont. Stato e enti pubbl.*, 2002, p. 30-31, y, sobre la misma línea parece encontrarse también M. RISTUCCIA, *Riflessioni in tema di «giusto processo»*, in *Amm. e cont. di Stato ed Enti pubbl.*, 2002, p. 69.

¹⁹ Hasta hoy, de hecho, no se encuentra ni es hallado ningún reglamento de procedimientos que discipline en modo puntual, cada aspecto del vasto contencioso contable y que, teniendo en cuenta la diversa naturaleza de los juicios asuma la competencia del tribunal de Cuentas, estableciendo una estabilidad del ejercicio de la función jurisdiccional de un juez especial, tanto que la cuestión, visto el interés suscitado, ha sido propuesta nuevamente en el ámbito político en 2006 (en relación también a las leyes de reforma del proceso administrativo y del procedimiento administrativo), pero sin que la iniciativa llegase a ser aprobada a causa de acontecimientos políticos contingentes: Proyecto de ley de iniciativa parlamentaria n. S. 702 presentado el 29 de giugno 2006 y anunciado en la sesión n. 12 del 4 de julio de 2006, conteniendo en ella el Poder al Gobierno para la redacción del «Codice di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti», cuyos trabajos, nunca llegaron

del derecho de defensa de las partes, en la compleja acepción empleada por el art. 111 Const., va en este ámbito verificada sobre la base de cuanto lugar en el ser de la función de los jueces contables.

A ellos compete la difícil tarea de emplear los especiales poderes procesales, como aquellos censores en el ámbito instructivo, sin perder la posición de terceros, su imparcialidad y, contemporáneamente, de asegurarse, a través del empleo de dichos poderes especiales, el desarrollo de un contradictorio procesal sobre las pruebas efectivas y paritarias para todas las partes, también ahí en donde la normativa originaria no lo contempla.

Se trataría, sustancialmente, de orientar la especialidad contable hacia parámetros del juicio justo, haciéndola llevar sobre la flexibilidad de las normas especiales del enjuiciamiento contable, así sea sobre la amplitud del contenido de los preceptos constitucionales.

En búsqueda de una revisión orgánica del enjuiciamiento contable el nuevo art. 111 Const., con todos los preceptos dirigidos al juicio justo, ¿puede ser considerado una norma que ha indirectamente introducido una suerte de "reforma por principio" válida para cualquier tipo de juicio, referida también para el enjuiciamiento contable?

En abstracto no se encuentran preclusiones a la solución prospectada, sin embargo, en este caso, parece ser también facilitada por el fuerte papel monofiláctico atribuido a la jurisprudencia contable, pero en la realidad la armonización entre la especialidad de los juicios contables y el respeto de los cánones del juicio justo, se ha hecho siempre más difícil y ha dado luego a profundos contrastes, que las fuerza creativa de la jurisprudencia no siempre han podido ajustar a través de la elaboración de soluciones constitucionalmente orientadas, conduciendo, al contrario, a decisiones adaptadas al interior de un enjuiciamiento contable, visiblemente desalineado de los preceptos indicados en el art. 111 Const.

El examen de las varias elecciones conducidas por los jueces contables al interior de los ámbitos referidos a su cognición, ha demostrado en un modo constante cómo, no obstante una profunda diversidad con las tipologías de juicio referidas al Tribunal de Cuentas, la jurisprudencia contable ha escasamente contribuido a asegurar la efectividad de un juicio justo, a

a concluirse, y fueron encomendados en fecha 26 julio 2006 a la Primera Comisión Permanente de Temas Constitucionales, en sesión referente y sobre los cuales se refirió el Senado, una única vez, siendo el ponente nombrado, el sen. Villone, en la sesión n. 131 del 26 de junio de 2007.

través de la potencialidad interpretativa de las reglas especiales del enjuiciamiento contable.

Esta posición de cierre de la jurisprudencia contable ha constituido, sobre un perfil positivo, uno de los pocos elementos comunes a las tres distintas tipologías de contencioso debidos al conocimiento del juez contable, que, de otro modo, no habrían sido fácilmente comparables entre ellos por la diversidad de objeto, de estructura procesal y de finalidad.

Eso, sin embargo, bajo un perfil negativo, ha también representado el mayor límite a la actuación de un "justo juicio contable": de hecho, diversamente de cuanto ha acontecido para el enjuiciamiento administrativo, la construcción de los parámetros del modelo de un juicio contable justo, es dejada a la labor de la jurisprudencia y si los jueces no se avocan a orientar los instrumentos procesales a ellos atribuidos por la ley, a través de los preceptos del art. 111 de la Constitución, el hiato entre una disciplina ya vieja y sin duda incompleta y el respeto de las garantías impuestas por la evolución del ordenamiento jurídico y por las nuevas exigencias de tutela, cometidas a las nacientes formas de responsabilidad contable, se arriesga no ser llenado.

El origen de la actitud generalizadamente restrictiva de la jurisprudencia de sector, encuentra fundamento en variadas razones fuertemente ligadas a la interpretación del caso concreto, pero de entre ese aparato individual hay un único hilo conductor que, en la mayoría de los casos, ha inducido a los jueces a limitar las potencialidades expansivas, contenidas en ejercicio de sus poderes especiales, propio en razón de una lectura de la especialidad del enjuiciamiento contable, en términos diversos de aquellos compatibles con el texto del art. 111 Const. y, quizá, también en términos diversos de aquellos prospectados por el legislador originario.

En un abstracto balance entre la salvaguarda de la especialidad de la jurisdicción contable y la interpretación de la misma, en términos compatibles con los generales principios del juicio justo, el respeto de los principios de los cuales el art. 111 Const. ha sido tal vez puesto en segundo plano en referencia a la defensa de una especialidad del enjuiciamiento contable, que la jurisprudencia ha progresivamente construido a través de una praxis aplicativa que es empujada dentro de las pocas normas de ley, hacia una dirección que tal vez ha terminado con la razón original fundante de la diversidad del enjuiciamiento contable.

Las consideraciones expuestas son maduradas en seguimiento de la investigación expuesta sobre los criterios, seguidos por los jueces contables en el ámbito de la instrucción, conducida en los varios tipos de enjuiciamientos: la decisión de examinar esta fase procesal no ha sido casual, se ha considerado que ayudaría a tener luz en torno a elementos valiosos para verificarse el respeto de los principios de los cuales el art. 111 Const. derivados del interior del mismo enjuiciamiento.

La articulación de la fase instructora en los varios tipos de enjuiciamiento contable constituyen, de hecho, una fase determinante para el control del respeto del principio de contradicción, sobre las pruebas desarrollado entre las partes al interior un juicio.

El contradictorio probatorio desarrollado ante un juez tercero e imparcial, es la única garantía para las partes de que se asegurará un efectivo ejercicio del derecho de defensa (así como derivado del art. 111 Const. y, por ciertos aspectos también del art. 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre), sin discriminaciones o preclusiones.

Por ello la necesidad de desarrollar una instrucción contable que tenga en consideración la pluralidad de medios defensivos, la equivalencia de los mismos y la certeza que eso encuentre en una propia autonomía en el ámbito del enjuiciamiento contable, representando ello un aspecto indefectible en la construcción de un juicio contable justo.

Eso es el resultado positivo auspiciado del examen de la praxis jurisprudencial.

Aclarado, de hecho, el relevante papel que la jurisprudencia contable asume aquí, se enfatiza una importancia primaria a causa de la carencia normativa, que se concentra propiamente en la fase instructora de los varios enjuiciamientos, dejada hasta hoy todavía sin una disciplina detallada en orden a su exacta colocación en el interior del enjuiciamiento, y que demanda el desarrollo de la individuación de los medios de prueba realizables y de las relativas reglas del experimento, el examen de las soluciones adoptadas por los jueces contables, en relación con los casos más relevantes y representativos de cualquier tipo de juicio, ha permitido hacer surgir algunos resultados, recíprocamente confrontados porque están unidos en la misma razón, dirigida a sintetizar los mayores problemas del enjuiciamiento contable en referencias a los preceptos del art. 111 Const.

La concordancia y la uniformidad alcanzada por la praxis jurisprudencial en el tema de la instrucción, constituye un aspecto esencial para medir el nivel de actuación de las garantías constitucionales del art. 111.

Haré una afirmación que anticipará las conclusiones, pero, que se puede ya ver que la especialidad sustancial (*rectius*, jurisprudencial), asume un peso negativo en el difícil camino de reconducir el enjuiciamiento contable dentro de los canones de un "juicio contable justo".

Puesto, de hecho, que la prospección del enjuiciamiento contable en términos de "juicio contable justo", pueda ser posible de decir en un enjuiciamiento, y por su especialidad necesaria pueda desarrollarse en el respeto de los principios cristalizados por la nueva norma constitucional, presupone que los espacios dejados vacíos por la normativa, sean colmados por una praxis jurisprudencial modelada dentro los confines trazados por el art. 111 Const., una respuesta negativa a la señalada significaría, por lo contrario, un alejamiento de los cánones del juicio justo.

Una respuesta negativa no tarda en llegar cuando se ponen en reflexión los resultados de esta indagación conducida: en lo específico emerge de hecho que la jurisprudencia contable con una cierta regularidad y constancia, sustituye a la carente disciplina legislativa a través de reglas que no se mueven en el respeto de un "juicio contable justo".

En el silencio de la ley la entera fase instructora, excluyendo cualquier excepción, aparece ligada a la reglamentación jurisprudencial: en cualquier tipo de juicio son los jueces quienes disciplinan la configuración de la fase instructora, su desarrollo y la reglamentación de la elección de los medios de prueba y su ingreso en el juicio, con base en el pedido de las partes o discrecionalmente dispuesto de oficio.

Es el juez contable quien debe elegir mantenerse en una fase instructora autónoma, distinta de la fase decisoria, sea de hecho un aspecto más relevante para la realización de un juicio contable justo, el asegurarse, con oportunos instrumentos, que la dicha fase instructora se desarrolle en un contradictorio paritario entre las partes, en orden a la pluralidad de los medios de prueba deseables.

Y eso ocurre, también con modalidades diferentes, en cada uno de los tipos de juicio devolutivo dirigidos al conocimiento de la magistratura contable.

Los aspectos de la instrucción evidenciados son aquellos, que a buena vista, ponen los mayores problemas de compatibilidad en comparación con el art. 111 Const.

La configuración de una fase instructora de debate bien distinta dentro del interior del enjuiciamiento contable, que siga a la fase introductoria del juicio y preceda el momento de la decisión, deriva en una exigencia primaria de importancia, en un contencioso caracterizado por una especialidad formal, pues la defensa de la autonomía de una fase instructora garantizada por el juez en cada tipo de enjuiciamiento contable, sin excepción constituye una primera etapa fundamental, en el precurso de lectura del enjuiciamiento contable en términos de «juicio contable justo».

Todavía, en la praxis, los jueces frecuentemente han reducido al mínimo el espacio dedicado a la instrucción contable: se mueven adonde la compresión de la fase instructora asume un carácter menos evidente y eso ocurre, por ejemplo, en los juicios de responsabilidad y en los juicios de pensiones, en donde no se excluye apriorísticamente la posibilidad de destinar una parte conspicua del debate a la fase instructora, pero después se termina por conducir una profundización de la instrucción, centrada sobre la valoración judicial de los resultados instructores formados en otros contextos (sustanciales o procesales) y, entonces, se decide en modo indirecto a privar a la instrucción de la necesaria autonomía, además de las garantías que tendrían que asistirle; o se alcanzan posturas más radicales dirigidas a excluir en modo explícito, la necesidad de configurar una fase instructora autónoma distinta de aquella de la decisión: hay numerosos ejemplos de esta decisión radical de los jueces contables, en varias decisiones adoptadas en el ámbito de los juicios de cuentas.

La limitación al desarrollo de la fase instructora, ataca la autonomía de la misma fase y termina comprometiendo algunas garantías esenciales, que deberían asistir el desarrollo del enjuiciamiento contable, constituye un indebido alejamiento del art. 111 Const.

Mientras tanto un empleo, en el ámbito instructorio, del poder censor del juez contable en una dirección que siga contenida dentro de los confines del art. 111 Const., habría podido constituir un óptimo instrumento para asegurar una fase instructora completa y dirigida a la pluralidad de los medios de prueba y, entonces, indirectamente una contribución a un juicio contable justo.

Un primer elemento problemático a los fines de un juicio positivo con un modelo de juicio contable justo parece ser este.

Prosiguiendo con la investigación de las características de la instrucción de los juicios contables, construidos por la labor de la jurisprudencia del sector, se observa que la limitación al desarrollo de la fase instructora en los enjuiciamientos contables no se detiene con el redimensionamiento del espacio procesal a ella concedido, ni a la reducción de la autonomía de la misma, pero se dirige otra andando a atacar el modo de desarrollo de la susodicha fase y, sobre todo, al principio de la equivalencia de los medios de prueba.

En la prevalencia de los enjuiciamientos analizados, de hechos, una tácita jerarquía de los medios de prueba, con el consecuente papel primario reconocido a la prueba documental, condiciona la instrucción en cualquier ámbito contencioso hasta el punto de tipificar el desarrollo de la misma, dentro de la elaboración de reglas comunes a todos los juicios, que consienten al juez contable a llegar a soluciones análogas en diversas especies diversas.

Dirigido a una formal negación de la existencia de un sistema de pruebas legales, que condicionen al juez contable en el respeto de una jerarquía de los medios de prueba, la misma jurisprudencia contable termina con el investigar la base probatoria de su propia decisión en la prueba documental, y también ofrece una alternativa a los medios diversos de prueba —típicos o atípicos—, pero mayormente idóneos a la prospección de las diversas especies en examen.

En conclusión, este microsistema jurídico creado en el ámbito del desarrollo de los juicios contables y tomado en referencia para verificar el nivel de construcción del juicio contable, desarrollado desde la entrada en vigor del señalado art. 111 Const., se caracteriza por ser enfocado a una regla general de la compresión de la fase instructora, al interior de la cual en su debate, después, se encuentran operando ulteriores reglas que disciplinan el desarrollo según un implícito orden jerárquico, de los medios de prueba que ponen el centro de la prueba documental, retenida, en sus varias manifestaciones formales, con un medio de prueba reforzado a valorar.

Hace de corolario a las reglas evidenciadas una disciplina jurisprudencial de detalle, que refuerza la composición del sistema individual a través de la previsión del empleo, en el enjuiciamiento contable, de resultados probatorio formados en diferente contextos procesales, o, todavía, a través

de la elección de recurrir al mínimo empleo de medios de prueba «atípicos», dentro de los cuales está la prueba técnica o, a través del surgimiento del formalismo del juicio de cuentas.

El resultado alcanzado induce a creer que la existencia, en el enjuiciamiento contable, de un sistema de las pruebas construido por la jurisprudencia del sector, no se mueve en la ausplicable dirección constitucionalmente orientada del poder sindical.

Si hubiera sido así el poder censor, más allá que legitimar la vigencia de la especialidad del enjuiciamiento contable, otro sí se habría constituido un insustituible instrumento, para adaptar viejos esquemas normativos a contextos sustanciales divergentes, en espera de una reforma que eliminase “la injusticia contable”.

Para una coherencia intrínseca de sistema, entonces, las reglas jurisprudenciales elaboradas por los jueces contables en la praxis aplicativa, se habría debido desarrollar a lo largo de la línea del poder sindical a ellos atribuido, así como en el construir un sistema de reglas instructoras y la complementación de la normativa.

Sin embargo, no obstante la legitimación abstracta concedida al operador de la jurisprudencia, esa ha seguido moviéndose en una dirección diferente de la auspiciada: una dirección, aquella hipnotizada, que habría permitido, con cada probabilidad, a las reglas elaboradas por la praxis judicial el conformarse con los principios en materia de instrucción deducidos del art. 111 Const., sea para construir la instrucción del enjuiciamiento contable en términos de compatibilidad con cuanto abstractamente para ellos se prevé en un modelo de «juicio contable justo».

El sistema de reglas jurisprudenciales aquí sumariamente reconstruido ha terminado, entonces, desarrollándose hacia una especialidad «sustancial» que ha caminado para ponerse al lado de aquella formal, pero sin completarla en sus lagunas: las reglas actualmente aplicadas han llevado el régimen probatorio del enjuiciamiento contable, a retroceder hacia un modelo cerrado y autoreferencial, con dudosos elementos de compatibilidad respecto al modelo de la instrucción procesal en un juicio contable justo.

En efecto, como se ha observado, las reglas jurisprudenciales se enfocan a dictar disposiciones que inciden en negativo a la fase instructora, reduciendo sobre a un perfil cuantitativo y cualitativo, a la compatibilidad con los principios del art 111 Const., lo cual llega a ser más difícil de sostenerse.

Relacionando singularmente cada regla jurisprudencial perteneciente al sistema de las pruebas, creado por los jueces contables a un modelo de instrucción en el cual las partes procesales, sean puestas en condiciones de prospectar al juez la admisibilidad de una pluralidad de medios de prueba, que puedan ser analizados en un contexto de debate, impreso en las garantías de un contradictorio equitativo, se deduce que ninguna de la reglas seguidas en la jurisprudencia alcanzaría un valor positivo.

Siguiendo la orientación de la jurisprudencia del sector, al contrario, se entiende que la contribución a la creación de un juicio contable justo, a través de la garantía de una instrucción procesal conducida según los preceptos constitucionales, está todavía lejos de alcanzar lo mínimo pedido por el art. 111 Const.

No sólo cuando lo examinado permite relevar que el camino iniciado por la jurisprudencia contable, está más orientado hacia un potenciamiento de la especialidad del sistema de las pruebas, que a una aproximación del mismo con los principios comunes, por la Constitución, deben ser puestos en la base de cada tipo de juicio.

Esta última reflexión, en particular, resume en sí la gravedad de la situación del enjuiciamiento contable, que, si no es reformado en breve tiempo, se arriesga a ofrecer instrumentos jurídicos insuficientes, para cumplir con las nuevas exigencias sustanciales puestas en la base del enjuiciamiento contable, en un contexto constitucional renovado y a perpetrar esa "injusticia" en daño de las comunes garantías constitucionales.

DISPUTAS EN FRANQUICIAS: UTILIDAD E IDONEIDAD DEL ARBITRAJE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Franquicia*. A. *Oferta*. B. *Demanda*. C. *Éxito*. III. *Peculiaridades*. A. *Estándares*. B. *Adaptación del modelo de negocio y sus implicaciones*. C. *Uso marcario*. D. *Daño Marcario*. E. *Derechos de terceros y arbitrabilidad*. F. *Esquemas contractuales complejos*. G. *Procesos paralelos*. H. *Conclusión*. IV. *Idoneidad del Arbitraje*.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo surge de una triple experiencia. Primero, la representación de partes en muchos asuntos que han versado sobre franquicias. Segundo, haber actuado como árbitro en varios casos de propiedad industrial en general, y franquicias en particular. Tercero, la conferencia que sobre ello tuvo lugar ante la Comisión de Propiedad Industrial de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., el 21 de mayo de 2013 (titulada igual que este ensayo).¹ Las tres experiencias han sido enormemente ilustrativas. En cada una de ellas corroboré que las controversias relacionadas con propiedad industrial despliegan peculiaridades dignas de comentar y analizar, a efecto de prevenir, aprender y mejorar. Como resultado de las primeras dos,

* González de Cossío Abogados, S. C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ Haré la misma advertencia que hice en la conferencia citada. Existen tres motivos por lo cuales no aludo a ejemplos ni casos particulares. Para respetar el canon de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. con el que comulgo. En acatamiento de mis obligaciones de confidencialidad, tanto como abogado de parte y muy en especial como árbitro. Y finalmente, por ética y cortesía profesional. Mi único objetivo con este ensayo es examinar temas interesantes. Es por dicho motivo que retrasé la amable invitación que se me hizo para impartir la conferencia en la BMA; para dejar que dichos asuntos, no sólo concluyan, sino que “se enfríen”.

tuve el gusto de compartir con expertos en propiedad industrial, lecciones diversas que la *praxis* me enseña. El resultado fue retroalimentación que deseo documentar.²

Existe un segundo objetivo, que explica el título del ensayo: hacer ver por qué el arbitraje es no sólo *útil*, sino *idóneo*, para ventilar problemas en materia de propiedad industrial (incluyendo franquicias).

II. LA FRANQUICIA

La franquicia es una institución jurídica interesante. No repetiré todo lo que la doctrina mexicana ha dicho sobre la figura. Me ceñiré a enfatizar algunas cuestiones menos exploradas y que encuentro interesantes.

La franquicia es un recipiente jurídico para verter creatividad. Un vehículo para confeccionar modelos de negocio. Una forma de crear, encausar y explotar una idea, un “concepto”.

Esta forma de entender a la franquicia explica su éxito: es plastilina jurídica. Permite moldearse para adaptarse a la creatividad de comerciante deseoso de dar valor. De satisfacer las necesidades del consumidor y deseos del empresario creativo: una forma de crear y explotar.

Pero ello no es todo lo que explica el interés en, y éxito de, la franquicia tanto a nivel nacional como internacional.³ Existen consideraciones adicionales que explicaré dividiéndolas por el lado del mercado.

A. Oferta

Existen motivos económicos estratégicos del lado del franquiciante que hacen de la franquicia un modelo interesante. Primero, sirve para vencer el obstáculo de acceso a capital. Si se desea difundir la franquicia pero se tiene —como siempre— limitantes de capitalización, la franquicia permite

² Estoy en deuda con Jean Yves Peñalosa, Juan Manuel Gallastegui, Horacio Rangel, por las observaciones que me hicieron (antes, durante y después de la charla) que mucho me sirvieron. Sin embargo, sólo yo soy responsable por cualquier error.

³ Según la Asociación Mexicana de Franquicias, en México, de 2007 a 2012, se desarrollaron 811 nuevas franquicias con más de 2,300 puntos de venta, creando 12,400 empleos, con ventas de 941 mil millones de pesos. Mundialmente, existen más de tres millones de unidades franquicias, más de veinte mil franquiciantes, generando un negocio de tres trillones de dólares. Y el crecimiento reportado en los últimos años es entre 10 y 12 por ciento anual. (<http://franquiciasmexico.org/estadisticas.html>, página consultada en mayo 2013).

apalancarse en el capital de terceros para difundirla. Para obtener un retorno sobre capital ajeno.

Segundo, el *know how*. No es ninguna noticia que la franquicia incluye la trasmisión de conocimientos y/o asistencia técnica. Gracias a ello se accede a procesos y métodos que garantizan la calidad y que han probado ser exitosos.

Tercero, el *know who*. El acceso a mercados ajenos genera retos particulares. Siendo mercados desconocidos, el éxito en ellos no sólo depende de factores objetivos, sino con frecuencia subjetivos. Culturales. Formas de hacer negocio. Relaciones con actores económicos locales relevantes. Mediante la franquicia se permite capitalizar el capital *social* del franquiciatario: su conocimiento sobre cómo hacer negocios en diversos mercados. Visto así, el franquiciante y franquiciatario forman un binomio de éxito, que permite mantener constante el núcleo duro del modelo de negocio, acoplándolo a las necesidades y peculiaridades del mercado local —lo que algunos llaman “tropicalización”. Un escenario ganar-ganar— la esencia del mundo de los negocios.

B. Demanda

Del lado de la demanda, del franquiciatario, existen motivos diversos que explican lo atractivo de la figura. Primero, permiten acceder a un modelo de negocio que ha probado ser exitoso, evitando así el riesgo de fracaso implícito en toda empresa nueva. Es decir, reducen (a veces eliminan) el riesgo inicial de todo negocio. Esto merece ponderación. Un número importante de negocios fracasa durante el primer año de vida. Dicho porcentaje crece aún más durante los primeros tres a cinco años del negocio. Luego entonces, el agente económico que desea hacer un uso prudente —además de sensato—, de su capital puede encontrar en la figura de la franquicia una forma de diversificar su portafolio de inversión en forma conservadora.⁴ Si se consideran las estadísticas sobre el fracaso de negocios nuevos, este factor tiende a ser importante.⁵

⁴ La apreciación genérica puede merecer matices casuistas. Por ejemplo, aunque exitosa en un mercado determinado, puede no serlo en otro. Y ello impactará el riesgo de la inversión y uso de capital. Sin embargo, ello no cambia la validez de la apreciación genérica.

⁵ En la experiencia de un experimentado experto (Lic. Juan Manuel Gallastegui), aproximadamente el 65% de los negocios nuevos fracasan en los primeros años de vida. Compárese ello con el dato que el 95% de las franquicias siguen vivas después de los cinco años.

Segundo, el acceso a un modelo de negocio cuyas operaciones, imagen y calidad han probado ser exitosas. Aunque relacionado con el primer motivo, este es diverso en que, quien desee ingresar al mundo de los negocios por primera ocasión, pero desconozca cómo hacerlo, encontrará en la franquicia una forma no sólo de canalizar su capital sino de aprender cómo hacer negocios. Una disciplina.

Tercero, siendo que muchas franquicias son cadenas nacionales o internacionales prestigiadas, el emprendedor puede encontrar en la franquicia una forma de hacerse de prestigio empresarial y de 'una familia'. De ser parte de un esquema mundial. Y como dice el refrán: la unión hace la fuerza.

C. Éxito

Todo lo anterior explica el éxito de las franquicias. Se trata de ingeniería jurídica inteligentemente lograda y sensible a las necesidades del mundo de los negocios.

Y la aseveración de éxito no es mía ni es gratuita. Según la Asociación Mexicana de Franquicias, en 2012 las franquicias en México generaron ventas de 85 mil millones de pesos anuales, emplearon a más de 700,000 personas y son responsables del 6.2 a 6.5% del Producto Interno Bruto de México.⁶ Por si ello fuera insuficiente, 2012 mostró una tendencia a la alza del 12%.

Pero además de los números fríos, el fenómeno genérico merece comentarse y entenderse a efecto de comprender su deseabilidad.

Las franquicias son detonadores de desarrollo no sólo macroeconómico, sino regional. El que áreas menos desarrolladas del país generen demanda por la misma, es altamente positivo pues propician actividad que detona una desparrama económica, que *inter alia* incluye generación de empleos.⁷ No es exagerado pensar que propicien lo que el estratega de negocios más reconocido del mundo (Michael Porter) llama *clusters*: concentraciones geográficas de empresas que se anidan y efervescen como resultado de sinergias, economías de escala, ámbito y otros motivos. El efecto multi-

plicador que ello genera es deseable para todos, no sólo el franquiciante y franquiciatario.

En el caso mexicano, no hay un solo Estado de la República que no haya generado una franquicia. Si se considera que la primer franquicia en México data de 1985 (McDonalds), que la primer franquicia mexicana fue creada en 1987 (Helados Bing), y que al día de hoy existen más de 1,500 redes de franquicias de las cuales el 70% son mexicanas, el crecimiento no merece adjetivo distinto a vertiginoso.

III. PECULIARIDADES

De las diversas peculiaridades vistas en controversias de franquicias, me enfocaré en algunas que cortan transversalmente a varios casos, y cuyo manejo arroja lecciones —que militan a favor de contar con arbitraje como medio de solución de controversias para mejor— encausarlas.

A. Estándares

Uno de los aspectos más importantes de una franquicia es no sólo intangible, sino sutil —y puede pasar desapercibido al ojo no entrenado: *los estándares*—, que generalmente incluyen imagen, operación y servicio. Las peculiaridades del modelo de negocio que lo hacen atractivo. Que lo diferencian. Esto merece ponderación. El éxito de un modelo de negocio con frecuencia no es atribuible a un solo factor, sino a muchos. Aquel conjunto de elementos que hace que un modelo sea —a los ojos del consumidor— diverso de otro. Distinguible; y por ende preferible. Y de entre estos la atención a los pequeños detalles tiende a ser crucial. Ejemplos de ello pueden ser el tono de un color que trasmite la imagen deseada, el mantenimiento y conservación del aspecto del local, la calidad de los insumos, la limpieza, el trato y apariencia del personal, el tiempo de respuesta. Todos estos factores redundan seriamente en la calidad (del producto y/o servicio). Y con frecuencia hacen *la* diferencia.

En la experiencia de este autor, esto ha demostrado ser de difícil demostración. Ello obedece a dos motivos. Primero, la dificultad de demostrar el umbral de calidad deseado y los incumplimientos de ello por el fran-

⁶ <http://franquiciasdemexico.org/estadisticas.html> (página consultada en mayo 2013).

⁷ Ello a su vez tiene otras consecuencias deseables, como incremento agregado del nivel de salarios y segmentación de mercados, todos fenómenos conducentes a desarrollo económico.

quiciatario.⁸ Segundo, porque demostrado, es fácil que el observador no versado en esta sutileza pueda descontar la importancia del punto. La falta de sensibilidad sobre la importancia de este intangible puede ser crucial, tanto para el asunto mismo como la franquicia en general. Ante ello, hago tres recomendaciones:

- a) *Al redactor de contratos*: hacer énfasis en el contrato sobre la importancia de los estándares en el cumplimiento del contrato. Dejar claro que se trata, no sólo de algo importante, sino que constituye parte del motivo fundamental que lleva al franquiciante a *confiar*⁹ al franquiciatario la franquicia.
- b) *Al abogado postulante*: debe tener cuidado cómo se confeccionan los tribunales arbitrales, para estar seguros que son profesionales sensibles a esta sutileza. A personajes que hablan el idioma y están en sintonía con estas disciplinas. Con la importancia de un estándar, y sus implicaciones en el modelo de negocio (de no observarse).
- c) *Al árbitro*: darle a esto la importancia que merece. Si una parte se queja de la calidad o del cumplimiento de estándares, se sugiere no descontar la importancia del punto por el hecho que (*inter alia*) la cuestión puede parecer *de minimis*, o que el árbitro es más tolerante. Si por ejemplo el árbitro no es sensible a un cambio en la calidad del alcohol utilizado,¹⁰ o el mantenimiento del local,¹¹

⁸ Invito a que el lector pondere sobre ello, ¿Cómo demostrar calidad a un tercero imparcial y por definición ajeno al negocio? La dificultad inicial se complica por factores diversos. Uno es que los instrumentos para demostrar calidad, con frecuencia involucran esquemas de monitoreo *del franquiciante*. Ante ello, el franquiciatario seguramente aseverará que, estando bajo su control, dichas formas de medir calidad son cuestionables (*inter alia* por 'maquillables'). Se pregunta al lector: ¿Qué otra manera hay de demostrar calidad? No existe un barómetro mundial diverso que pueda ser usado para ello. Y el franquiciante no sólo es el único posibilitado para ello, *es el ideal*: después de todo, es el autor de la idea, incluyendo el nivel de calidad. Nadie mejor situado que él para evaluar si algo reúne el nivel de calidad deseado.

⁹ Esta palabra es importante, y con frecuencia descuidada por franquiciatarios. Se trata de una relación de fiducia. El franquiciatario es depositario, custodio y explotador de algo que no le pertenece.

¹⁰ En un caso, una de las quejas que hacía un franquiciante era la calidad del alcohol servido en noches de barra libre. El franquiciatario ofrecía barra libre *internacional*, prometiendo licores de primera, para luego servir licores *nacionales* y de mala calidad. Esto puede parecer banal al abstemio o neófito (admito que a mí me tomó tiempo entenderlo). Pero al mercado sí le importa —y mucho. Lo distingue de inmediato—. Se trata de una promesa de calidad incumplida que incide inmediata y seriamente en la imagen. Y la sanción reputacional es enorme.

¹¹ En un caso, la queja del franquiciante consistía en a) la ubicación de la basura con respecto a la cocina, b) la existencia de humedades y termitas en los adornos del local, c) la suciedad de las cocinas, y d) el deplorable estado de mantenimiento del aspecto físico del local, que incluía rayones en la pared

ello no quiere decir que deba descontar el que ello sea importante para el franquiciante y mucho menos para el segmento de mercado al que va dirigido, *que sí reconocerá la diferencia*. Se trata de una pieza clave del modelo de negocio.

En este contexto un análisis de incentivos es solamente conveniente, sino útil.

Del lado del franquiciante, la calidad y observación de los estándares son parte de los deberes de reinversión del franquiciatario, los cuales el franquiciante deseará incrementar lo más posible. Después de todo, entre más invierta en calidad el franquiciatario, más aprovechará a la cadena (a veces internacional) de franquicias. La inversión *individual* es ganancia *plural*. La demanda agregada incrementará; como lo harán las ventas y ganancias *de todos*. Como lo hace ver una obra interesante sobre este tema:¹²

The value that each constituency finds in the brand partly depends on the other constituencies.

[el valor que cada persona involucrada le otorga a una marca en parte depende de los otros involucrados].

La franquicia es una cadena conformada por eslabones —los franquiciatarios. Un *todo* compuesto por *partes*. Si *uno* falla, *todos* sufren.

Del lado del franquiciatario, todo lo anterior se refleja en costo, que reduce su beneficio (ganancia) *individual*. Y es aquí donde surge lo que los economistas llaman un problema de *free riding*: siendo la inversión en calidad un costo que el franquiciatario local siente (y resiente) inmediatamente, y el beneficio es futuro, pulverizado y agregado, una estrategia natural —que puede ser individualmente sensata, pero colectivamente destructiva— es reducir esfuerzos de calidad. Al fin, la demanda agregada está dada. Sus ventas individuales poco sufrirán,¹³ particularmente si se cotejan

a veces con groserías y frases obscenas, toleradas durante periodos largos. El común denominador era mantenimiento por debajo de los estándares internacionales. El observador no entrenado podría descontar la seriedad de ello por el hecho que a él no le parece tan grave. Ello descuidaría que el punto de comparación no son *sus* preferencias individuales si no las del mercado —incluyendo los estándares de calidad del franquiciante. Es decir, la apreciación no debe ser subjetiva, sino objetiva.

¹² DOUGLAS B. Holt, *How Brands Become Icons. The Principles Of Cultural Branding*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 2004, p. 151.

¹³ O de sufrir, pueden parecer inferiores a su costo *individual* —más no inferiores al costo *total* (sobre el resto de los franquiciantes), si se mide la reducción de ventas mundial— algo difícil de

con el costo de inversión en calidad y consecuente reducción del margen de utilidad. Ante ello, es 'sensato' invertir poco en calidad y ampliar su margen de utilidad. El beneficio será inmediato y el costo (reducción de demanda agregada y posibles represalias) mediato. Y de no contar con un mecanismo eficaz (como el arbitraje), poco probables.

Existe un último incentivo que invito se tome en cuenta. La única constante (casi) incuestionable en disputas de franquicias es daño a la marca. Sea porque se cierre un local, se suspendan servicios, se obligue a remodelar o se tomen otros pasos intermedios,¹⁴ el consumidor final percibirá un servicio distinto al que el creador del modelo de negocio desea. *Esto es un costo —y puede ser muy alto—*. Debe tenerse en mente pues, si, conociendo este daño, se ha decidido proceder legalmente, ello obedece a algo —a menos que el lector esté dispuesto a suponer que los comerciantes gustan de actuar en contra de sus intereses. Que están peleados con su cartera—.

En suma, mientras que el franquiciante tiene incentivos para insistir en incrementar inversión, el franquiciatario tiene incentivos perfectamente contrarios: gastar lo menos posible y 'colgarse' de los esfuerzos de los demás miembros de la cadena (local o mundial). Ello debe ser tomado en cuenta al momento de analizar el caudal probatorio que, dados los retos de esta materia, siempre estará lejos del ideal.

B. Adaptación del modelo de negocio y sus implicaciones

En el mundo de los negocios, lo único constante es el cambio. Si un modelo de negocio quiere sobrevivir la prueba del tiempo, tiene que adaptarse. Este reto, que todo negocio vive, muestra una peculiaridad en materia de franquicias —y es doble—. Por un lado, la existencia de diversos eslabones o unidades de negocio bajo control distinto. Por otro, siendo que hay muchas maneras de adaptarse, ¿quién decide cuál es la que debe prevalecer: franquiciante o franquiciatario?

La pregunta es más profunda de lo que a primera impresión parece. Si bien el franquiciante es el titular de la marca (incluyendo modelo de negocio), el franquiciatario tiene derechos con respecto a la misma. No sólo

demostrar y aún más sensibilizar al franquiciatario local, quien naturalmente se preocupa más de sus costos e ingresos que los de los demás miembros de la cadena mundial.

¹⁴ Y ello sin tomar en cuenta la utilización de medios. En esta materia es frecuente observar que los medios son usados —y con frecuencia para denostar, dando al público una visión *parcial*, con frecuencia sesgada o abiertamente falsa, de lo acontecido.

porque pagó por ella, sino porque contrató bajo un *statu quo* que constituye el origen del régimen económico y contractual punto de partida de sus derechos. Y su expectativa merece ser protegida. No faltará quien diga inclusive que bien pudo haber sido el motivo determinante que lo llevó a contratar.

Luego entonces, ¿quién decide? ¿Franquiciante? ¿Franquiciatario? ¿Ambos?

La respuesta a la interrogante exige una postura sobre la naturaleza de la relación franquiciante-franquiciatario. Y ésta es caracterizable y defendible de muchas maneras. Tanto como "socios", cuya voz merece igual peso. Como entes ubicados en una situación muy distinta: uno manda y el otro debe seguir. O como una especie de "copropietarios", de tal forma que el deseo *de ambos* tiene que tomarse en cuenta al decidir cuestiones que atañen *a ambos*.

Aunque no hay una postura clara y terminante, postulo que en la embaucación de la franquicia no puede haber más que un capitán. Y tiene que ser el franquiciante. El postulado es defendible tanto en la lógica marcario como de negocio. Desde el ángulo marcario, para que la marca sea *una*, las decisiones sobre la misma tienen que permanecer en un mismo centro. De lo contrario, el modelo de negocio no será uno, sino tantos como franquiciantes existan.¹⁵

Desde la perspectiva de negocio, siendo el franquiciante el dueño original, quien desarrolló la idea, es éste quien debe tener la decisión final sobre cuestiones relacionadas con el modelo de negocio. El franquiciatario debe ser entendido como parte de una relación de fiducia. Depositario y custodio de un valor *que no le pertenece*. Que puede explotar siempre que siga los cánones contractuales.

¹⁵ Por ejemplo, si existen cien franquicias en diferentes partes del mundo, adoptar una postura distinta a la expresada implicaría que habría cien marcas distintas —no una. Una por cada franquiciante que tenga una postura diversa sobre cómo manejar un problema o reto que aqueja a la franquicia. Al modelo de negocio. Un ejemplo reciente del mundo de negocios es el cambio del logo de Starbucks. Si los franquiciatarios no respetaran la voluntad del franquiciante (lo cual puede obedecer a motivos defendibles) no se lograría el cometido de *una* imagen —una necesidad importante en esta materia—. Imagínese por ejemplo que el franquiciante mexicano tiene motivos sólidos para pensar que el logo viejo es más atractivo al consumidor mexicano. De aceptarse, no habría *una* marca Starbucks mundial, sino varias. En el ejemplo citado, un Starbucks *mexicano* distinto al Starbucks *mundial*.

Aunque las nuevas generaciones de contratos de franquicia abordan y regulan esta cuestión, las primeras generaciones son omisas o lacónicas.¹⁶ E inclusive bajo los contratos detallados, esta cuestión puede ser importante ante lagunas contractuales. Después de todo, todos los contratos son de alguna manera u otra “incompletos”:¹⁷ distan de incluir un régimen y respuesta a todas las contingencias posibles.

C. Uso marcario

La noción y alcance de “uso” de una marca ha propiciado diferencias. Si bien una franquicia incluye la licencia para la utilización de una marca, las franquicias suelen contener cánones de utilización —incluyendo límites y prohibiciones—. Los objetivos no solamente son los evidentes (asegurar uniformidad marcaria), sino también establecer formas de asegurar calidad y monitorear ventas;¹⁸ así como formas adicionales de explotación del modelo.¹⁹

Lo anterior ha generado posiciones encontradas. Una frecuentemente observada es la aseveración, que la autorización del “uso” de marca incluye cualquier actividad no expresamente prohibida. Es decir, siempre que no se incurra en las prohibiciones, el franquiciatario puede usarla como quiera. Ello es parte de lo que adquirió con la regalía inicial pagada.

Otra postura frecuentemente escuchada es que, mientras el “uso” no sea ‘*marcario*’, no existe violación a la franquicia. Este postulado cobra importancia en los casos en que existen prohibiciones (especialmente cuanto ambiguas) y cuando en presencia de pactos sobre la obligación de adquirir insumos. Éste argumento conlleva otro: de existir un uso marcario, cualquier queja sobre el mismo no puede ventilarse en arbitraje, pues existe un órgano con jurisdicción exclusiva para ventilar las consecuencias de ello (infracción o caducidad).

¹⁶ Y la mayoría de las disputas que se han vivido recientemente versan sobre contratos redactados hace algunas décadas.

¹⁷ El adjetivo deviene de la teoría de Contratos Incompletos que le mereció a Oliver Williamson el Premio Nobel de Economía de 2009.

¹⁸ Algo que puede ser importante. Al estar en manos de un tercero bajo control diverso, en un país distante o estado diferente, es natural que el franquiciante desee implementar un barómetro propio de ventas que permita arquear y verificar que las cantidades reportadas son fieles a la realidad. (Recuérdese que las regalías con frecuencia se pagan sobre ventas brutas. Ante ello, el incentivo para reportar menos ventas es tan poderoso como fácil de lograr).

¹⁹ Por ejemplo, no es inusual observar que se pacta la obligación que productos (*vgr.* playeras, tazas, imanes, juguetes) sean comprados del franquiciante, o entes preaprobados por el franquiciante.

Tomemos cada tema por su complejidad *in crescendo*, de general a particular. Comencemos con distinguir uso marcario de uso común y corriente, y sus implicaciones en franquicias. Postulo que ‘uso’, en el sentido marcario, únicamente puede entenderse como la utilización de la marca *para identificar un producto o servicio ante terceros*. Si el logo o frase protegida marcariamente es dibujado en una playera por el franquiciatario, dicho uso se convierte en ‘marcario’ cuando se hace con miras a vender la playera *al público*. Mientras el ‘uso’ no busque asociar a dicho producto o servicio con la marca *vis-à-vis* terceros, no hay ‘uso marcario’. Ello puede parecer obvio; banal inclusive. Sin embargo, tiene una implicación importante: en ausencia de pacto expreso, el franquiciatario puede —*motu proprio* o a través de terceros— hacer ‘uso’ (en su acepción común y corriente) de la marca sin incurrir en ilícito alguno. De quererse regular el uso *no marcario* de la marca, será necesario hacerlo *expressis verbis*, so pena de ver que es usada en formas diversas a las previstas o deseadas.

Siendo que algunos esquemas de franquicia incluyen formas diversas de ceder y explotar el concepto y modelo de negocio, la cuestión del uso marcario es caldo de cultivo de diferencias. Es para ello que el punto de partida descrito en el párrafo que antecede es útil: para discernir *ex contractu* qué tipo de uso es el vedado, y cuál no —una determinación eminentemente casuista—.

Finalmente, con respecto a la arbitrabilidad de la disputa, la aseveración genérica que el uso marcario no es arbitrable es, en mi opinión, un malentendido. Si el contrato de franquicia contempla que la marca no puede usarse más que de cierta manera, el que dicha obligación se incumpla no resta su arbitrabilidad con motivo de que puede además ser una infracción. A cada quien lo suyo: la violación al artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial se ventilará ante el IMPI; la violación al pacto de la franquicia de usar la marca de cierta manera se ventila ante el tribunal arbitral. Y no existe contradicción alguna.

Ello sigue siendo cierto inclusive llevado al extremo: el pacto de no incurrir en una infracción. Piénsese por ejemplo en una franquicia para usar la marca en un segmento (clase) determinado. Si el franquiciatario lo usa para otro segmento de mercado, ello constituirá una violación a la franquicia —*además de una infracción*—. ²⁰ Pero lo que se ventilaría en el arbitraje

²⁰ Por ejemplo, las infracciones descritas en las fracciones V y XVIII del Artículo 213 de la Ley de Propiedad Industrial.

je no sería la violación a la Ley de Propiedad Industrial, sino a la cláusula *x* del contrato de franquicia (que bajo el derecho de las obligaciones sería una obligación de no-hacer que ha sido incumplida). Y la jurisdicción del tribunal arbitral no se vería mermada: las partes habrán hecho *contractual* lo otrora *legal*.

Otra manera de entender lo explicado es por capas: además de la protección *marcaria* —exigible ante las autoridades marcarias—, existirá la *contractual* —exigible ante el tribunal arbitral.

D. Daño Marcario

La demostración de daños siempre es difícil. En esta materia un daño ostenta una dificultad particular: el daño marcario.

Comencemos por su significado: ¿qué significa 'daño marcario'? Existe diferencia de opinión sobre ello. Desde quien niega que sea un daño indemnizable, hasta quien asevera que no es más que un caso particular de daño financiero, y por ende claramente recuperable. Otros consideran que es un daño *sui géneris*. Y dentro de dichos extremos, existen posturas con matices diversos. Por ejemplo: daño reputacional, lesión al *goodwill*, inclusive un caso particular del género daño moral: la afectación a la consideración que de sí misma tienen los demás.²¹

La dificultad del tema no se ciñe a su significado, sino también a la demostración. ¿Cómo acreditar que existe el 'daño marcario'? Siendo que la marca es la manera en que se identifica a un comerciante con terceros (clientes, el consumidor), ¿cuántos terceros son necesarios para demostrar que existe una merma generalizada sobre la concepción de dicho intangible? Además de la *cantidad*, la *calidad* también genera retos: las pruebas que sobre esto se obtengan sin duda estarán sujetas a sospechas (¿cómo se procuraron?) y por más que se obtengan, siempre permanecerá la duda de cuántas son (¿estadísticamente?) suficientes para justificar la determinación que, a los ojos de cierto consumidor, de un mercado geográfico, existe un daño a la marca.

²¹ Lo cual encontraría apoyo en el texto resaltado de la siguiente porción del primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil Federal: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas".

Y suponiendo que se logra *demostrar*, ¿cómo *medirlo*? Esto es posiblemente la cúspide del reto. ¿Cómo ponerle un número que no parezca especulativo a la merma de la imagen de una marca? No faltará quien aluda a resultados financieros. Pero sí se desea medir en base a un hipo en ventas, ¿cómo despejarlo de otras variables económicas a efecto de generar convicción en la mente del juzgador que el cincelado en ventas obedece a la lesión a la imagen, y no a otros motivos. Será muy raro no encontrar otro evento económico coetáneo al que el incumplidor desee atribuirle la culpa.

¿Cómo establecer causalidad? De sí, esto propicia otro sin número de dudas.

Deseo postular que, para aquilatar si un incumplimiento a una obligación relacionada con la franquicia detona un 'daño marcario', es indispensable voltear a ver el efecto que ello tiene en el mercado. Cualquiera que sea el significado exacto y la forma de demostrarlo —y cuantificarlo— debe incluir que, como resultado de un incumplimiento, *el producto no ataque el segmento de mercado al cual va dirigido*. Que las ventas no provengan del nicho de mercado para el cual fueron diseñadas (a través de las características (incluyendo precio) del producto, y lineamientos de la franquicia).²²

Siendo que el producto puede estar siendo consumido, no faltará quien diga que no hay daño. La contestación sería miope. No sólo eso, ejemplificaría la falta de sensibilidad que advertía arriba.²³ Perdería de vista que, para ciertas franquicias, lo que importa no sólo es el *que*, sino el *quien*. Las ventas brutas no son el alfa y el omega del éxito del modelo, sino quién las genera. Quién consume. Si por ejemplo una bolsa Louis Vuitton acaba en manos de una persona que la compra en la calle a un precio ínfimo,²⁴ no puede alegarse que no existe daño marcario puesto que "alguien la compró".²⁵ El producto no habrá acabado en manos del segmento de mercado deseado. *Ello es daño marcario* —y puede ser importante. Es más, al margen de ser aditivo a otras especies de daño, puede ser el preludio de otros daños serios: piénsese por ejemplo en los productos Veblen: aquellos

²² Por ejemplo, la ubicación, colores, prohibiciones y los estándares en general. Una franquicia que desea cerciorarse que se mantiene en un segmento determinado puede exigir que la ubicación del local siempre sea en la avenida principal de cada ciudad, y nunca en zonas de bajo ingreso.

²³ Sección III.A de este ensayo.

²⁴ Piénsese por ejemplo en el caso de mercados grises —y no se diga negros.

²⁵ Además del patrimonial. Se trata de un daño por encima del financiero.

en que una reducción en su precio implica (paradójicamente)²⁶ una reducción de demanda.²⁷

El argumento no se apoya en una elucubración, o una excepción a una regla general (la ley de la oferta y la demanda), sino en la noción que el creador de un modelo de negocio —mediante la marca, estandarización, cuidado de calidad y demás elementos del modelo de negocio—, lo que busca es atacar un segmento de mercado *específico*. Y cada segmento de mercado ostenta características distintas. De querer ganarse el voto económico del mismo, éstas deben ser consideradas y saciadas.²⁸ Si alguien incumple con los lineamientos de calidad o de imagen del producto o servicio y, como resultado, el producto acaba en manos de un consumidor de un segmento diverso, existirá un daño a la marca. Y el efecto puede ser importante: la demanda del segmento de mercado deseado se irá de picada.²⁹

E. Derechos de terceros y arbitrabilidad

Siendo que la marca es la forma en que un comerciante se ostenta hacia terceros, ha surgido la duda sobre si ello afecta su arbitrabilidad. Después de todo, el arbitraje es íntimo: obliga exclusivamente a las partes vinculadas por el acuerdo arbitral.

La postura es un malentendido. Lleva un concepto a extremos injustificados. Cierto, los derechos de terceros son un límite del alcance del acuerdo arbitral. También cierto, la marca identifica un producto o servicio *vis-à-vis* terceros. Pero concluir de ello que las disputas contractuales derivadas de la misma son inarbitrables es falaz. Para ser un límite, lo que debe ventilarse no es un *hecho* que atañe a un tercero, sino un *derecho del* tercero. Tomar la postura contraria sería injustificado tanto lógicamente como jurídicamente.

²⁶ Pues por lo general, bajo nociones elementales de oferta y demanda, la reducción de precio implica un *incremento* —no *reducción*— de demanda.

²⁷ Medida desde el punto de vista del segmento de mercado deseado.

²⁸ Por ejemplo, el mercado de productos de lujo es descuidado cuando el producto es ofrecido mediante canales de distribución que no son de lujo. La consecuencia inevitable será pérdida de las ventas del segmento deseado.

²⁹ Si el lector duda de lo explicado, le invito a que considere, si es una dama, si continuaría comprando (o pagando lo mismo) por bolsas Louis Vuitton, si son ampliamente vendidas a precios bajos en la calle.

F. Esquemas contractuales complejos

La complejidad en la contratación crece en la medida en que la complejidad del negocio crece. Si por ejemplo la franquicia involucra proveedores diversos para esquemas diversos, para explotar el modelo de negocio o pluralidad de formas de asegurar la calidad del mismo, puede ser necesario (y es frecuentemente observado), que exista pluralidad en la forma que ello se documenta y regula. Si el redactor del contrato no tiene dos precauciones, la experiencia enseña que ello generará problemas, uno frecuente siendo que ello será aprovechado por la parte que desea accidentar la disputa:

- a) Pactar una cláusula arbitral *idéntica* en todos los contratos relevantes; o
- b) Cuidar que exista un contrato marco (o “maestro”, como con frecuencia se tilda) que rijá todos los contratos de la relación, y que el mismo incluya *una* cláusula arbitral.

Por ejemplo, no es inusual observar que el franquiciante pacta con el franquiciatario, que éste debe adquirir de aquél insumos o productos a ser ofrecidos como parte de la franquicia. El motivo tiende a ser múltiple: desde una forma de cuidar calidad e imagen, hasta formas diversas de explotar la franquicia por parte del franquiciante. Si no existe claridad contractual en la jerarquía o régimen aplicable al contrato, y la aplicabilidad de la cláusula arbitral, es probable que la ambigüedad genere diferencias o sea explotada por la parte que desea complicar el proceso.

Otro ejemplo lo constituyen las relaciones contractuales de múltiples niveles: cuando por ejemplo un franquiciante internacional contrata con un franquiciatario local y le asigna un territorio exclusivo, permitiéndole que éste subfranquicie. Esto fácilmente puede provocar tres o más eslabones contractuales, lo cual necesariamente significa que el explotador final —*el que le da la cara al consumidor*—, tenga un régimen diverso al originalmente planeado por el franquiciante. Ello ha sido previsto a veces, y a veces no. En ocasiones sucede que la prohibición de cesiones o de subfranquiciamiento es porosa o ambigua, y el resultado es que el eslabón más importante de la cadena (desde la perspectiva de calidad), no está sujeto al régimen que el modelo de negocio exige. Ello complica el resguardo de calidad, cuidado de la imagen y la ejecución coactiva del contrato.

En ocasiones sucede que esta posibilidad es prevista por el franquiciante internacional, pactando (por ejemplo) que el franquiciatario local no puede subfranquiciar,³⁰ o que de hacerlo el contenido del contrato de subfranquicia tiene que ser idéntico al contrato entre el franquiciante internacional y el local. Ello, aunque *ex ante* buena idea, genera un problema *ex post*: el franquiciatario local y el subfranquiciatario son entes diversos que *pueden* —aunque no *deban*— modificar su relación contractual. Ello complica el monitoreo por el primer franquiciante (el original, que con frecuencia es internacional), e invita todo tipo de argumentos y tácticas dilatorias.³¹

G. Procesos paralelos

La existencia de procesos paralelos no es noticia. Ello puede involucrar pluralidad de procesos arbitrales, o procesos paralelos arbitrales y judiciales. En esta materia existe aún otro caso particular: procesos paralelos administrativos.

Los motivos detrás del fenómeno pueden ser diversos. Por ejemplo, pueden derivar del diseño contractual: ante pluralidad contractual, multiplicidad de partes, la coexistencia de cláusulas arbitrales y de foro, o cláusulas arbitrales diversas.³² A su vez, puede ocurrir que una de las partes no honra su pacto, de encausar al arbitraje *todas* las disputas que surjan de una relación, abriendo varios frentes legales.³³ Finalmente, y más relacionado

³⁰ O puede subfranquiciarse sólo a sí mismo; es decir, a entes que formen parte de su grupo económico. Si bien no jurídicamente, *económicamente* es lo mismo.

³¹ Por ejemplo, intentar tildar al subfranquiciatario local de “tercero” no vinculado por el acuerdo arbitral, contenido en el contrato entre el franquiciante internacional y el local. Ello se ha visto inclusive en casos en que las partes tuvieron el cuidado de pactar un contrato, “marco” o “maestro” y establecer la obligación de contenido contractual espejo. (Si de algo sirve saber, aunque con algunos tropiezos, el Poder Judicial mexicano que analizó la estrategia repudió la táctica dilatoria. Moraleja: si existe una relación contractual de muchos eslabones con un contrato maestro, éste rige *todo* incluyendo su acuerdo arbitral.)

³² En un caso reciente que tuve, habían siete cláusulas arbitrales distintas (dos de la misma institución, pero incompatibles al designar sedes distintas), y dos cláusulas de foro. Y todos versaban sobre el mismo negocio y problema.

³³ Observo que esta situación es frecuente y a veces consentida por árbitros y practicantes. Bajo el argumento que no puede reprocharse el ejercicio de un derecho, algunos toleran que una parte vinculada por un acuerdo arbitral prosiga procesos paralelos judiciales, negando inclusive peticiones de la contraparte a que las disputas se sigan ante el foro arbitral escogido. Postulo que ello constituye un entendimiento lacónico del efecto positivo del acuerdo arbitral: si *A* y *B* pactaron arbitraje, *tienen* que canalizar mediante el mismo *todas* las disputas que versen sobre su relación jurídica. (Admito que el alcance de la apreciación puede depender de la redacción de la cláusula arbitral. Sin embargo, en

con nuestro tema, puede ocurrir que la disputa verse sobre una relación que tiene tanto hebras contractuales como regulatorias. Que versen sobre una materia con una *lex specialis* que incluye un órgano administrativo con jurisdicción exclusiva sobre ciertos aspectos de la materia. Por ejemplo, el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial o el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Cualquiera que sea el motivo, la constante es un problema que tiene implicaciones tanto procesales como sustantivas. Las *procesales* consisten genéricamente en duplicidad, onerosidad magnificada y medidas que pueden ser desde inconsistentes hasta contradictorias —inclusivo antagónicas—. Las *sustantivas* incluyen (*inter alia*) la discusión de un mismo hecho ante tribunales diversos, tener que (artificialmente) dividir lo que en verdad es un todo: la misma controversia.³⁴

Las disputas de franquicia pueden involucrar procesos paralelos administrativos ante los órganos administrativos indicados, u otros. Por ejemplo, pueden involucrar procesos de infracción, nulidad o caducidad de marca. De existir un acuerdo arbitral que ampare la relación, han existido tanto dudas como malos entendidos sobre cómo manejar el problema. Y de nuevo, ello tiene implicaciones procesales y sustantivas. Por ejemplo, en caso de existir un proceso de nulidad de marca, ¿debe ello impactar la jurisdicción o determinaciones del tribunal arbitral? ¿Debe el tribunal arbitral esperar a que el órgano administrativo emita su fallo?

En términos generales, se postula que la respuesta es negativa. El tribunal arbitral es un órgano de contrato. Su misión es resolver sobre la legalidad *contractual* de la disputa. No versa sobre legalidad bajo la lupa de leyes sujetas a jurisdicción exclusiva de tribunales u órganos estatales. Pero existe otro lado de dicha moneda: de la misma manera en que el tribunal arbitral no puede resolver disputas, cuyo *petitum* verse sobre derechos derivados de leyes sujetas a órganos con jurisdicción exclusiva, lo mismo puede decirse de los órganos cuya jurisdicción —si bien exclusiva— es limitada. No puede amparar disputas amparadas por un acuerdo arbitral. La simetría es tan lógica como perfecta. Además, es fácil de entender. Si las

los casos que he vivido, no ha sido en base a ello que se ha decidido tolerar, sino el argumento citado: permitir que las partes ejerzan sus derechos. Dicha manera de pensar merece la crítica esgrimida.)

³⁴ Ocurre que cuestiones que se relacionan con la disputa en su totalidad son regidas por contratos diversos —con mecanismos de solución de controversias diversos. Como resultado, se invita una discusión de qué se puede discutir en un foro determinado, y si es admisible en otro, siendo que en estricto sentido deriva de una relación distinta, o se rige por un contrato diverso a aquel del cual deriva jurisdicción el tribunal relevante.

partes pactaron que *cualquier* disputa derivada de, por ejemplo, su contrato de licencia será encausada al arbitraje, la voluntad debe ser cumplida.³⁵

Con respecto a la duda consistente en si debe detenerse el proceso arbitral para esperar un fallo del órgano administrativo que está en vías de ventilarse, tiendo a pensar que la respuesta debe ser negativa, y por tres motivos: Primero, el tribunal arbitral toma la disputa como la recibe. Si, al momento de ventilar la misma, está *pendente lite* un proceso paralelo sobre un tema relacionado, pero sobre el cual tiene jurisdicción un órgano local, no puede ello detener el fallo del tribunal. Hacerlo sería contrario a *compétence*. Segundo, si lo anterior tuviera lugar, se aniquilaría una de las grandes virtudes del arbitraje: su velocidad. Tercero, probablemente ello premiaría tácticas dilatorias. (La procedencia de esto último es casuista, es de admitirse).

H. Conclusión

Explicadas las peculiaridades que se observan en controversias de franquicias, la conclusión es obligada: evidencian una complejidad adicional. *inter alia*, ésta reside en que es una materia en la cual confluye pericia jurídica, económica y mercadológica. Por ende, su correcta solución exige un mecanismo que permita atender tanto a sus peculiaridades sustantivas como procesales. El arbitraje reúne dicho requisito.

IV. IDONEIDAD DEL ARBITRAJE

Entendidas las sutilezas de la materia, queda clara la *utilidad* del arbitraje. Pero ¿por qué es *idóneo*? Respuesta:

³⁵ Y de ello se cerciora el derecho arbitral (artículos 1424 y 1464 -1465 del Código de Comercio) y criterios del Poder Judicial. Por ejemplo: "ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, *los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos*, consistiendo *los primeros* en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, *los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca el fondo del asunto. (...)*" (Registro 178813, SJF Tomo XXI, abril 2005, p. 1341. Tesis I.3º.C.475 C.). (énfasis añadido).

1. **Especialidad:** porque uno puede cerciorarse que el tribunal esté compuesto por expertos sensibles a los dilemas explicados en este ensayo;
2. **Maleabilidad:** porque la ductibilidad del arbitraje lo hace propicio para ser usado para armar sistemas —algo frecuentemente necesario en cadenas internacionales (y nacionales) exitosas de franquicias;
3. **Velocidad:** porque es veloz —y mucho más que las opciones. Aunque algunos casos complejos han tomado tiempo, siempre son más veloces (y con menos instancias) que la opción.

Es por ello que con toda probabilidad, el futuro atestiguará aún más disputas de propiedad industrial (incluyendo franquicias) confiadas al arbitraje.

**BONORUM POSSESSIO Y EDICTO CARBONIANO
EN LAS CONSTITUCIONES DEL EMPERADOR
ADRIANO (117-138 d.C.)**

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Bonorum possessio secundum tabulas* y *testamento ruptum*. II. *Bonorum possessio contra tabulas* a favor del militar que había manumitido un esclavo que formaba parte de su peculio. III. Edicto Carboniano. IV. *Bonorum possessio* a favor de los hijos de los militares.

**I. BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS
Y TESTAMENTO RUPTUM**

Según el derecho civil un *testamentum ruptum* (testamento que deja de ser válido por la llegada de un hijo póstumo) no puede producir efectos, sin embargo, Adriano en un rescripto concedió en manera excepcional al heredero designado en el testamento la posibilidad de obtener por parte del pretor la *bonorum possessio secundum tabulas* como puede constatarse en un texto de Ulpiano, *libro quarto disputationum* en D. 28.3.12 pr.:

*Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimia-
que subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamen-
tum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest rem-
que optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt, idcircoque
legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. idem et
circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data
fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.¹*

¹ Los términos *scrupulositas* y *subtilitas* han sido considerados interpolados por muchos autores como P. Voci, *Testamento pretorio en Labeo*, 13, 1967, 324 pero el mismo autor reconoce que la interpolación que atribuye a *nimia subtilitas* (excesiva sutilez) la ruptura del testamento, se refiere

Muerto el póstumo preterido, no designado en el testamento porque había nacido después (pero todavía viviendo el testador), si bien resulta que el testamento deja de tener validez por motivo de una escrupulosa y excesiva sutilez del derecho (*Postumus-videatur*), no obstante, en el caso en que hubiera sido sellado el testamento, el heredero escrito podrá recibir la *bonorum possessio secundum tabulas* y obtener la cosa (la herencia), así el divino Adriano y nuestro emperador efectuaron rescriptos (*attamen-rescripserunt*) y por esto los legatarios y los fideicomisarios obtendrán con seguridad aquello que se les hubiera dejado en el testamento (*idcircoque-securi*). Lo mismo se deberá decir respecto a un testamento injusto (inválido por defecto de forma) e ineficaz si se hubiera dado la *bonorum possessio* a aquel que pudiera obtener la cosa *ab intestato* (*idem-possit*).

El rescripto de Adriano (así como el de Caracala) concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* a la persona designada en un testamento que civilmente no habría podido producir efectos porque había sido 'preterido' (no designado en el testamento) un póstumo (un hijo nacido después de haberse hecho el testamento)² que había muerto después. Para obtenerse tal tipo de *bonorum possessio* por parte del pretor era necesario que el documento hubiera sido sellado por siete testigos (*testamentum signatum*) y en tal caso la persona designada como heredero obtendría del pretor la *bonorum possessio cum re* (*heres scriptus potest remque optinebit*).

La segunda parte del texto podría causar extrañeza porque menciona que lo mismo habría podido suceder en el caso del testamento *iniustum* (inválido por defecto de forma) e *irritum* (ineficaz por otros motivos por ejemplo por la *capitis deminutio* del testador o por falta de adquisición de los herederos). La dificultad de comprensión deriva de un dato histórico: después de un rescripto posterior efectuado por el emperador Antonino Pio, los herederos escritos podían obtener la *bonorum possessio cum re*,³

evidentemente al régimen del derecho civil, y no aporta nada de nuevo bajo el aspecto substancial. Según nosotros tales palabras podrían ser clásicas porque si bien los términos *scrupulositas* (escrupulosidad) y *subtilitas* (sutilez) en referencia al derecho no encuentran otros ejemplos en textos de Ulpiano, no vemos el motivo por el cual habrían sido los compiladores y no el jurista a subrayar un dato que habría sido aceptado plenamente en edad clásica.

² ULPIANO, libro tertio ad Sabinum en D. 28.3.3.1: *Postumus autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur...* (Pero llamamos 'póstumos' solamente a los que nacen después de la muerte del ascendiente, pero aún los que nacen en vida del testador...)

³ GAIO 2.120: *...Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato*

sin embargo, en el caso del testamento *irritum* se habría dado derecho únicamente a la *bonorum possessio sine re*. Voci⁴ resuelve el problema en el sentido que el jurista no dice que el derecho del *heres scriptus* prevalece sobre el de los *heredes legitimi*, sino sobre el de los *bonorum possessores*; así la *bonorum possessio* habría sido *sine re* frente al que hubiera tenido un título civil, pero habría sido *cum re* frente a quien hubiera tenido únicamente un título pretorio.

Según nuestra opinión, Ulpiano con los términos *iniustum et irritum testamentum* no haría referencia a los dos tipos de testamento ineficaces, sino únicamente a uno: el que no hubiera cumplido las formalidades iniciales. El fundamento de tal tesis se encuentra en Gayo 2.146 cuando afirma que en los *testamenta irrita* se podrían incluir los testamentos que desde el inicio no fueron hechos en base al derecho (*hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus ...quae statim ab initio non iure fiunt irrita sint*). Así, si un *testamentum* no hubiera sido hecho según el derecho (o injusto), habría entrado a formar parte de los testamentos *irrita*, situación por la que el jurista severiano usando los dos términos se habría referido simplemente a un testamento *iniustum* por falta de formalidad y que al no producir efectos civiles habría sido considerado también *irritum*.

En conclusión, el rescripto adrianeo habría concedido la *bonorum possessio secundum tabulas* al heredero designado por el testador no obstante según el derecho civil el *testamentum* no era eficaz por la razón que hemos visto. Tal tipo de *bonorum possessio* habría sido considerada *cum re* a partir de la presente disposición y tal criterio fue aceptado también por Caracala.

vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. (Ya que en un rescripto del emperador Antonino es declarado que aquellos que pidieron la *bonorum possessio* según las tablas del testamento no hechas con base en el derecho, podrán contra aquellos que vindican la herencia *ab intestato*, defenderse por la excepción de dolo malo). 2.149 a. *Aliquando tamen, sicut supra quoque notavimus, etiam legitimis quoque heredibus potiores scripti habentur, veluti si ideo non iure factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit; tum enim, si agnati petant hereditatem, exceptione doli mali ex constitutione imperatoris Antonini removeri possunt*. (Sin embargo a veces, así como también notamos arriba, los herederos escritos son considerados preteridos también a los herederos legítimos, por ejemplo si no se haya hecho el testamento con base en el derecho, por este motivo, porque no se vendió el patrimonio o bien el testador no dijo las palabras de la *nuncupatio*; en efecto, entonces si los agnados pidan la herencia, con base en la constitución del emperador Antonino pueden ser excluidos por una excepción de dolo malo).

⁴ VOCI, *Testamento pretorio*, cit. 325.

II. *BONORUM POSSESSIO CONTRA TABULAS* A FAVOR DEL MILITAR
QUE HABÍA MANUMITIDO UN ESCLAVO QUE
FORMABA PARTE DE SU PECULIO

Un rescripto de Adriano habría admitido que en el caso en que un *filius familias* militar hubiera manumitido un esclavo que formaba parte de su peculio, se habría convertido en su liberto y no del padre como se encuentra referido en Ulpiano, *libro quadragensimo primo ad edictum* en D. 38.2.3.8:

Si quis filius familias servum de castrensi peculio manumiserit, ex constitutione divi Hadriani patronus est admittique poterit ad contra tabulas bonorum possessionem ut patronus.

Si un *filius familias* había manumitido un esclavo que formaba parte del peculio castrense (*Si-manumiserit*) en base a una constitución del divino Adriano es considerado su patrono y podría ser admitido a la *bonorum possessio contra tabulas* como su patrono (*ex-patronus*).

El presente pasaje de Ulpiano en donde comenta la parte del edicto del pretor que trata de los bienes del liberto (Lenel tit. XXV *de bonorum possessionibus*, § 150 *de bonis libertorum*)⁵ recuerda una constitución de Adriano en donde el príncipe habría considerado patrono, el *filius familias* que había manumitido el esclavo que formaba parte de su peculio. No sabemos si el contenido de tal disposición se limitaba a tal afirmación porque los textos que veremos inmediatamente hacen referencia únicamente a tal aspecto; pero, probablemente el resto del texto a partir de la palabra *admittique* no resultan ser una opinión ulpiana, sino la parte final de la constitución, así la decisión tendría como origen la solicitud del *filius familias* a la *bonorum possessio* de los bienes de un liberto que no lo hubiera designado en su testamento.

Otras referencias a la disposición adrianea se encuentran en un texto de Marciano, *libro primo institutionum* en D. 38.2.22:

Si filius familias miles manumittat, secundum Iuliani quidem sententiam, quam libro vicensimo septimo digestorum probat, patris libertum faciet: sed quamdiu,

⁵ Así O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, rest. Roma, 2000, 709, *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 349 ss.

inquit, vivit, praefertur filius in bona eius patri. sed divus Hadrianus Flavio Apro rescripsit suum libertum eum facere, non patris.

Si un *filius familias* militar hubiera manumitido (un esclavo), según la opinión de Juliano, que aprueba en el libro vigésimo séptimo de los Digestos, lo hace liberto del padre (*Si-faciet*); pero, afirma que, el hijo mientras viva es preferido en sus bienes al padre (*sed quamdiu-patri*). Pero el divino Adriano respondió en un rescripto a Flavio Aprón que el hijo lo transforma en su liberto y no del propio padre (*sed divus-non patris*).

Si bien en la Opera institucional de Marciano la citación a la disposición adrianea no tiene como finalidad la explicación de la *bonorum possessio*, sino el de las manumisiones, parece interesante observar que según Lenel en su *Palingenesia*, después del presente pasaje se encontraría D. 40.4.23 pr.⁶ en donde el jurista habría tratado la manumisión testamentaria. Tal situación podría hacer pensar que probablemente también la constitución habría tenido relieve en materia hereditaria. El texto incorpora otros elementos que no encontramos en Ulpiano: la constitución era un rescripto que había sido dirigido a *Marcus Flavius Aper*. Tal personaje fue cónsul ordinario en el 130 d.C. con *Q. Fabius Catullinus*⁷ y probablemente cuando fue hecho el rescripto, el destinatario *Marcus Flavius Aper* era gobernador de una provincia no identificada.⁸

El contenido del rescripto podría ser determinado considerando los datos que se encuentran referidos por Ulpiano y Marciano. Del primer jurista tenemos una noticia importante: un liberto que había sido manumitido por un *filius familias* militar había hecho un testamento en donde no había nombrado heredero el *miles*, mientras que gracias al texto de Marciano sabemos que la decisión del *princeps* había sido dirigida a Marco Flavio Aprón. Otra referencia al rescripto se encuentra citada por Modestino, *libro sexto regularum* en D. 37.14.8 pr:

⁶ LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit. 653. El texto afirma: *testamento manumissus ita demum fit liber, si testamentum valeat et ex eo adita sit hereditas...* (el manumitido por testamento se hace libre únicamente si fuera válido el testamento y en virtud de él se hubiera aceptado la herencia).

⁷ Sobre la biografía de nuestro personaje ver *Prosopographia Imperii Romani*, 3, Berolini, 1943, 135; Groag, s.v. *Flavius* en *PWRE*, VI-2, Stuttgart, 1909, 2531 ss, d'Orgeval, *L'empereur Hadrien, Oeuvre législative et administrative*, cit. 403.

⁸ Gracias al presente texto podemos considerar que M. *Flavius Aper* fue gobernador de una provincia como hizo notar Groag (ver nota anterior). No sabemos las razones por las que la Masi Doria, *Bona libertorum*, cit. 324 n. 228 haya afirmado que habría sido gobernador de una provincia senatorial porque no vemos razones para excluir que lo hubiera sido de una provincia imperial.

Servum a filio familias milite manumissum divus Hadrianus rescripsit militem libertum suum facere, non patris.

El divino Adriano estableció en un rescripto que manumitido un esclavo de un *filius familias* militar, el militar lo hace su liberto, no del padre.

El texto de Modestino que trata de los derechos del patrono⁹ no aporta nada más a lo que ya había referido Ulpiano y Marciano; pero, la cuestión que presenta importancia en nuestra investigación consiste en determinar si la disposición estableció un criterio nuevo o si simplemente refería una posición consolidada en la jurisprudencia aceptada por el príncipe.

El texto de Marciano en D. 38.2.22 afirma que Juliano había escrito en su libro vigésimo séptimo de los Digestos que el esclavo liberado por el *filius familias* militar se volvía liberto del padre (posición que parecería diferente de aquella que había sido afirmada en el rescripto); tal dato habría podido hacer pensar que la disposición era posterior al periodo en que Juliano había escrito tal libro de su obra como había pensado Fitting;¹⁰ pero, contrariamente, otros investigadores piensan sea posible que Juliano comenzó a escribir sus *Digesta* en el momento en que era emperador Antonino Pio y no antes.¹¹

No obstante ésta no sea la sede apta para determinar en qué preciso momento haya sido hecha la obra adrianea (tal problema exige un estudio específico que va más allá de la finalidad de la presente investigación), creemos que los argumentos de la doctrina que demostrarían que la totalidad de la obra juliana fue hecha en el periodo de Antonino Pio no son concluyentes.¹² Además pensamos que probablemente tenga razón Lenel

⁹ Así LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit. 736.

¹⁰ H. FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Halle, 1871, 125 ss., tesis aceptada por la Masi Doria, *Bona libertorum*, cit. 325 ss.

¹¹ En tal sentido Ch. Appleton, *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien* en *NRH*, 35, 1911, 593 ss. que piensa concluida la obra al final de su principado; R. Orestano, s.v. *Giuliano Salvio*, en *NNDI*, 7, 1961, 914 piensa haya sido compuesta después de la promulgación del Edicto perpetuo adrianeo y probablemente durante el imperio de Antonino Pio; A. Guarino, *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico* en *Labeo*, 10, 1964, 403 ss. sostiene sea hecha en el decenio 138-147. M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Milano, 2004, 280 y 417 afirma que Juliano comenzaba a escribir sus *Digesta* cuando Pomponio publicaba un comentario de treinta y nueve libros a Q. Mucio Scevola en los primeros años del principado de Antonino Pio.

¹² Quisieramos hacer algunas breves observaciones sobre la tesis de Guarino *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico*, cit. 403 ss. porque el maestro considera problemas que habíamos destacado en nuestra anterior monografía. Según el maestro (p. 413 ss.), Juliano habría trabajado el libro cuarto de sus *Digesta* en el periodo de Antonino Pio porque en D. 4.2.18 es citado un rescripto de tal

cuando piensa que los *Digesta* de Juliano fueron hechos entre el imperio de Adriano y Antonino Pio.¹³ Sin embargo, aunque el libro vigésimo séptimo de los Digestos de Juliano fue redactado en el periodo adrianeo como pensamos nosotros (con reservas),¹⁴ se debe de todos modos determinar si el rescripto adrianeo haya sido hecho antes o después que el jurista hubiera afirmado en tal libro de sus Digestos que el esclavo liberado por el *filius familias* militar habría sido transformado liberto del padre, a diferencia de lo que afirmaba el rescripto (esto es que el hijo lo hacía transformar liberto del padre), diferentemente de lo que afirmaba el rescripto (esto es que el hijo lo transformaba su liberto y no de su padre).

Determinar la fecha de tal momento es difícil porque si bien la opinión del jurista parecería ser diferente a la del rescripto, materialmente no es así, como justamente hizo notar Guarino,¹⁵ el cual afirma que Juliano y Adriano están de acuerdo en la substancia, ya que el primero aclara inmediatamente que el *filius familias* militar cuando vive es preferido (*quandiu vivit, praeferur... in bona eius patri*). Además nosotros conocemos en modo indirecto el pensamiento de Juliano citado en el pasaje de Marciano en el que se menciona también el rescripto. Tal posición podría hacer pensar en otra interpretación no considerada por la doctrina: la información que propone Marciano podría ser un resumen de un diálogo más amplio que se encontraba en la misma obra de Juliano. No es nuestra intención tratar de convencer al lector de esta nueva tesis, pero si tomamos algún texto de los *Digesta* del jurista en donde se refiere a un rescripto imperial, nos podemos dar cuenta que el mismo jurista (como sucede en el pasaje de Marciano), en un primer momento presenta el problema, otorga

emperador; el pasaje no correspondería al libro sesenta y cuatro de sus *Digesta* (como se encuentra referido en el Digesto) sino al libro cuarto. Tal tesis no la aceptamos y reenviamos la discusión a nuestra anterior investigación. Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 113 y n. 14. Además los textos en donde Ulpiano cita la opinión de Juliano respecto a la petición de herencia en el libro sexto *digestorum* (D. 5.3.33.1, D. 5.3.20.1-2) no demuestran, como piensa Guarino (pp. 408 ss.), que Juliano conocía bien el senadoconsulto Juvenciano del 129 d.C. sino simplemente que su pensamiento respecto a la 'subrogación' del precio a las cosas hereditarias vendidas había sido un antecedente a la disposición del senado como tratamos de demostrar en tal monografía (pp. 116 ss.).

¹³ COSÍ Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit., 318 n. 2.

¹⁴ JULIANO entre el libro primero y el vigésimo séptimo no cita a Antonino Pio no obstante su pensamiento fue aceptado por tal emperador en varias constituciones, por ejemplo en Ulpiano, *libro tertio ad edictum* en D. 5.1.2.4 cuando refiere una opinión de Juliano que se encontraba en el libro primero de sus Digestos afirma: *...quod et Iulianus scribit et divus Pius rescripsit* (tesis que escribió Juliano y que el divino Pio utilizó en un rescripto).

¹⁵ GUARINO *Salvius Iulianus, profilo biobibliografico*, cit. 404 ss.

su opinión y después cita el rescripto informando el nombre del personaje a quien iba dirigido v.g. en el libro sesenta y cuatro en D. 4.2.18.¹⁶

Además, si bien el rescripto adrianeo establecía que el *filius familias* militar habría podido transformar al esclavo manumitido su liberto y no del padre, esto no significaría que el príncipe hubiera negado el derecho del *pater* respecto al esclavo que formaba parte del peculio del hijo, sino que, como el hijo estaba vivo, esto confirmaba que el derecho del patronato correspondía al militar. No nos encontramos en las condiciones de establecer el caso concreto que dio lugar al rescripto de Adriano; es probable suponer que el liberto manumitido no hubiera considerado en su testamento el *filius familias* militar que lo había liberado y que por este motivo hubiera pedido la *bonorum possessio contra tabulas*. El emperador no podía negar tal derecho y por este motivo había declarado que el hijo lo había hecho su liberto y no del padre dando un paso mayor al de Juliano, pero esto era debido al hecho que el hijo era vivo; sin embargo, no creemos que si el padre hubiera pedido la *bonorum possessio* muerto el hijo, el emperador hubiera negado al mismo tal pretensión.

El derecho del padre respecto al esclavo del peculio del hijo militar no ha sido motivo de duda por parte de la jurisprudencia, efectivamente en un texto de Trifonino, *libro octavo decimo disputationum* en D. 49.17.19.3 en donde se cita la constitución adrianea puede constatar tal hecho:

*Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit: intestato defuncto filio familias, mox patre quaeritur, an libertas servo competat. occurrebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse: denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit: et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utriusque pariter decessissent, non dubitaretur ex testamento filii liberum eum esse. sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concessio filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia.*¹⁷

¹⁶ Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: ...nam et imperator Titus Antonius Claudio Frontino. (Si pereció la misma cosa que llegó a poder de otro, no diremos que este es más rico... efectivamente también el emperador Tito Antonino manifestó lo anterior a Claudio Frontino.)

¹⁷ No aceptamos la crítica de Appleton, *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien*, cit., 603 ss. que el pasaje haya sido interpolado en la referencia a la disposición adrianea *denique...constituit*, la explicación de tales palabras será vista inmediatamente. F. La Rosa, *I peculii specialii in diritto romano*, Milano, 1953, 80 ss. acepta la idea de la alteración

Un padre estableció en el testamento que el esclavo del peculio castrense del hijo fuera libre (*pater-iussit*): muerto intestado el *filius familias* el padre se pregunta si al esclavo le corresponde la libertad (*intestato-competat*) ya que surgía la duda porque en dos personas no es factible la coexistencia de un dominio íntegro (*occurrebat-fuisse*). Y así Adriano estableció en una constitución que el hijo puede manumitir el esclavo de tal peculio (*denique-constituit*). Y si en el testamento el esclavo hubiera recibido la libertad del hijo y del padre y los dos hubieran muerto al mismo tiempo, no existirán dudas que será libre con fundamento en el testamento del hijo (*et si-esse*). Pero en el caso anterior respecto a la libertad concedida por el padre, se puede decir, probablemente que, cesa el derecho del padre hasta que el hijo se valga de su derecho concedido en su peculio castrense (*sed-cessaverit*), razón por la que si el hijo muriera intestado, el padre tendría, como sucede ejemplificativamente en el caso del *postliminium*, el peculio en base al antiguo derecho, y es considerado como si hubiera adquirido nuevamente en modo retroactivo el dominio de las cosas (*quod-dominia*).

Debe observarse que para Trifonino el hecho que el *filius familias* militar pueda liberar el *servus* que formaba parte de su peculio, no excluía el derecho del padre que tenía sobre el mismo, pero ya que no puede existir el dominio íntegro sobre el esclavo ejercitado por dos personas, entonces el jurista explicaba tal peculiaridad en el sentido que cesaba el derecho del padre hasta que el hijo se avalaba del derecho concedido con fundamento en el peculio castrense. Tal tesis significaba que el jurista aceptaba el pensamiento juliano, porque, si el hijo usaba el derecho concedido del peculio y hubiera liberado al esclavo (usando de tal derecho), entonces habría sido el hijo y no el padre a poder pretender la *bonorum possessio* de los bienes del liberto.

Parece interesante observar que Trifonino cuando refiere el rescripto adrianeo no incorpora la afirmación que el *filius familias* convierte al esclavo su liberto y no del padre, sino simplemente releva la posibilidad que el militar puede manumitir el esclavo; tal situación haría dudar que la constitución adrianea fuera la misma mencionada en los pasajes anteriores. Fitting¹⁸ es de la opinión que son dos constituciones diferentes, así, la

del texto e incorpora más referencias bibliográficas a su tesis, si bien no mete en duda (a diferencia de Appleton) que Trifonino hubiere citado el rescripto adrianeo.

¹⁸ FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, cit. 125 ss.

referida por Trifonino en D. 49.17.19.3 habría concedido al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir el esclavo que formaba parte de su peculio, mientras la otra (D. 38.2.3.8, D. 38.2.22, D. 37.14.8 pr.) establecía que el esclavo se hace liberto del militar, concediéndole el patronato. No podemos aceptar tal tesis porque, como ha hecho notar La Rosa,¹⁹ si la primera presunta constitución hubiera concedido al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir el esclavo, se habría convertido la segunda disposición una copia de la primera, porque es algo natural que el *dominus* del esclavo se haga patrono del liberto. Según nuestra opinión Trifonino, notando la parte de la constitución en donde era establecido que el esclavo se convertiría en liberto del hijo, la habría citado porque un *filius familias* militar podía manumitir el esclavo del peculio, no porque así hubiera sido establecido por el príncipe, sino porque su decisión partía de tal supuesto. El jurista incorpora además la idea que si el hijo hubiera muerto intestado, el *pater* adquiriría nuevamente el dominio de las cosas que se encontraban en el peculio del hijo, tal situación haría pensar que en el caso en que el *pater* hubiera concedido la libertad al esclavo en su testamento, el *servus* claramente habría sido considerado liberto del *pater* y no del hijo que era muerto.

La constitución de Adriano no ha permitido por la primera vez al *filius familias* militar la posibilidad de manumitir un esclavo del peculio porque, en las disposiciones imperiales, no se había puesto en duda tal facultad. Simplemente reconoció el derecho del hijo al patronato del liberto como había hecho también Juliano, y visto que era en vida el militar la persona que habría tenido derecho a solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* habría sido el mismo militar y no el padre.

La Rosa²⁰ piensa que antes de la edad adrianea, después de la manumisión de esclavos castrenses por parte del *filius*, los derechos del patronato serían atribuidos al *pater familias*. Nosotros no podemos aceptar tal tesis porque no tenemos fuentes que puedan demostrar que antes del imperio de Adriano hubiera sido en tal modo pero, seguramente la jurisprudencia había afrontado tal problema y Juliano habría tenido la idea que el militar podía pretender la *bonorum possessio* de los bienes del liberto. La decisión del príncipe habría sido un precedente importante para la jurisprudencia

¹⁹ La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, cit. 83.

²⁰ *Ibidem*, cit., 87 ss.

posterior que evitaba la posibilidad de meter en duda la tesis juliana en el caso en que hubieran existido tesis contrastantes.²¹

III. EDICTO CARBONIANO

Dentro de los argumentos que analiza Ulpiano en el libro cuadragésimo primero de su comentario al edicto del pretor, encontramos el Edicto Carboniano;²² el jurista inicia el análisis explicando en D. 37.10.1 pr. que si alguno hubiera iniciado una controversia respecto a un impúber del que se hubiera afirmado que no era descendiente del *de cuius*, el pretor, previa evaluación de la controversia (*causa cognita*) habría concedido la posesión de los bienes al menor como si no hubiera existido controversia decidiéndose al tiempo de su pubertad;²³ después profundiza problemáticas que se refieren a la figura del impúber y de su aplicación (D. 37.10.1.2-11, D. 37.10.3 pr.-2).

Después Ulpiano, *libro quadragésimo primo ad edictum* en D. 37.10.3.4-5 afronta el problema de la *causae cognitio*, y en razón de que Adriano en una constitución trata el problema y decide sobre tal cuestión, tal argumento será motivo de nuestro estudio. En el primer texto afirma:

*Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambiguum causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.*²⁴

²¹ *Ibidem*, cit., 88 ss. piensa que la tesis juliana no había sido aceptada por todos porque en caso contrario Ulpiano en D. 38.2.3.8 la habría referido, pero no vemos razones para concluir que la falta de citación del jurista severiano a la tesis de Juliano pueda considerarse una prueba que su tesis hubiera permanecido sin seguidores.

²² *Confront.* O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, rist. Roma, 2000, 703 ss; *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 348 ss.

²³ *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.* (Si a alguno se le promoviera controversia en razón de existir dudas que pueda ser considerado uno de los descendientes y fuera un impúber, se le da la posesión de todos modos con conocimiento de causa lo mismo como si no hubiera controversia alguna sobre este problema, y se difiere el juicio al tiempo de la pubertad).

²⁴ Para el análisis del texto ver la bibliografía citada en nota del texto siguiente.

La *causae cognitio* trata sobre esto, que en el caso en que resulte una evidente calumnia por parte de los que solicitan la *bonorum possessio* no se de la posesión de los bienes (*causae cognitio-bonorum possessio*); por esto cuando es solicitada la *bonorum possessio* en base al edicto Carboniano el pretor debe conocer sumariamente la problemática (*summatim-cognoscere*); y si ciertamente encuentra una razón válida y examinándose resulta evidente que no es hijo del *de cuius* debe ser negada la *bonorum possessio* Carboniana (*et -Carbonianam*), pero si el pretor se encuentra frente a una controversia incierta, aunque fuera por poco, será evaluada a favor del pupilo porque no resultará evidente que no es el hijo, concediéndose la *bonorum possessio* Carboniana (*si -possessionem*).

Ulpiano explica en el § 4 el contenido de la *causae cognitio pretoria* (el problema jurídico evaluado por el pretor)²⁵ que el mismo jurista había referido en D. 37.10.1 pr. El magistrado debe evaluar sumariamente la solicitud de *bonorum possessio* carboniana y después de tal evaluación decidir sobre si la concederá o la negará. En el caso en que hubiera sido evidente que el menor no tenía un vínculo agnaticio con el *de cuius* (como por ejemplo, si el menor efectivamente hubiera sido su hijo pero jurídicamente no podía ser considerado *suus heres* porque la madre era una esclava), el pretor, constatando tal hecho, habría desechado la solicitud. La situación hubiera sido diferente si después de haber evaluado la solicitud no hubiera tenido claros y evidentes los elementos para constatar la no existencia del vínculo agnaticio y en tal caso habría debido conceder la *bonorum possessio* en base al edicto carboniano.

El texto siguiente de Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad edictum* en D. 37.10.3.5 presenta una evidente dificultad, porque mientras el anterior refería una *causae cognitio*, en el texto transcrito abajo afirma la existencia de dos *causae cognitiones*:

Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repraesentari. hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli

²⁵ Respecto a su significado ver R. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, 15 ss.

*debet. finge esse testes quosdam, qui dilata controversia aut mutabunt consilium aut decedent aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt: vel finge esse anum obstetricem vel ancillas, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod non repraesentatur: finge pupillum satisdare non posse et admissos in possessionem, qui de hereditate controversiam faciunt, multa posse subtrahere novare moliri: aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo eius incommodo, cui consultum velit. divus etiam Hadrianus ita rescripsit: 'Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint. ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit mature de ea iudicari, et tutores eorum iudicio experiri volunt: non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis exco-gitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse'.*²⁶

Pero son dos *causae cognitiones*, una para dar la posesión carboniana, que tiene la ventaja que el impúber reciba la posesión como si no pesase en el ninguna controversia, y la otra si la *cognitio* deba ser transferida al tiempo de la pubertad o si deba hacerse inmediatamente (*Duae-repraesentari*). Pero esto deberá ser examinado diligentemente por el pretor, si al pupilo

²⁶ La doctrina duda del contenido del presente pasaje, así por ejemplo G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911, 82 ss., elimina toda la prima parte (*duae autem-consultum velit*) pero considera clásico la referencia al rescripto adrianeo, tesis seguida por varios autores como H. Niedermeyer, *Studien zum Edictum Carbonianum* en ZSS, 50, 1930, 123 ss. y La Rosa, *Appunti sull'editto Carboniano* en *Annali Catania*, 6-7, 1951-1953, 163 n.42. W. Kunkel, *Diligentia* en ZSS, 45, 1925, 325 n.1 acepta la tesis de Beseler pero limitándose a los ejemplos mencionados en el texto (*hoc autem-consultum velit*) y lo mismo sucede con S. Solazzi, *Infirmas aetatis e infirmas sexus* en AG, 104, 1930, 12 n.2= *Scritti di Diritto Romano*, 3, Napoli, 1960, 364 n.19. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 149 ss. piensa que sea improbable que Ulpiano sea el autor de todo el pasaje porque como puede constatarse parecería existir una contradicción entre el §4 que habla de una *causae cognitio* y el §5 que refiere la existencia de dos *causae cognitiones*. Concluye el investigador que en el caso exista un problema de *status* el pretor, previa *causae cognitio*, podría conceder al impúber la *bonorum possessio* y, en un determinado momento evaluar la conveniencia de reenviar o no al tiempo de la pubertad la resolución de la misma cuestión. H. Stiegler, *Statusstreit und Kindeserbrecht*, Graz, 1972, 32 ss., recuerda la tesis de Niedermeyer y afirma sus dudas sobre el contenido del texto. R. Quadrato, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio carboniana* en BIDR, 77, 1974, 79 ss. considera el texto "contestatissimo" y afirma que entre los casos referidos en el pasaje podría observarse que la preocupación de Ulpiano había sido la de la falta de la prestación de la *satisdatio* por parte del impúber y que la parte contraria, la cual fuera admitida en la posesión de los bienes pudiera tratar de substraer cosas hereditarias, situación por la que habría sido no adecuado diferir la controversia; en el mismo sentido S. Segnalini, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007, 175 ss. Nosotros no dudamos que el texto haya sido alterado porque los casos son muchos y probablemente los compiladores incorporaron algunas partes. Respecto al problema de las dos *causae cognitiones* veremos inmediatamente que según nuestra opinión no existe contradicción con el §4.

le sea útil proceder inmediatamente a la *cognitio* o si sea mejor diferirla al tiempo de la pubertad y sobretodo debe ser examinado esto por los cognados, por la madre y por los tutores del pupilo (*hoc-debet*). Supongamos que los testigos, diferida la controversia, modifiquen su opinión o mueran o por motivo de un periodo de tiempo amplio no tengan la misma certeza (*finge-habebunt*) o bien que la obstétrica anciana o las esclavas que puedan conocer la verdad a favor de la existencia del efectivo parto, o materiales más que adecuados para la victoria o cualquier otra prueba, que peor daño causarían al pupilo reenviando la *cognitio* en lugar del beneficio en el caso que no se proceda inmediatamente (*vel finge-repraesentatur*); pensemos por ejemplo que el pupilo no pueda garantizar o que los admitidos a la posesión, que impulsan la controversia sobre la herencia, puedan substraer, cambiar, inventarse muchas cosas (*finge pupillum-moliri*), diferir la controversia al tiempo de la pubertad sería propio de un pretor insensato o injusto causando un excesivo daño sobre el cual tenía intención de decidir (*aut stulti-velit*). Además el divino Adriano hizo un rescripto en este modo: El hecho que normalmente se proceda a diferir la controversia al tiempo de la pubertad es considerado en el interés de los pupilos, para que no se encuentren en peligro respecto al propio *status* antes de que puedan defenderse (*divus-possint*). Sin embargo, si existan personas idóneas por las cuales se defiendan y la controversia sea a tal punto lista, que para ellos mismos sea del propio interés ser juzgados respecto a la controversia rápidamente y sus tutores quieran afrontar el juicio, no debe ser observado en contra de los pupilos aquello que fue creado a favor de ellos mismos y permanecer incierto el propio *status* cuando podría ser certero en modo inmediato (*ceterum-indubitatus esse*).

Para entender el problema si son dos *causae cognitiones* o una, proponemos el análisis del pasaje partiendo del rescripto de Adriano y después analizaremos las consideraciones que hizo Ulpiano. La disposición inicia en este modo: *quod in tempus pubertatis res differri solet...* tales palabras según nuestra opinión explican el problema, porque si en edad adrianea después de la *causae cognitio* el pretor podía rechazar la solicitud de *bonorum possessio* a favor del menor o concederle la posesión en base al edicto carboniano, 'normalmente' era reenviada la controversia al tiempo de la pubertad como era claramente establecido en el edicto (*et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur* según la cita de Ulpiano en D.

37.10.1 pr.) por esto el rescripto habría iniciado recordando el presupuesto que en el edicto carboniano existía una *causae cognitio* y que el aplazamiento de la controversia habría tenido una finalidad precisa: proteger el pupilo en modo que pudiera defenderse una vez llegada la pubertad.

Probablemente la decisión de Adriano tenía como finalidad la de resolver un problema que había sucedido en la realidad: un menor después de la *causae cognitio* del pretor habría obtenido la *bonorum possessio* en base al edicto carboniano y el magistrado, de acuerdo con el edicto, había decidido de reenviar la controversia al momento de la pubertad. Tal reenvío habría debido beneficiar al pupilo como normalmente sucedía, pero en el presente caso la situación sería diferente; los tutores del pupilo estaban listos para demostrar la relación agnaticia entre el impúber y el *de cuius*, teniendo a disposición abogados competentes y no existía necesidad de reenviar la controversia al tiempo de la pubertad porque estaban seguros de ganar. El príncipe decide que no sea reenviada la controversia y el fundamento de su decisión se encontraba formulada en este modo: 'no debe ser observado en contra de los pupilos aquello que fue creado a favor de ellos mismos y permanecer incierto el propio *status* cuando podría ser certero en modo inmediato' (*non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse*).

No podemos establecer si el rescripto adrianeo hubiera establecido una 'novedad' y que por primera vez hubiera sido establecido que la controversia debiera ser resuelta inmediatamente, porque el término *solet*, con el cual la disposición refiere lo que sucedía todavía en el periodo adrianeo, no excluiría la existencia de precedentes en donde la controversia respecto al *status* del menor hubiera sido decidida inmediatamente sin esperar que llegara el tiempo de la pubertad. El rescripto seguramente tuvo gran importancia para la jurisprudencia, porque se había convertido en un precedente que habría considerado otra posibilidad que el edicto carboniano no consideraba en origen: decidir inmediatamente sobre el *status* del menor y no esperar hasta el momento de la pubertad. Las causas que habrían podido evitar el reenvío de la decisión aplicando el rescripto adrianeo son ampliamente identificadas por Ulpiano (¿o por los compiladores?) y no creemos exista necesidad de una mayor explicación.

En conclusión, podemos afirmar que, si bien el edicto carboniano hace mención de una *causae cognitio* que habría tenido como finalidad la de rechazar o conceder la *bonorum possessio* al impúber reenviando la decisión

sobre su *status* al momento de la pubertad, existirían diferentes factores que habrían podido hacer en modo que el reenvío no hubiera beneficiado al menor, sino que contrariamente le habría causado un daño; por esto, si a partir de Adriano el pretor habría debido avaluar también la posibilidad de no reenviar la controversia, la jurisprudencia no considerará sólo una *causae cognitio* como establecía el edicto, sino que habría incorporado una segunda con la que el magistrado decidiría si fuera prudente reenviar la controversia o por el contrario proceder inmediatamente.

El edicto Carboniano fue aplicado también a la *missio ventris nomine* (el caso en que la mujer estuviera embarazada por el *de cuius* y se solicitara la posesión de los bienes hereditarios a favor del hijo que está por nacer) como se observa en un rescripto adrianeo referido por Ulpiano, libro *quadragesimo primo ad edictum* en D. 37.9.1.14.

*Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum Carboniani edicti. et ita divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieris controversia fiat.*²⁷

²⁷ La doctrina encuentra el pasaje interpolado como Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, cit. 61, que justamente hace notar la falta de elegancia de los términos *vel esse vel* y además elimina *non* y *contendatur* cancelando el contenido del texto desde *ut summam* hasta *partui fiat*. Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 151 acepta la presente tesis respecto a la interpolación de la segunda parte del pasaje porque según el investigador se encontraría mal unido a lo escrito anteriormente y difícilmente podría pensarse en la parte concluyente. La presente tesis fue aceptada por A. Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu* en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 2, Napoli, 1964, 948 n. 27 pero subraya que la certeza histórica de la noticia concerniente ad Adriano no puede ser motivo de duda; lo mismo sucede con Stiegler, *Statusstreit und Kindeserbrecht*, cit., 54 n. 49. A. Torrent, *Intervenciones de Adriano en el edicto "ordinatum" por Juliano* en *AHDE*, 54, 1984, 169 ss. justamente no está de acuerdo con los autores que niegan el origen clásico de la *summam cognitio*. Otros autores que afirman modificaciones en el pasaje haciendo un reenvío a la doctrina anterior son: N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, 152 y F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000, 67. Nosotros no metemos en duda que el texto haya sido alterado en la forma (basta ver los términos *vel esse vel*) pero en la substancia no hacemos críticas porque como veremos más adelante, el jurista cuando trata de la *summam cognitio* no hace otra cosa que aplicar lo que sobre el Carboniano había referido en D. 37.10.3.4.

Si hubiera sido negado que aquella que pretende la *missio in possessionem* era la esposa o la nuera o hubiera sido establecido con firmeza que no se encontraba embarazada por el *de cuius*, el pretor interpone un decreto bajo el ejemplo del edicto Carboniano (*Si-edicti*); y así el divino Adriano hizo un rescripto dirigido al pretor Claudio Próculo que procediera a una *cognitio* del argumento en modo sumario y, si resulta una evidente calumnia por parte de aquella que pretende la *missio in possessionem* en nombre de aquel que se encuentra en el vientre, no decida nada de nuevo (*et-decerneret*). Por el contrario, si existieran dudas sobre la controversia, deberá hacerse en modo que no resulte dañoso al que se encuentra en el útero, sino que se proceda a la *missio in possessionem* a favor del que se encuentra en el vientre (*si-oportet*); por esto, si resulta que la mujer no fuera una calumniadora experta, deberá ella optar por el decreto (*apparet-eligere*) y cuando con veracidad puedan existir muchas dudas si se hubiera embarazado del *de cuius*, deberá ser tutelada con el decreto para evitar que no sea causando un daño al que está por nacer (*et-partui fiat*). Lo mismo sucede si existiera una controversia respecto al *status* de la mujer (*idemque-controversia fiat*).

Ulpiano, cuando trata de la *missio ventris nomine* en el libro cuadragésimo primero de su comentario al edicto,²⁸ menciona una epístula²⁹ que Adriano dirige al pretor Claudio Próculo.³⁰ En tal disposición el príncipe había decidido que en el caso en que hubiera sido puesta la duda sobre el derecho de la mujer que pedía la *missio in possessionem* a favor del hijo que está por nacer, el magistrado habría debido conocer sumariamente la problemática e interponer un decreto basado en el ejemplo del edicto Carboniano. Sobre este punto el jurista aplica a la presente materia lo que sobre el Carboniano había afirmado en D. 37.10.3.4; si resultara evidente que no tenía fundamento la presente solicitud, previa evaluación sumaria, el pretor no habría concedido nada, pero si el problema resultara incierto

²⁸ Confront. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit., 701 ss; *Das Edictum perpetuum*, cit. 347 ss.

²⁹ En el texto es denominado rescripto pero como es notorio tal es un término general que puede comprender una epístula (sobre este punto ver T. Masiello, *Corso di Storia del Diritto Romano*, Bari, 2008, 154); efectivamente en D. 43.4.3.3 (texto que veremos más adelante) la presente decisión es referida como epístula.

³⁰ No tenemos noticia de cuando Claudio Próculo fue pretor Groag., s.v. *Claudius Proculus*, en *Prosopographia Imperii Romani*, 2, Berolini et Lipsiae, 1936, 236 y en *PWRE*, III-2, Stuttgart, 1899, 2846 piensa sea el mismo L. *Claudius Proculus Cornelianus* cónsul *suffectus* en una fecha no bien establecida y marido de *Herennia Helvidia Aemiliana*.

entonces habría debido conceder con un decreto la *missio in possessionem* tomando el ejemplo de la *bonorum possessio Carboniana*.³¹

La presente epístula es referida también por el mismo jurista cuando trata del interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* (que no se haga violencia al que encontrándose en el vientre haya sido puesto en la posesión de los bienes hereditarios), en el libro sexagésimo octavo *ad edictum*³² en D. 43.4.3.3:

*Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*³³

Si fue afirmado que la mujer llegó a la posesión de los bienes hereditarios por causa de una calumnia, porque realmente no se encontraba embarazada, o estuviera embarazada de otra persona o fue afirmado algo respecto al *status* de la mujer (*Si-dicatur*), según una epístula del divino Adriano, el pretor promete la posesión basándose en el ejemplo de la presunción del edicto Carboniano (*ex-possessionem*).

De los presentes pasajes es posible constatar que la solicitud al pretor de la mujer embarazada de la *missio in possessionem ventris nomine* (posesión de los bienes hereditarios visto la existencia de un descendiente que se encuentra en el vientre materno) habría podido encontrar como obstáculo la dificultad de aceptarla por falta de la existencia de un vínculo agnaticio entre el *de cuius* y el que está por nacer (la mujer no era ni esposa, ni nuera o el que está por nacer habría sido generado por otro hombre). Tal situación causaba una gran dificultad al pretor que habría debido conceder la

³¹ En un pasaje de Marcelo, *libro septimo digestorum* en D. 37.10.10 (referido también por Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* en D. 12.2.3.3) es considerada la posibilidad que la mujer haga un juramento con el cual prometa que efectivamente se encontraba embarazada. Tal hecho hace pensar a Martini, *Il problema della causae cognitio pretoria*, cit. 152 que el pretor pudiera renunciar a la *causae cognitio* todas las veces que la mujer fuese segura de jurar sobre la veracidad del hecho puesto en discusión; pero, según nuestra opinión, el juramento no excluye la *causae cognitio*, sino que el mismo habría servido como elemento de evaluación por parte del pretor para decidir sobre la problemática como claramente se encuentra escrito en el texto de Marcelo: *cum causa cognita detur possessio*; así si la mujer se rehusa jurar, el pretor en su evaluación difícilmente habría concedido la *missio in possessionem*.

³² Confront, LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, cit., 803; *Das Edictum perpetuum*, cit. 455.

³³ Respecto al origen clásico del pasaje reenvío a la doctrina citada en la nota que corresponde al texto de D. 37.9.1.14.

posesión al que está por nacer: *ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo* (ordeno que sea introducido en la posesión el descendiente que se encuentra en el vientre), según referencias de Ulpiano en D. 40.4.13.3, porque el edicto partía del presupuesto que el individuo que está por nacer era descendiente del *de cuius*, tal hecho como resultaba incierto y al existir graves objeciones sobre la existencia de los presupuestos requeridos en el edicto habrían podido causar un grave daño a los derechos hereditarios del que está por nacer (*praeiudicium fiat ei, quod in utero est*). El magistrado, dirigiéndose al príncipe para solicitar una solución, este decidirá en modo novedoso, al aplicar en vía analógica el procedimiento previsto en el Carboniano y que hemos visto anteriormente; así, si no fuera evidente la falta de fundamento de la solicitud de la mujer, después de la sumaria *cognitio* del pretor, la misma autoridad habría debido emanar un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano y en este modo una vez que el hijo nacido hubiera llegado a la pubertad habría podido defenderse.

El pretor con la *summaria cognitio* debía evaluar si efectivamente la mujer estaba embarazada y evitar en este modo que pudiera fingir un embarazo presentando el día del falso parto un bebé que no fuera suyo v.g. el hijo de su esclava. Varios años después y probablemente debido a la dificultad de determinar el efectivo embarazo o que el mismo llegara a buen fin y evitar en modo más severo la posibilidad de abusos, en el mismo periodo adrianeó³⁴ el pretor exigirá una serie de nuevos requisitos precisos y rígidos³⁵ entre ellos el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque*

³⁴ En el mismo sentido Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, cit. 953 y Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, cit. 153.

³⁵ ULPIANO, *libro vicesimo (tricesimo) quarto ad edictum* en D. 25.4.1.10 transcribe las palabras del pretor sobre este punto (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait*): si muerto el marido la mujer haya afirmado de encontrarse embarazada deberá informar dos veces al mes a aquellos que tuvieran interés sobre tal hecho o a su procurador con la finalidad que hagan venir si quieren personas que procedan a la inspección del vientre (*'Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient'*). Serán enviadas sólo cinco mujeres libres y deberán proceder todas a la inspección al mismo tiempo evitando que sea tocado el vientre en contra de la voluntad de la mujer mientras es efectuada la inspección (*mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspiciat invita muliere ventrem tangat*). La mujer deberá dar a luz en la casa de una mujer muy honesta que será designada por el pretor (*mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam*). La mujer treinta días antes que según su opinión iniciaría el parto, informará a aquellos que tendrán interés sobre el hecho o a sus procuradores, con la finalidad que procedan, si así lo desean para que custodien el vientre (*mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut, mittant, si velint, qui ventrem custodiant*). En la habitación en donde dará a luz no existirá más que sólo una entrada y en el caso en que hubiera más serán cerradas con tablas (*in*

partu (del deber de la inspección del vientre de la mujer embarazada y de la custodia del parto tit. XXI § 118 Lenel). En un pasaje de Juliano, *libro vicesimo quarto digestorum* en D. 25.4.2 pr. encontramos referido que tal edicto habría modificado el procedimiento establecido en la epístula de Adriano:³⁶

Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est.

El edicto que se refiere a la custodia del parto deroga lo que fue establecido en base al ejemplo del decreto Carboniano.

Nosotros sabemos que con la epístula adrianea se había concedido a la mujer embarazada la posibilidad previa *summaria cognitio*, de obtener la *missio in possessionem ventris nomine* con un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano; pero con el nuevo edicto no habría tenido más aplicación el decreto porque la mujer habría debido informar del embarazo y cumplir los diferentes requisitos para evitar eventuales oposiciones sobre la veracidad del embarazo. Ahora bien, si no hubiera tenido más eficacia la disposición de Adriano referida en la *epistula* nos podemos preguntar el motivo por la que habría sido citada por Ulpiano en su comentario al edicto y la razón del por qué tales textos fueron introducidos en la compilación cuando el

quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur). La puerta será vigilada por tres hombres libres y tres mujeres libres con dos acompañantes (*ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant*). Después el pasaje prosigue con mayores requisitos respecto a los movimientos de la mujer por motivo de las necesidades fisiológicas y respecto al momento en que deberá dar a luz, pero no creemos sea necesario citarlos. Según Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, cit. 153 el edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* probablemente fue hecho en base a requisitos establecidos por la cancillería imperial si bien las fuentes no digan nada al respecto y menciona justamente que 'non mi sembra perciò improbabile quanto meno una consultazione del pretore alla cancelleria imperiale prima di modificare le disposizioni dettate da Adriano'.

³⁶ Claramente el texto de Juliano encuentra relación con el de Ulpiano en D. 43.4.3.3 como había hecho notar F. Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, 62 ss. Contrariamente Metro, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, cit. 947 afirma que la argumentación de Lanfranchi habría producido como conclusión que también el edicto de *ventre in possessionem mittendo* hubiera sido de edad adrianea, lo que resultaría evidentemente absurdo, ya que las fuentes demuestran orígenes mucho más antiguos. Sobre esta posición no estamos de acuerdo porque el edicto de *ventre in possessionem mittendo* no es de edad adrianea sino la aplicación del Carboniano a la presente materia. Más críticas a la tesis de Metro son mencionadas por Torrent, *Intervenciones de Adriano en el edicto ordinatum por Juliano*, cit. 165 ss.

edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* había ya derogado la disciplina anterior. La respuesta se encuentra en el texto siguiente (§1) de Juliano el cual afirma:

Sed hoc aliquando remittere praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur aut partus custodiretur.

Pero estos requisitos el pretor algunas veces debe ignorarlos, si la mujer no por maldad, sino por desconocimiento de los mismos no se hubiera hecho inspeccionar el vientre o no se hubiera hecho custodiar en el momento de dar a luz.

La presente referencia demostraría que la aplicación del edicto Carboniano mediante decreto del pretor previa rápida *cognitio* habría sido todavía vigente después del edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu*. El magistrado para determinar si concederlo o no habría debido evaluar un nuevo elemento en la *summaria cognitio* que en anterioridad no había sido tomado a consideración: malicia, o impericia de la mujer. El segundo caso habría podido dar lugar al *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano; en caso contrario, si el pretor hubiera llegado a la conclusión que la mujer había actuado con malicia habría podido negar el decreto sustituyéndose en este modo la evidente calumnia (que era una causa considerada en la epístula para negarle el decreto), por el nuevo elemento que correspondía a la intención dolosa de no hacer notorio el embarazo a aquellos que habrían tenido interés en saberlo.

Según nuestra opinión es posible dar una fecha aproximativa a la epístula adrianea ya que fue dirigida al pretor Claudio Próculo; si pensamos que el edicto de *inspiciendo ventre custodiendoque partu* había sido incorporado por Juliano en su famosa codificación del edicto (que como sabemos probablemente fue efectuada en el año 130 d. C.), parecería posible afirmar que el presente personaje había sido pretor antes de la codificación del edicto y que la disposición fuera anterior al año 130 d. C.

Otro punto que es importante referir es el que trata la aplicación del decreto basado en el ejemplo del edicto Carboniano cuando existiera controversia sobre el *status* de la mujer. Algunos autores piensan que tal problema recordado en D.37.9.1.14 y D. 43.4.3.3 no era considerado en

la epístula adrianea y que fue una incorporación posterior;³⁷ pero, según nuestra opinión, tal supuesto había sido incluido en tal disposición, porque si bien en el primer texto los términos *idemque est et si status mulieri controversia fiat* podrían hacer pensar que hubieran estado incorporados después, en el segundo pasaje existe la referencia al *status* que formaba parte de la misma epístula.

Otro rescripto hecho por Adriano respecto a la *missio ventris nomine* (posesión de los bienes hereditarios a favor del que se encuentra en el vientre materno) es tratado por Paulo, *libro primo de adulteris* en D. 37.9.8.

Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato.

Si la mujer hubiera sido introducida en la posesión en nombre del que está por nacer, el divino Adriano respondió en un rescripto a Calpurnio Flaco que se deberá reenviar la acusación de adulterio con la finalidad que no sea causado ningún daño al hijo.

La disposición, según nuestra opinión, era una epístula de Adriano dirigida a Calpurnio Flaco³⁸ el cual como pretor o procónsul habría solicitado un parecer sobre el presente problema. El caso es diferente al mencionado en D. 37.9.1.14 y D. 43.4.3.3 porque, mientras en la epístula dirigida a Claudio Próculo el problema era el conceder la *missio ventris nomine* renviando la cuestión al momento de la pubertad de acuerdo a un *decretum ad exemplum* del edicto Carboniano, en el presente caso la posesión ya había sido concedida a la mujer en nombre del que estaba por nacer y la acusación de adulterio habría sido efectuada en un momento posterior. Probablemente la acusación habría podido causar un daño al que está por nacer porque si hubiera sido demostrado el adulterio habría podido suponerse que el mismo no hubiera sido hijo del *de cuius*. Esta situación haría pensar que la acusación habría sido reenviada al momento de la pubertad porque no obstante la madre hubiera sido culpable, no necesariamente el

³⁷ En este sentido Segnalini, *L'editto Carboniano*, cit. 190.

³⁸ Calpurnio Flaco probablemente fue pretor en edad adrianea como habría sido el caso de Claudio Próculo; pero seguramente fue procónsul de la isla de Chipre en el año 128 d.C. según B. d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, París, 1950, 407 o en el 123 d.C., según A. Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, (trad. J. L. Gil Arístu), Barcelona, 2003, 202. El investigador recuerda que el presente personaje era un hispánico hijo de un personaje que había sido anfitrión de Adriano cuando se encontraba en Terragona.

que está por nacer era el fruto de tal adulterio;³⁹ así, el hijo una vez llegado a la pubertad habría podido defenderse demostrando que era descendiente del *de cuius*.

IV. BONORUM POSSESSIO A FAVOR DE LOS HIJOS DE LOS MILITARES

Los hijos de los militares tenían muchas veces la dificultad de ser reconocidos como sucesores del padre, que no había hecho un testamento porque no se encontraban bajo su potestad al no poderse reconocer el matrimonio efectuado con mujeres que carecían de la ciudadanía. Tal situación fue resuelta por Adriano en una epístula dirigida al prefecto del Egipto escrita en griego y que nosotros presentamos en la traducción latina que se encuentra en *FIRA*, 1.78:

Exemplar epistulae domini translatae... quae [anno] III Traiani Hadriani Augusti P. Aelio III et Rustico coss. proposita est... in castris hibernis legionis tertiae Cyrenaicae et legionis vicesimae secundae Deiotarianaе pridie nonas Augustas, quod est Mesore XI, in principiis.

Scio, mi Rammi, eis, quos patres eorum militiae susceperunt temporibus, ad paternam bona aditum denegari, neque id videbatur durum esse, si quidem illi adversus militarem disciplinam fecerunt. At libentissime ego occasiones arripio, ob quas durius a retro principibus statuta humanius interpreto. Cum igitur non sunt legitimi heredes patrum suorum ii qui militiae temporibus suscepti sunt, tum possessionem bonorum ex illa parte edicti, ex qua etiam genere cognatis datur, petere posse etiam illos decerno. Hoc meum beneficium et militibus meis et veteranis palam facere te oportebit, non ut id eis imputare videar, sed ut eo utantur, si ignorant.

³⁹ Efectivamente cuando el problema se refería a un adulterio pero no se dudaba que el hijo impúber hubiera sido descendiente del marido de la mujer no se habría reenviado la acusación como recuerda Papiniano, *libro singulari de adulteris* en D. 48.5.12(11).8-9: *defuncto marito adulterii rea mulier postulat: quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem: nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.* (Muerto el marido, la mujer puede ser acusada de adulterio). ¿Debe ser escuchada la que por razón de tener un hijo impúber quisiera obtener por parte del acusado un reenvío? Respondí: no me parece que se protege en una justa defensa la mujer que alega la edad de su hijo para evitar una acusación legítima, porque ciertamente el delito de adulterio al que se le acusa a la mujer, no le perjudica al que está en la infancia, porque puede ser ella adúltera y haber tenido el impúber del que su padre era el difunto. Sobre este problema ver G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, 50 n. 156 con más referencias bibliográficas.

Copia de una epístula imperial traducida en el año...(?) que fue comunicada en el año 119 d. C. (en el tiempo del tercer consulado de Publio Trajano Elio Adriano Augusto junto a Rústico) ...en el campamento invernal de la tercera legión Cirenaica y de la vigésima segunda Deitoriana el 4 de agosto en el cuartel general.

Tengo conocimiento mi estimado Ramnio, que se rechaza la facultad de entrar en los bienes paternos a aquellas personas que tuvieron padres que se dedicaron a la carrera militar, esto me resulta demasiado severo, no obstante los padres hayan actuado contrariamente a la disciplina militar. Aprovecho con gusto las posibilidades de interpretar con más humanidad las normas emanadas con demasiado rigor por los príncipes anteriores a mí. Si bien no sean considerados herederos legítimos de los propios padres, en los tiempos durante los cuales ellos se encontraban sujetos al servicio militar, no obstante decido que también ellos puedan solicitar la *bonorum possessio* de acuerdo a la parte del edicto en base a la cual se concede a los cognados. Esta concesión mía, te solicito de hacerla conocer a los militares y a los veteranos no con la finalidad que sea bien apreciada, sino para que sea aplicada en el caso en que lo ignoraran.

La presente epístula del año 119 d. C. realizada por Adriano⁴⁰ dirigida al prefecto de Egipto Ramnio Marcial⁴¹ ha sido citada por varios autores, respecto a la intención del príncipe de interpretar más humanamente las normas emanadas con demasiada severidad por sus predecesores,⁴² que como es notorio será una de las características de su programa de gobierno. En la disposición se puede observar una clara preocupación del *princeps* que a los hijos de los militares muertos se les negaba la posibilidad de acceder a los bienes paternos; efectivamente, los hijos nacidos de los militares en

⁴⁰ En un primer momento la epístula había sido atribuida a Trajano como sucedió con P. Meyer, *Die ägyptischen Urkunden und das Eherecht der römischen Soldaten* en *ZSS*, 18, 1897, 44 ss, pero en la actualidad no existen dudas que sea de Adriano como acepta la doctrina que será citada en pie de página.

⁴¹ Sobre este personaje ver He. s.v. *Q. Ramnius Martialis*, en *Prosopographia Imperii Romani*, 7, cit. 44 ss, Stein, en *PWRE*, I-A-1, cit. 135 ss, d'Orgeval, *L'empereur Hadrien*, cit. 408 y Birley, *Adriano. La biografía de un emperador que cambió el curso de la historia*, cit., 110 recuerda además que Ramnio Marcial fue anteriormente jefe de los *vigiles* de Roma antes de convertirse en prefecto de Egipto.

⁴² Como F. Casavola, *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio* en *Labeo*, 14, 1968, 265 ss. *Cultura e scienza giuridica nel secondo decolo d.C.: il senso del passato* en *ANRW*, II, 15, Berlin-New York, 1976, 157 ss. W. Williams, *Individuality in the imperial constitutions: Hadrian and the Antonines* en *JRS*, 66, 1976, 72 ss. A. Palma, *Humanior interpretatio*, Torino, 1992, 3 ss.

servicio (ya que no podían esposarse válidamente con mujeres originarias de la provincia en la cual se encontraban desempeñando su actividad),⁴³ eran considerados ilegítimos y no habrían podido suceder *ab intestato*.⁴⁴

Tenemos noticia que en el *Gnomon* del *Idios Logos* existía una norma § 35 en donde se establecía que los soldados, aunque si morían sin haber hecho un testamento, habrían podido suceder a los hijos y a las esposas siempre que los sucesores pertenecieran a la misma nacionalidad de origen. Varios autores han relacionado la disposición con la epístula adrianea y han pensado que la segunda fuera el fundamento de la primera⁴⁵ pero, justamente Volterra,⁴⁶ en base al nuevo texto de *Oxy.* 3014, constata que ya en el primer siglo los hijos y las esposas podían suceder *ab intestato*, excluyéndose en este modo que la disposición dependiera de la epístula de Adriano.

Con la epístula adrianea los hijos de los militares y de los veteranos tendrán la posibilidad de obtener la *bonorum possessio* no obstante no se hubieran encontrado bajo la propia potestad del padre evitando en este modo la severidad que existía anteriormente y que los habría excluido de la herencia paterna, reconociéndose así el vínculo de sangre.

⁴³ La presente afirmación necesitaría de un mayor estudio pero el problema no puede ser tratado en la presente investigación porque requeriría del análisis de aspectos que en la presente investigación tienen una importancia secundaria. Quisiéramos hacer notar únicamente que un militar podía ser unido en matrimonio legítimo con una mujer con la que existiera el *conubium* como puede ser observado en varios textos por ejemplo en Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum* en D. 49.17.13 y *libro nono decimo responsorum* en D. 49.17.16 pr. Contrariamente los soldados que daban su servicio en las provincias no podían contraer matrimonio legítimo con mujeres provinciales, a menos que ellos no fueran originarios de la misma provincia o se hubieran convertido en novios antes de iniciar el servicio militar como recuerda E. Volterra, s.v. *Matrimonio* (dir. rom.) en *ED*, 25, 781 n. 131= *Scritti Giuridici*, 3, Napoli, 1991, 278 ss.

⁴⁴ Ver S. Riccobono jr., *Il Gnomon dell'Idios logos*, Palermo, 1950, 168 ss. M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forma classiche di testamento*, Firenze, 1966, 97 n.3. E. Volterra en su reseña a la obra *The Oxyrhynchus Papyri. Vol. XLII edited with Translations and Notes by P. J. Parsones* en *IURA*, 26, 1975, 187 presenta también el caso en que los hijos de peregrinos nacidos en base a un matrimonio *iuris peregrini* cuyos padres hubieran, posteriormente a su nacimiento, adquirido la ciudadanía, no habrían podido obtener *ab intestato* los bienes del padre porque no obstante hubieran adquirido la ciudadanía, no se encontrarían bajo su potestad al momento de la muerte.

⁴⁵ Riccobono jr. *Il Gnomon dell'Idios logos*, cit. 168 ss. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forma classiche di testamento*, cit. 97 n.3.

⁴⁶ Volterra en su reseña a la obra *The Oxyrhynchus Papyri. Vol. XLII edited with Translations and Notes by P. J. Parsones*, cit., 188. Después de tal publicación Amelotti cambió opinión como puede constatar en su investigación que se puede encontrar en internet bajo el título *Salvatore Riccobono e il Gnomon dell'Idios logos*, 20.

EL NUEVO PARADIGMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, (UN DERECHO DE PRINCIPIOS)

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

SUMARIO. I. Introducción. 1. Nota introductoria sobre el sentido de la interpretación de la constitución. II. La interpretación constitucional a partir de las reglas. III. Opiniones adherentes y las críticas de los opositores a la interpretación de los principios. Ronald Dworkin. Referencia crítica sobre la obra de Dworkin. Robert Alexy. Referencia crítica a la obra de Alexy. Herbert Hart. Referencia crítica a la obra de Hart. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Referencia crítica a la obra de Atienza y Ruiz Manero. Luis Prieto Sanchís. Riccardo Guastini. Referencia crítica a la obra de Riccardo Guastini. Rodolfo Luis Vigo. Referencia crítica a la obra de Jaime Cárdenas. Las reglas y los principios. Referencia crítica a la obra de Jaime Cárdenas. Gustavo Zagrebelsky. IV. Clasificación de los principios constitucionales. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que ahora se presenta tiene el propósito fundamental, como su nombre lo indica, de realizar una inducción al análisis *dentro de la esfera jurídica de la interpretación constitucional*, pero específicamente en el campo de los derechos fundamentales entendidos a manera de principios constitucionales.

Adentrarse en el campo jurídico de la interpretación constitucional en México, representa una cuestión trascendente.

En nuestro medio jurídico mexicano poco a poco se ha incursionado en investigaciones, dedicadas al examen "objetivo" de los llamados "problemas constitucionales" en sus diversas variantes, así como los estudios que tienen como eje central a la propia Constitución en sentido general; en la actualidad existe inquietud por algunos juristas en ocuparse del sentido de

la interpretación constitucional, pero, no podemos perder de vista que el grupo continua siendo reducido.

Si bien, sobre estudios constitucionales existen los artículos y libros tradicionales usuales, y de una información general en nuestras universidades, a la par, no podemos desconocer que en la última década en nuestro país, se ha incursionado en algunos estudios más profundos y novedosos de la Constitución, lo cual ha permitido tener un acercamiento con la corriente llamada "neo-constitucionalismo", empero, en realidad como decimos, son pocos, y su difusión no encuentra grandes dimensiones fuera de los cursos de posgrado que se realizan en universidades de prestigio, lo cual implica que su contenido está dirigido a un público muy selecto, que no alcanza para ser difundido al público en general, sobre todo tomando en cuenta que se trata de un tema especializado sobre el análisis de la Constitución.

Sobre este aspecto, en aras de reconocer la transparencia y acceso a la información, tampoco se puede dejar de reconocer que, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, paulatinamente también se ha abierto en algunos aspectos, como la difusión de las sesiones por el Canal Judicial, lo cual permite tener un contacto más directo con las resoluciones emitidas por nuestro Máximo Tribunal de Justicia, sobre temas de importancia y trascendencia para toda la población".

También debe destacarse la existencia de algunas publicaciones, cuya preocupación oscila en el acercamiento a grandes rasgos de la "justicia constitucional", y desde luego, algunas otras, dedicadas al análisis de sentencias emitidas por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero sobre temas muy específicos; empero, vale decirlo, ello se ha situado preferentemente sobre los casos por así decirlo "famosos", o de cierta relevancia gracias a la publicidad que genera su entorno; sin embargo, desde mi punto de vista, si bien es necesario seguir con detalle dichas interpretaciones, lo mismo debe ocurrir con aquellas otras decisiones que habitualmente realiza nuestra Suprema Corte de Justicia, para tener una visión más clara e informada de los criterios adoptados en los fallos judiciales, que inciden de manera terminante dentro de nuestra sociedad, algunos que sin tener el rango de notorios o con mucha publicidad, es indudable, inciden en la vida cotidiana de nuestra sociedad.¹

¹ "Aquí, me parece oportuno mencionar a algunos de nuestros autores nacionales, distintos de los ya conocidos tradicionalmente, quienes desde mi punto de vista están inmersos dentro de la

Esta investigación pretende acercar al lector al estudio e interpretación de los llamados principios emanados de la constitución.

La interpretación constitucional (a decir de algunos estudiosos del tema), actualmente reviste una importancia fundamental, dentro de la teoría de la constitución, tanto que al respecto se sostiene que, *la teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Valdría añadir que en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación*

corriente actual del neo-constitucionalismo. Por ejemplo, CARBONELL, Miguel, con sus obras *Los Derechos Fundamentales en México, Dilemas de la democracia constitucional, La enseñanza del Derecho*, entre otras. FIX-FIERRO, Héctor, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes, Los derechos políticos de los mexicanos, Tribunales, justicia y eficiencia*. FERRER, Eduardo, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad*. CÁRDENAS, Jaime, "La argumentación como derecho, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho. Teoría del derecho, Las fronteras morales del derecho. Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*. ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, COSSÍO, José Ramón, *Constitución, Democracia y Justicia Electoral. Sistemas y modelos de control constitucional en México*. HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Tratado de Derecho Fiscal y Administración Tributaria de México y Teoría general de la interpretación*. NIETO CASTILLO, Santiago, *Interpretación y Argumentación Jurídica en Materia Electoral. Una Propuesta Garantista, y La interpretación de los órganos electorales. Interpretación del Derecho y Criterios de interpretación en Materia Electoral*". CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder*. Kelsen y Schmitt frente a frente. En coordinación conjunta con ASTUDILLO, César, *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, con SALAZAR, Pedro, *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la Reforma Electoral. Mención por separado merece una publicación especializada sobre temas de justicia constitucional denominada, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, coordinada por el Dr. Eduardo Ferrer.

En contraste, los estudios externos abundan, pues existe una multitud de obras y publicaciones de una calidad excelente, como ejemplo, ALEXY, Robert, con sus obras, *El Concepto y la validez del Derecho, Teoría de los derechos Fundamentales, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. IBAÑES, Perfecto Andrés, *Jueces y Ponderación Argumentativa*. ATIENZA, Manuel, *Ilícitos Atípicos*. BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, El derecho de los derechos*. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*", "Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. GUASTINI, Riccardo, "Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Estudios sobre la interpretación jurídica, HÁBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, el Recurso Constitucional de Amparo*". LARENZ, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", *La Interpretación de las Leyes*", en *Antología sobre argumentación e interpretación jurídicas*". MODUGNO, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*. SCHAWÉ, Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*". WRÓBLEWSK, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación*. ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)".

es también el problema central de la Teoría del Estado y de la Teoría del Derecho.²

Tal idea adquiere un mayor peso, si tomamos en cuenta que las personas (jueces), quienes tienen a su cargo la administración de la justicia, pero particularmente la justicia constitucional, no pueden constituir “un operador más del sistema”, ello porque sus opiniones implican verdaderos “juicios de valor vinculantes”, al estar contenidas dentro de una resolución, pues al deducir el significado de un precepto de la Constitución, sientan la base para dirimir casos futuros, semejantes o análogos, obligatoria para todos los tribunales del país. De ahí la importancia de la interpretación judicial de la Constitución.

Sin embargo, no sería auténtico sostener que solamente la opinión de los jueces en sus sentencias, como tal, es válida, *en su caso, las resoluciones proyectan la verdad legal*, tampoco se puede soslayar la importancia que revisten las diversas opiniones de cualquier jurista o miembro de la sociedad, tanto así, que en algunos sistemas de justicia constitucional se ha incorporado el sistema del *amici curiae* (amigos del tribunal), es decir, antes de emitir el fallo se reciben y son escuchados los argumentos de ciertos sectores de la sociedad, como puede ser la academia o grupos interesados en la resolución de un determinado asunto, por ejemplo, la despenalización del aborto, la legalización del consumo de ciertas drogas, los impuestos, los matrimonios entre personas del mismo sexo y sus derechos conexos, etcétera.

A. Sobre la palabra Constitución

En este contexto, dentro de cualquier Estado Democrático se debe concebir a la Constitución, como *la norma de mayor jerarquía*, a partir de la cual se deben *infraordenar* las restantes disposiciones legales; sobre esta premisa, la Constitución representa la piedra angular del sistema que sirve de plataforma para el resto de la normatividad imperante en su sistema jurídico. “La Constitución no es sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e

² RUBIO LLORENTE, Francisco, *La Forma del Poder (Estudios Sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 573.

igualdad y de Estado de Derecho, democracia y Estado Social, la Constitución propone un contenido substancial al Sistema Jurídico”.³

Las discusiones sobre el tema de la interpretación, son múltiples, al respecto Joseph Raz, al tratar de responder el cuestionamiento del por qué debe existir la interpretación, se cuestiona particularmente, *¿qué es lo que podemos saber de la naturaleza del derecho y del hecho, de que la interpretación juegue el papel que juega en las decisiones judiciales?*⁴

B. Acerca de la interpretación de la constitución

La actividad interpretativa, y sobre todo de la Constitución, a mi modo de ver, debe concebirse bajo una perspectiva dinámica, progresista y evolutiva, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, como la vida, la libertad en sus diversas variantes como son, la de expresión, de reunión, el derecho a la intimidad, la protección de los datos personales, etcétera; por tanto, al interpretar un determinado texto normativo vinculado con esos derechos, es en donde la función del intérprete u operador del derecho adquiere una relevancia fundamental, pues no debe soslayarse que si bien puede convertirse en “un custodio” de los mismos, al igual, podría convertirse en un detractor de esos privilegios.

Este artículo tiene como ya se comentó, el objetivo central de producir un acercamiento de “un nuevo enfoque de la interpretación constitucional”, es decir, inquirir sobre uno de los paradigmas más recientes, el cual se presenta como un modelo diferente de interpretación, el cual se ciñe sobre la existencia de principios y valores superiores expresados en la Constitución, en contraposición al modelo de las reglas.

De acuerdo con nuestra idiosincrasia y tradición, en la jurisdicción ordinaria hacia el interior del aparato de justicia en México, ha hecho imperar un cierto modelo de aplicación del derecho, el cual se basa sobre todo en la extracción de la interpretación de la ley, es decir, casi todos los casos se resuelven con sustento en la aplicación de la ley, y no es que ello esté mal, pues el “estado de derecho” *stricto sensu* exige respeto por la seguridad

³ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Primera Edición, Mayo de 1994, Barcelona, España. p. 159.

⁴ RAZ, Joseph, “Por qué Interpretar”, en *Antología Sobre la Argumentación e Interpretación Jurídica*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, serie verde, metodología del trabajo judicial, 1/2002. p. 77.

o certeza jurídica, la cual se consigue precisamente con la aplicación e interpretación de la ley de manera precisa.

Sin embargo, tratándose de problemas constitucionales, me parece, no es tan sólido mantener la idea de que una determinada cuestión deba estar exactamente prevista en la Constitución, o sea, que ésta deba observar una solución individual para cada caso, pues es justamente aquí donde yo encuentro el punto de quiebre (y me adhiero al punto de vista de algunos *neo-constitucionalistas*), al coincidir en que deben aplicarse los principios constitucionales en caso de evidenciarse.

Al observar el modelo tradicional, es decir, el modelo de las reglas, existe coincidencia en que éstas se identifican como aquellas normas que cuando se cumple el tipo de hecho previsto en ellas, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo, y se entiende como lo dice Robert Alexy, una especie de “mandatos definitivos”, pues su forma de aplicación se caracteriza por la subsunción; en cambio, los principios constituyen mandatos de optimización, por lo cual las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más por las reglas, por los principios opuestos, así, *la ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios*.⁵

Bajo esta dimensión, tomando en cuenta la existencia de principios, el producto resultante del examen de la Constitución representa un modelo nuevo, diferente y distinto al resultado de la interpretación del derecho concebido a partir de las reglas legales.

A este respecto, es preciso darse cuenta, como lo señala Zagrebelsky, “el derecho por reglas” del Estado de Derecho decimonónico, era algo cualitativamente distinto al “derecho por principios” del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho, tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción.⁶

Asimismo, Ronald Dworkin considera que el término “principio” se refiere a aquellos estándares que no son normas, identifica como tal, “a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque

⁵ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*. op. cit. p. 75.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Quinta Edición 2003, Madrid, España. p. 112.

es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”;⁷ sobre lo mismo, añade, los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.⁸

Por ello, cuando se resuelven aquellos casos que impactan en algún derecho fundamental, es donde resulta más visible la labor del intérprete, de ahí la importancia de la interpretación constitucional y, más concretamente, el uso que de ella hacen los jueces constitucionales, entendidos éstos, como aquellos órganos a quienes está encomendada su tutela, pues la tarea del juez constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la constitución, el equilibrio de poderes establecido por la constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de contribuir con su acción a la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos de las minorías.⁹

Así, al realizar su labor interpretativa a partir de la Constitución, las resoluciones de los jueces constitucionales producen efectos como una especie de “cascada”, los cuales deben ser acatados por el resto de los operadores del sistema, de ahí otro punto de importancia más, para adentrarnos en el *nuevo paradigma de los principios en la interpretación constitucional*, en contraposición al sistema decimonónico o antiguo, que partía de la interpretación de la ley visto el sistema como un conjunto de reglas de carácter legal.

Si bien el modelo decimonónico para definir la aplicación del derecho a un caso concreto, adoptó como estructura típica y específica al de la norma, de manera que para resolverlo, se recurría a su definición autoritativa, es decir, a un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas

⁷ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio* (Traducción de Marta Guastavino), Editorial Ariel-Derecho, Quinta Reimpresión, Barcelona, 2002. p. 72.

⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Proceso y Constitución*, Número 1, enero-junio de 2004, Editorial Porrúa, México. p. 88.

consecuencias. En cambio, recurrir a los principios, presupone acudir a un derecho concentrado que no define hipótesis ni consecuencias.¹⁰

C. Entre reglas y principios constitucionales

Para abordar este punto, me parece adecuado partir de las siguientes premisas fundamentales, como son,

1. ¿Cuál es la nota distintiva de las normas entendidas como reglas, (la ley)?
2. ¿Para la solución de conflictos normativos entre reglas es útil la fórmula de la subsunción?
3. ¿Qué son las normas entendidas como principios?
4. ¿En qué consiste la ponderación?
5. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando interpreta derechos fundamentales, ¿utiliza la ponderación como técnica interpretativa para resolver principios?

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, primero, es necesario darnos una idea muy breve sobre el modelo donde la aplicación del derecho se reducía a la aplicación de la ley y viceversa, o sea a partir de lo que debe entenderse como *norma-regla*, para este fin es necesario acudir a la escuela decimonónica, positivista, o legalista donde imperaban ciertos esquemas como “la resolución del derecho con base en la subsunción”, y el juez era concebido como un aplicador mecánico de la ley, “según lo definió Montesquiev”.

En forma posterior, es necesario confrontar el modelo antiguo con el nuevo diseño contemporáneo sobre la interpretación, especialmente dentro de un marco *principial* o que tiene como eje primordial a los principios jurídicos constitucionales.

En este contexto, Alexy, identifica al viejo sistema como el modelo del legalismo, que puede ser esbozado bajo cuatro breves fórmulas, 1. Norma en vez de valor; 2. Subsunción en vez de ponderación; 3. Independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; y, 4. Autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Consti-

tución, en lugar de la omnipresencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.¹¹

En relación con la premisa número 1, vale adelantar como una nota distintiva entre normas entendidas como reglas, a reserva de que este cuestionamiento y los restantes, deberán obtener una respuesta más amplia de conformidad con la materia en análisis; *prima facie*, una posible respuesta nos la concede Robert Alexy, quien al respecto señala que, “los principios constituyen mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, esto significa que pueden ser satisfechas en grados diferentes y que en la medida ordenada de su satisfacción, depende de las posibilidades fácticas sino jurídicas que estén determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”.¹² En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son.

Por cuanto hace a la interrogante número 2 (¿Si para la solución de conflictos normativos entre normas, es útil la fórmula de la subsunción?)

Esta debe ser contestada en sentido afirmativo, pues si por una norma, concebida como una regla, imaginamos un “mandato definitivo”, es decir, una directriz que ordena algo a manera de todo o nada, la cual contiene una cierta hipótesis, un supuesto de hecho, y una consecuencia que de satisfacerse, lógico es que implícitamente conlleva inmersa su propia solución. Así, este problema se resuelve típicamente identificando la premisa mayor (la ley), la premisa menor (el hecho cuestionado), y mediante el empleo de la subsunción, esto es, si el hecho descrito ajusta dentro del parámetro de esa ley.

Por tanto, la subsunción resulta utilitaria para resolver los conflictos del sistema, donde prevalece el problema de la aplicación de la ley entendida como regla.

En cuanto a la premisa 3, es decir, qué son las normas comprendidas como principios, vale adelantar recordando lo dicho por el mismo Alexy, que los principios constituyen mandatos de optimización, o sea, son normas que pueden ser obedecidas en diferentes grados, de conformidad con las posibilidades reales y jurídicas posibles.

¹¹ ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*. op. cit. p. 160.

¹² *Ibidem*. p. 162.

¹⁰ VIGO, Rodolfo L., *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 4.

Desde nuestro punto de vista, para emprender una interpretación constitucional con base en los principios, primero, implica la focalización de un determinado conflicto jurídico en el cual subsista o se manifieste algún derecho fundamental, el cual pueda ser considerado como un principio, o incluso más de uno, en donde la solución debe consistir no en la invalidación o exclusión de alguno de ellos del sistema, pues el conflicto debe decidirse bajo la orientación de cuál de ellos tiene mayor peso, *per se*, con la prerrogativa de ser aplicado en ese caso en particular.

D. Sobre el concepto de ponderación (un acercamiento)

Por lo que hace a la pregunta 4 (En qué consiste la ponderación).

El jurista Juan José Moreso (siguiendo a Guastini), precisa que la ponderación “a diferencia de la subsunción” nos presenta tres características esenciales:

- a) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, en la cual no vale para dirimirla, los tres criterios generales para resolver las antinomias, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*;
- b) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica, es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor; y,
- c) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en la aplicación de un caso concreto.¹³

En opinión de Javier Ezquiaga, deben distinguirse, los principios generales del derecho y los principios del orden constitucional; sobre este aspecto, nosotros examinaremos el segundo de los temas, o sea, el de la interpretación constitucional de los principios.

Por tanto, debemos entender que la ponderación es una técnica consistente en el balanceo de los derechos, en donde se obtiene el peso específico de cada uno, y se debe decidir para el asunto en cuestión, que uno de ellos desplaza al otro, pero no de manera arbitraria o caprichosa, sino bajo la definición de verdaderas razones de peso.

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, en Neoconstitucionalismo(s)”, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2003. pp. 102 y 103.

Sobre la respuesta a la premisa 5, también podemos adelantar que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo la órbita funcional de los Tribunales Constitucionales, en algunos casos, cuando ha tenido la necesidad de solventar conflictos entre derechos fundamentales, ya ha comenzado a incluir a la ponderación como una técnica argumentativa *ordinaria*, en la solución de juicios de amparo; empero, la labor pendiente es la utilización de la ponderación en todos aquellos asuntos (con independencia de la vía por la que se generen), donde subsista una contrariedad de derechos fundamentales; y por último, hace falta el perfeccionamiento de una verdadera dogmática constitucional, pero sobre todo, se requiere, a mi modo de ver que la Corte emprenda una verdadera defensa y protección de los derechos fundamentales.

1. Nota introductoria sobre el sentido de la interpretación

Basta revisar algunos textos sobre esta materia, para darnos cuenta de que la palabra o el enunciado mismo de la interpretación “en general”, no tiene una connotación aceptada de forma universal, quizá en forma paradójica, más bien constituye uno de los temas más controvertidos en el campo del derecho; empero, la interpretación jurídica, es decir, específicamente aquella realizada por los juristas u operadores de los textos legales al buscar una solución para un caso concreto, no siempre ha compartido la misma óptica, pues a lo largo de la historia se han perfilado distintas teorías y métodos. La propia noción de la interpretación como tal, no mantiene un significado único, en palabras de Mauricio Beuchot, la hermenéutica es el arte y ciencia de interpretar textos, entendiendo por textos aquellos que van más allá de la palabra y el enunciado... Además, la hermenéutica interviene donde no hay un solo sentido, es decir, donde hay polisemia.¹⁴

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como “interpretación jurídica”, “interpretación del derecho”, “interpretación de la ley”, “interpretación de los actos (o documentos) normativos”, “interpretación de normas”, y otras similares, el vocablo “interpretación” denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad, el significado mismo. Que la

¹⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica, hacia un nuevo modelo de interpretación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, México, 2000, p. 15.

interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.¹⁵

Sin embargo, hoy en día, resulta débil la pretensión de que la interpretación únicamente es útil exclusivamente para las normas con poca claridad, oscuras o contradictorias, pues las normas o las leyes son cada vez más complejas y en la misma medida se impone la necesidad de localizar su verdadero significado y alcance antes de ser aplicadas.

Así pues, la interpretación jurídica en una primera aproximación podemos conceptualarla como *el trabajo teórico-práctico que realizan los jueces, los juristas, los legisladores, los abogados y, en general todos los destinatarios de las leyes*, para explicar y determinar su sentido, alcance y naturaleza. En un sentido restringido, la interpretación jurídica se refiere a *“la interpretación de las leyes”*, aunque también caben las interpretaciones de los hechos y comportamientos e incluso de la doctrina legal y científica.¹⁶

Asimismo, la interpretación como definición puede entenderse de la siguiente manera,¹⁷

- a) Por un lado, se refiere a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad).
- b) Por otro, al resultado o producto de esa actividad (interpretación-producto).

La interpretación jurídica es un fenómeno dialéctico que se genera, se mueve y se concluye entre tensiones y contradicciones que exige una elección. Es un fenómeno metamórfico, es decir, de transformación entre lo verdadero y lo cierto, como decía Giambattista Vico. La reflexión del juez está guiada por la voluntad de juzgar rectamente.¹⁸

¹⁵ GUASTINI, Riccardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, Traducción de Miguel Carbonell y Marina Gascón, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2004. p. 2 y 3.

¹⁶ GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, LIMA TORRADO, Jesús, MARÍN CASTÁN, María Luisa y DE PRADA GARCÍA, Aurelio, *Cuestiones y Textos de Filosofía y Teoría del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1993. p. 196.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, Primera Edición 1999. pp. 202 y 203.

¹⁸ FROSSINI, Vittorio, *La letra y el Espíritu de la Ley*, op. cit., p. 86.

El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva, y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante.¹⁹

Por tanto, la función interpretativa, ya sea entendida como actividad o como producto, adquiere una gran trascendencia tanto para la solución de controversias, como para identificar sobre el modelo del juez o el órgano que la realiza, pues a semejanza se podría parafrasear un antiguo dicho popular, en el sentido de que *“dime como interpretas y te diré quién eres, o que has estudiado sobre el tema”*.

A. Sobre la palabra Constitución

El término “constitución” es usado en el lenguaje jurídico y (político), con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices), empero cuatro de los significados principales, se pueden ubicar en los siguientes,²⁰

- a) En una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento de tipo “liberal”;
- b) En una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas —en algún sentido fundamentales—, que caracterizan e identifican todo ordenamiento;
- c) En una tercera acepción, “Constitución” denota —simplemente—, un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente);

¹⁹ LARENZ, Karl, *La interpretación de las Leyes*, en *Antología Sobre Argumentación e Interpretación Jurídicas*, Volumen II, Serie Verde, Metodología del Trabajo Judicial, 3/2002, Instituto de la Judicatura Federal. México, p. 87.

²⁰ GUASTINI, Riccardo, “Sobre el Concepto de Constitución, Cuestiones Constitucionales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 1999. p. 162.

- d) En una cuarta acepción, en fin, "Constitución" denota un particular texto normativo dotado de ciertas características "formales", o sea de un peculiar régimen jurídico.

La constitución es concebida como un límite al poder político; el originario concepto liberal de Constitución, fue puesto en claro por el artículo 16 de *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)* que estableció lo siguiente, "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución".²¹

El concepto de ponderación

De las distintas acepciones que presenta el verbo "ponderar" y el sustantivo "ponderación" en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajuste al uso jurídico, es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión, o el equilibrio entre el peso de dos cosas".²²

Si bien, en el universo de los sistemas jurídicos constitucionales podemos localizar diversos enunciados normativos, referidos a un grupo heterogéneo de derechos, como son, el derecho a la vida, la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, el derecho a decidir sobre su cuerpo, la no discriminación, la preferencia sexual, el derecho a la intimidad, etcétera, los cuales están orientados a cierto tipo de libertades, o bien otros, situados sobre diversos conceptos imprecisos en su formulación como el principio de proporcionalidad, el de legalidad, el estado de derecho, la democracia y el estado social, la transparencia en la administración pública, etcétera y cada uno de ellos representa un determinado valor o "peso", es inconcuso, que ante su vaguedad, la definición o acercamiento de su contenido, sería difícil obtenerlo partiendo de su propia enunciación o interpretación gramatical, es justamente en estos casos cuando se hace necesario el uso de la ponderación, para definir cual de ellos debe prevalecer frente a otro.

²¹ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Editorial Fontamara, México, Segunda reimpresión 2001, p. 24.

²² *Ibidem*, p. 137.

La interpretación de la constitución

Para algunos estudiosos del tema, toda persona que inquiera sobre el sentido de los preceptos constitucionales, está de hecho interpretando la Constitución. Desde este punto de vista, la interpretación constitucional puede llevarse a cabo por los órganos del Estado, en cuyo caso puede ser legislativa, administrativa o judicial; por los académicos, dando lugar a la llamada interpretación doctrinal; y también pueden realizarla los particulares, grupos y organizaciones no oficiales, creando lo que se conoce como interpretación popular.²³

Si bien ya nos hemos referido (aunque brevemente), a la connotación general del concepto de "interpretación", corresponde ahora ocuparnos de la interpretación constitucional. En este sentido, subsisten varias preguntas básicas, al respecto, como son, ¿tendrá alguna diferencia la interpretación de los contenidos de la Norma Fundamental, respecto de las demás normas ordinarias?, ¿será necesaria la existencia de métodos diversos a los utilizados para una y otras?, ¿el resultado es diferente?, ¿se requiere necesariamente de jueces especializados en la indagación del sentido de la Constitución?. Como podemos advertir, son muchas las interrogantes que circundan al tema de la interpretación constitucional.

La Constitución semántica es un conjunto de significados. Sólo atendiendo al significado del texto constitucional puede entenderse la primacía de la Constitución, dicha primacía es de carácter semántico, puesto que sería más bien extraño afirmar que un texto de símbolos no interpretados disfruta de primacía. La idea de primacía sintáctica es incomprensible.²⁴

La Constitución requiere de métodos alternos para su interpretación

Desde nuestra perspectiva, si bien debemos tener presente, si la Constitución es concebida como una norma; *prima facie*, luego, en este contexto es posible la inexistencia de una justificación bastante fuerte para pensar, que debe ser interpretada bajo métodos distintos a los tradicionales, utilizados por las distintas ramas del derecho en general, como son, el grama-

²³ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Algunos Aspectos Sobresalientes de la Interpretación", en *Derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2003, p. 3311.

²⁴ MORESO, Juan José, *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 184.

tical, auténtico, lógico, teleológico, sistemático, etcétera, pues el hecho de observar a la Constitución con un carácter normativo, en este sentido tendríamos que considerarla como una ley más del sistema, aunque sea la de mayor relevancia.

Empero, tampoco debemos soslayar, que sin bien las Constituciones proyectan un carácter normativo de sus postulados, a la par, debe estimarse que no se trata de una norma con las mismas características de las leyes comunes, cuya producción tenga como origen al mismo cuerpo legislativo, pues las normas ordinarias, en el caso mexicano, las crea el Congreso de la Unión tratándose de las federales, y las locales las Legislaturas de los Estados, o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, según sea el caso; empero, la Constitución fue expedida por el Poder Constituyente Originario y sus reformas las emprende el Poder Revisor de la Constitución; en el caso de las primeras (leyes locales o federales), su contenido se rige en la mayoría por “reglas” y en menor proporción por “principios, en tanto, con la Constitución ocurre a la inversa; en la legislación ordinaria, en su mayoría prevalece un sin fin de presupuestos de hecho, los cuales de materializarse, hacen posible la aplicación de la ley, mediante su subsunción; y dentro de la Constitución, más que existir una diversidad de supuestos fácticos, predomina la declaración de derechos y la organización del poder público, cuyos contenidos, no es infrecuente, resultan indeterminados por su vaguedad o imprecisión o difícil explicación.²⁵

Tales aspectos proporcionan al menos una directriz para pensar que, si bien la Constitución tiene un carácter normativo, su interpretación en sí misma tiende a alejarse de los métodos tradicionales, para buscar una hermenéutica especializada y propia, pero conviene acotar, ello no es indicativo de que, cuando se realiza la interpretación de la Norma Fundamental, estrictamente debe prescindirse de los métodos tradicionales, más bien, la idea va orientada a la observancia de una distinción cuidadosa del enunciado sujeto a interpretación, para darnos cuenta de si estamos ante la presencia

²⁵ Sobre este aspecto, el Ministro José Ramón Cossío señala que, en términos generales, la aceptación de un enfoque normativo trae como consecuencia comprender a la Constitución en términos funcionales, *i.e.* a partir de las funciones que ella y sus normas cumplen respecto del orden jurídico... En esta concepción, entonces, tendría que darse cuenta de conceptos tales como los de “supremacía”, “fuente de fuentes”, etc. Este tipo de enfoque, aún cuando puede dar lugar a distintas modalidades, tiene como propósito fundamental concebir a la Constitución como un conjunto de normas de jerarquía final, para a partir de ahí proponer interpretaciones a las distintas normas que la componen. COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 71, Editorial Fontamara, México 2000. pp. 43 y 44.

de un valor superior, una regla o un principio y contar con una óptima selección del método empleado para su interpretación, dado que ello impactará indefectiblemente en su resultado. Es decir, si a una determinada disposición constitucional se le asigna el carácter de principio, y le aplicamos el método gramatical, o algún otro de los tradicionales, es indudable que su interpretación como resultado, será distinto si aplicamos la técnica o método de la ponderación, o más específicamente el principio de proporcionalidad.

Un fundamento más a considerar, para sostener la existencia de notas distintivas con carácter sustancial, en la interpretación de la Constitución, respecto de las otras normas del sistema, lo significa el hecho de que si bien a la interpretación de la Constitución, se le aplican las reglas generales utilizadas para la interpretación de las otras normas del orden jurídico, pero como la norma constitucional posee especiales características derivadas de su materia, de su carácter de suprema, del órgano que la crea y modifica y de su rigidez, existen aspectos peculiares en la interpretación de la norma constitucional.²⁶

Así, la interpretación constitucional no puede reducirse a tener en cuenta el orden jurídico, sino que factores políticos, históricos, sociales y económicos se incrustan en la vida constitucional de un país y hay que considerarlos.²⁷

Además, los preceptos constitucionales son mucho más genéricos que los de las leyes u otras normas. Son en general “esquemáticos, abstractos indeterminados y elásticos”, y por tanto, no predeterminan por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que este se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades.²⁸

Al respecto debemos considerar que la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento), una ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido es la

²⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 1791.

²⁷ *Idem*. p. 1791.

²⁸ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 16.

primera de las “normas de producción”, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia. Una “ley perpetua” era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (*dauernde Grundordnung*, ordenamiento fundamental estable, “el momento reposado y perseverante de la vida del Estado”, Fleiner), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias, carente de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.²⁹

¿Cuál es el significado de la interpretación de la constitución?

Por interpretación de la Constitución, se entiende el conjunto de operaciones dirigidas a determinar el significado de los enunciados lingüísticos contenidos en su texto y el objeto de la interpretación, son los enunciados (por enunciado se entiende la mínima unidad lingüística, portadora de un significado en sí completo) y no las palabras en lo individual.³⁰

La interpretación de la Constitución se integra por los siguientes factores, *primero*, la interpretación constitucional es una interpretación superior a la de las otras normas, o si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de la posibilidad de la interpretación de todas las otras normas y establece para todos los niveles del orden jurídico, la obligación de interpretar de acuerdo a la constitución; y *segundo*, porque en ella predominan enunciados de principios o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad que la de las normas del resto del ordenamiento jurídico.³¹

Como señala Lucas Verdú refiriéndose a Haberle, la Constitución es un texto abierto, en los siguientes términos,

La Constitución es un orden jurídico fundamental de un proceso público libre —*law in public action*— que, como Constitución democrática

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, Tercera Edición 1983, pp. 49 y 50.

³⁰ MODUGNO, Franco, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Fundap, Colección de Derecho, Administración y Política, México, 2004, p. 17.

³¹ CASTRO LOZANO, Juan de Dios, *La Justicia Constitucional y la Interpretación de la Constitución en México*, UNAM, Cuaderno 7 de la Serie Estudios Jurídicos, México, 2002, p. 15.

se convierte en proceso. En cuanto tal apunta al futuro. El derecho Constitucional democrático es el derecho de la publicidad (*Öffentlichkeit*) por excelencia. Publicidad es la Ley, bajo la cual la Constitución se mantiene y progresa. En la publicidad, y en sus correlatos conceptuales, se apoyan los presupuestos y vías del progreso de la Constitución. La realidad de la Constitución es la realidad del derecho público así entendido.³²

En Opinión de Fix-Zamudio, la interpretación constitucional de mayor significado es la que realizan los jueces y tribunales, tanto ordinarios como especializados, ya que todos ellos están obligados de manera expresa o implícita, por las mismas cartas fundamentales a tomar en cuenta las normas constitucionales en sus decisiones. En el caso de la interpretación judicial que realizan los organismos jurisdiccionales especializados, total o parcialmente para decidir cuestiones de constitucionalidad, éste posee carácter privilegiado y preferente.³³

Las *peculiaridades de la interpretación constitucional* se refieren a una o más de las cosas siguientes, *los agentes* de la interpretación; las *técnicas* interpretativas y los *problemas* de la interpretación. Puede darse en otras palabras que, la constitución a diferencia de las otras leyes, esté sujeta o no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de agentes diversos; o que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o incluso sólo oportuno), adoptar técnicas interpretativas específicas, diversas de las que se utilizan para la interpretación de las leyes; o incluso, que los textos constitucionales conlleven problemas interpretativos diversos de los ordinarios, que nacen de la interpretación de las leyes.³⁴

La Constitución por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad, desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida; y por otro lado, incorpora normas políticas directrices, orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras. Todo este complejo normativo exige que, en un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiera mucho más que los métodos tradicionales de la interpretación de la ley. En

³² LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Ediciones Bernar, S. A., p. 32.

³³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Lineamientos Esenciales de la Interpretación Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2003, p. 3364.

³⁴ GUASTINI, Ricardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, op. cit., pp. 113 y 114.

este entendido, la interpretación constitucional puede ir más allá a través de sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de derecho público, como en el caso del método tópico orientado al problema.³⁵

También es preciso mencionar, que entre las funciones de la interpretación Constitucional, se encuentran las siguientes,

Primero, “la función de orientación” consiste en ofrecer una información acerca de, qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales. Segundo “la función de aplicación” aparece en la interpretación operativa de la constitución, cuando sus reglas son bases normativas de decisión; y tercero, la interpretación constitucional tiene una “función de control” en caso de que haya determinadas instituciones, cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución.³⁶

Finalmente, por el concepto de interpretación constitucional o interpretación de la Constitución, podríamos entender que, es el proceso mediante el que se dota a un texto normativo de un significado o contenido. Por lo cual, ésta consiste en atribuir un significado a uno o varios símbolos lingüísticos escritos en la Constitución, con el fin de obtener una decisión de problemas prácticos, fundada en la propia Norma Fundamental.³⁷

En este contexto, existen varias razones para pensar que en la interpretación de la Constitución son necesarios elementos diversos, porque en ella confluyen aspectos jurídicos, sociológicos, filosóficos y pragmáticos, y también es indudable, que se hace necesaria la inclusión de métodos o técnicas distintos a los utilizados tradicionalmente, para la interpretación de las normas comunes u ordinarias, en donde lo más complejo es realizar el procedimiento de subsunción, tarea la cual si bien no es sencilla, al menos en su mayoría no comprende la necesidad de dotar de significado, contenido y alcance a instituciones o derechos de tipo o “contenido” político.

Principios, valores y reglas

La distinción entre valores y principios, por un lado, y las reglas, por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los principios enuncian cláusulas

³⁵ LANDA, César, *Teorías de la Interpretación Constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., Editorial Porrúa, México 2003, pp. 3490 y 3491.

³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, traducción de Arantxa Azurza, Editorial Civitas, Primera reimposición, Madrid, 2001, pp. 93y 94.

³⁷ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1997, p. 40.

“generales”, y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican cuestiones de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. Menos pacífica, sin embargo, es la diferencia entre valores y principios.³⁸

Para Manuel Aragón, Dworkin distinguió, como se sabe, “fines”, “principios” y “reglas”. Por lo que se refiere a las reglas, su idea coincide con la común en la doctrina. En cambio, por “fines” entiende no sólo valores, sino también, en general, mandatos a los poderes públicos (*policies*), con el inconveniente, de que pueden trabarse los valores con reglas de atribución competencial. Por ello es más conveniente la utilización de los términos “valores” y principios”, en lugar de fines y principios.³⁹

En cuanto a la distinción entre valores y principios, Prieto Sanchis opinará que se cifra en el “diferente grado de concreción”.⁴⁰

En opinión de Canosa Usera, no resulta fácil identificar cuáles son los principios y cuáles son los valores, toda vez que aquellos “informan axiológicamente” el orden jurídico y se caracterizan también por su fuerza de expansión axiológica. Sin embargo, aquello que básicamente distingue a los principios de los valores es el marcado rasgo político de los primeros, porque incorporan en sí mismos los objetivos políticos juridificándolos. La conexión, de todos modos, se advierte estrechísima en la medida en que los valores tampoco son neutrales políticamente; es más, podríamos calificarlos como los primeros principios políticos, los más generales.⁴¹

La necesaria especialización del juez como sujeto operador de la norma constitucional

En palabras de Felipe Tena Ramírez, a quién encomendar y cómo organizar la defensa de la constitución, entrañan cuestiones de primera importancia en toda organización constitucional y que han preocupado a legisladores y teóricos desde la más remota antigüedad. Los sistemas de defensa constitucional pueden clasificarse en dos grandes grupos, atendiendo a la naturaleza política o judicial del órgano a quien se deposita la defensa; así, un primer grupo encomienda la defensa de la constitución a un órgano

³⁸ ARAGÓN, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, op. cit., p. 47.

³⁹ *Ibidem.*, p. 47.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 49.

⁴¹ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, op. cit., pp. 152 y 153.

político; un segundo grupo confiere la tarea de velar por la constitución al órgano judicial.⁴²

Desde nuestro punto de vista, la magistratura constitucional requiere de una verdadera especialización, pero no nada más “enunciativa”, es decir, que la Constitución se limite a disponer quiénes son los encargados de interpretar sus disposiciones, y los requisitos para ser juez Constitucional.

Si bien por un principio de certeza, sobre las personas o específicamente los órganos, debemos conocer con detalle la designación de los funcionarios judiciales, autorizados para llevar a cabo la interpretación de la Norma Fundamental, “quienes son por un mandato constitucional los encargados de velar por la regularidad del sistema constitucional”, a la vez, también es necesario el establecimiento de un cierto “estándar de juez”.

En la actualidad un gran número de Constituciones previenen un cierto modelo de juez Constitucional “magistratura constitucional”, estableciendo un mecanismo especial para su selección y designación, en donde participan dos o más entidades, públicas o privadas, pero, se enfatiza en *el perfil del juzgador*, ya no se reduce simplemente al cumplimiento de ciertos requisitos “formales” como la licenciatura en derecho, la edad, cierto tiempo de carrera judicial, la ausencia de algún tipo de sanción judicial o administrativa que impida el desarrollo de su función, sino se privilegia la existencia de una cierta formación académica y política complementarias, y además necesarias.

Lo anterior encuentra una justificación en que, si en la comprensión de los textos normativos de la Constitución, se requiere como hemos dicho, de elementos diversos, es inconcuso que existe la necesidad de jueces especializados para entender sus contenidos, y sobre todo para aplicarlos a las controversias sometidas a su conocimiento. Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones, sobre el “sentido” (al propósito justificador, el objetivo o principio), de la práctica legal común en todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle de las de otros jueces. Sin embargo, una variedad de fuerzas mitiga esas diferencias y conspira hacia la convergencia.⁴³

⁴² TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 26 Edición, México, 1992, p. 493.

⁴³ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Serie Filosofía del Derecho, Editorial Gedisa, Barcelona, España, Segunda Edición, 1992, p. 72.

Así, el juez es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados, el primero de ellos y más general (en consecuencia diremos *lato sensu*), es aquel que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción; juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado y de manera más particular y precisa (por lo que diremos *stricto sensu*), juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal.⁴⁴

Pero, por juez constitucional debemos entender aquel funcionario del Estado, que ejerce la jurisdicción que emana de la Constitución, en nuestro medio los que conocen de los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La tarea del juez Constitucional consiste esencialmente en salvaguardar la supremacía de la Constitución, el equilibrio de poderes establecido por la Constitución, la defensa de la dignidad de la persona y la defensa, garantía y promoción de los derechos humanos y los derechos fundamentales, además de contribuir con su acción a la integración con base en los valores y principios democráticos y proteger los derechos de las minorías.⁴⁵

Tradicionalmente, entre otros, existen dos sistemas o modelos de jurisdicción constitucional, el modelo americano en el que todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes, que estime contrarias a la constitución o el sistema europeo, en el que sólo un tribunal especial —el tribunal constitucional— tiene competencia para pronunciar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley.⁴⁶

Requisitos para la designación de los jueces constitucionales en algunos países latinoamericanos

En la discusión objetiva sobre la idoneidad de las personas que deben ocupar un lugar dentro de los tribunales constitucionales, o aquellos sujetos que daban revestir y ejercer la jurisdicción constitucional, se mezclan diferentes tipos de sistemas de designación, como son los nombramientos

⁴⁴ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo de las letras 1-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa, 8ª Edición, México, 1995, p. 1845.

⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Proceso y Constitución*, Número 1, enero-junio 2004, Editorial Porrúa, México, p. 88.

⁴⁶ FERRERES, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia, Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos*, Miguel Carbonell, compilador, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 242.

por el poder ejecutivo; por el poder legislativo; por el poder judicial; nombramiento con intervención de dos o más poderes; por elección o sufragio popular y mixto.⁴⁷ La necesidad de dotar de independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, al Tribunal Constitucional y de imparcialidad a los magistrados que lo integran, hace necesario que el ordenamiento jurídico contemple ciertas exigencias, que eviten la politización contingente de los jueces, además de una formación y experiencia jurídica sólida lo que hace dirigir la mirada sobre el sistema y requisitos para ser nombrado juez del Tribunal Constitucional, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el sistema de incompatibilidades, el régimen de inmunidades, asimismo, el sistema de elección del Presidente del Tribunal.⁴⁸

Bolivia

Los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos de entre quienes reúnan las mismas condiciones, que para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia. El artículo 119. IV de la Constitución, que es complementada por el artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional, precisa como requisitos:

...Ser Boliviano de origen, haber cumplido los deberes militares, que tenga a lo menos 35 años de edad, con título de abogado en provisión nacional y con más de diez años de ejercicio profesional o cátedra universitaria con idoneidad, no haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado, ni tener pliego de cargo ejecutoriado; no estar comprendido en los casos de incompatibilidad establecidos por la ley...⁴⁹

Chile

La Constitución en su artículo 81 determina que los requisitos para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, son los siguientes:

⁴⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, Novena Edición, México, 2003, p. 55.

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional*, op. cit., pp. 67 y 68.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 67.

...ser abogados con quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no tener impedimento alguno que los imposibilite para desempeñar el cargo de juez.⁵⁰

Colombia

Los artículos 231 y 232 de la Constitución establecen, que para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere:

...ser Colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial o pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos; haber ejercido durante diez años cargos en la rama judicial o el Ministerio Público, o ejercido la profesión de abogado o cátedra universitaria en una disciplina jurídica.⁵¹

Ecuador

Los Magistrados del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 275, inciso 2º, de la Constitución, deben reunir los mismos requisitos que para ser ministro de la Corte Suprema, siendo los siguientes:

... ser ecuatoriano por nacimiento y estar en el ejercicio de los derechos ciudadanos, ser abogado, tener más de cuarenta y cinco años de edad y un ejercicio profesional con calidad notoria de la abogacía, judicatura o cátedra universitaria en materia jurídica de no menos de quince años...⁵²

Perú

Se requieren las mismas exigencias que para ser Magistrado de la Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución, lo que explicita el artículo 10º de la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional, que al efecto son:

...ser peruano de nacimiento; estar en el ejercicio de los derechos ciudadanos; tener más de cuarenta y cinco años; haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria por más de quince años o haber sido magistrado de Corte Suprema o Superior o Fiscal Supremo, o Superior por un periodo no inferior a diez años".⁵³

⁵⁰ *Ibidem*., p. 67.

⁵¹ *Idem*..

⁵² *Ibidem*., p. 68.

⁵³ *Idem*.

Venezuela

Para ser nombrado magistrado de la Sala Constitucional del tribunal Supremo, de acuerdo al artículo 263 de la Constitución se requiere:

...ser venezolano por nacimiento y sin otra nacionalidad; tener reconocida honorabilidad; jurista con reconocida competencia; haber ejercido la abogacía por un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica, o ser profesor universitario de ciencias jurídicas durante al menos quince años y tener la calidad de profesor titular, o juez superior en la especialidad de la sala con reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones y con un mínimo de quince años en la carrera judicial.⁵⁴

De este modo, bajo un parámetro constitucional, en la selección de las personas que habrán de ejercer la magistratura constitucional, además de los requisitos inexcusables de la nacionalidad, ser abogado, la edad y la honorabilidad debidas, se da pauta a la posibilidad de personas que cuenten con experiencia en el ámbito académico, pues se requiere tener experiencia universitaria, por lo menos en un tiempo mínimo de diez años para poder ser elegibles en el encargo de juez o magistrado constitucional. Lo cual quiere decir, se puede optar entre abogados de formación tradicional o quienes se hayan desempeñado en la cátedra universitaria, incluso, preferentemente, sobre aquellos otros quienes se hayan desempeñado dentro de la judicatura. Una razón más quizá, para seleccionar a quienes tengan experiencia académica, lo puede ser que, la cátedra y la investigación universitaria proporcionan al funcionario una visión distinta del derecho, de las leyes y la Constitución, y por supuesto de la interpretación, lo cual convierte a su pensamiento en "más universal", lo cual si bien no garantiza un óptimo desempeño del cargo de juez constitucional, al menos brinda una expectativa de que sus cánones o estándares de decisión serán distintos a los tradicionales.

A decir de Louis Favoreau, los Tribunales Constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos, la designación de los miembros no obedece a los criterios tradicionales... los orígenes de sus miembros son muy parecidos,

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Independencia y Responsabilidad del Juez Constitucional*, op. cit., p. 68.

compartiendo la característica principal de la importante proporción de profesores universitarios. A este respecto, por lo demás, puede señalarse que no se trata de una casualidad, pues en diversos países, la independencia de los profesores de universidad es mayor que la de los magistrados.⁵⁵

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A PARTIR DE LAS REGLAS

Si bien, como lo hemos precisado, existe la representación de valores y principios dentro de los postulados de la Constitución, también lo es que se mantiene la intervención de "ciertas reglas", "por ejemplo, en el caso de la Constitución Mexicana, lo dispuesto por el artículo 20 en el sentido de que una vez consignado un detenido y puesto a disposición, el Juez debe recibir su declaración preparatoria en el plazo de *cuarenta y ocho horas*, mientras que en el de *setenta y dos*, debe resolver su situación jurídica", es indudable, que en este caso, estamos en presencia de una regla y no de un valor o un principio, el cual no requiere de mayor interpretación; por tanto, en este caso, resulta posible implementar la subsunción, para observar si es cumplida o no esta obligación constitucional dispuesta a favor de cualquier inculpado; por lo tanto, en supuestos como este, no se desecha por completo, este tipo de interpretación.

Entender que el contenido de la Constitución se integra únicamente por reglas, sería en el sentido que lo hace James Goldschmidt, para quien, el derecho es un complejo de normas sociales. Más concretamente, el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad e inspiradas en la idea de justicia, que, para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, y que, en general, establecen contra la violación de los deberes, la represión por parte de la comunidad organizada.⁵⁶

El derecho es un complejo de normas, es decir, de reglas para la conducta humana. El derecho no es un complejo de "actos", a saber, el conjunto de los actos realizados por el Estado para asegurar el fomento de los intereses colectivos, por el establecimiento y la realización de un sistema de

⁵⁵ CARBONELL, Miguel, *La Constitución Pendiente*, UNAM, 2004, p. 127.

⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James, *Problemas Generales del Derecho*, Editorial De palma, Buenos Aires, Argentina, 1944, Obra Póstuma, p. 1.

normas garantizado por la coacción y de medidas coactivas reguladas por normas.⁵⁷

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.⁵⁸

¿Cómo se determina la existencia de un conflicto entre reglas?

Para ello, es necesario, seguir los siguientes pasos o etapas,

*Primera etapa, determinación del problema.*⁵⁹

- a) Es la fase del análisis normativo, también se podría considerar como una reconstrucción sintáctica de las normas, se reordenan los elementos del enunciado normativo de tal manera, que aquellos que forman parte del supuesto se colocan antes de la cópula y los elementos que integran la consecuencia jurídica se ordenan juntos. A continuación, de ser necesario, se buscan en otros enunciados normativos correlacionados, los electos que completan la norma.
- b) Se procede a la reproducción semántica de la norma, que ha sido identificada mediante la interpretación directa (descubrimiento y atribución de significado) y sistemática, posteriormente se identifican y atribuyen uno o varios significados preliminares, que constituyen la gama de alternativas de decisión del juez, en esta fase es necesario revisar el contexto y la relación con otras normas.
- c) Análisis lógico o determinación de la incompatibilidad de las normas, en esta fase se aplica tanto la lógica deóntica para el análisis de la oposición entre los operadores deónticos, como la lógica formal para analizar la compatibilidad de las conductas reguladas. De la

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 2.

⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 83.

⁵⁹ Los pasos para la solución de los conflictos entre reglas, se proporcionan por HUERTA OCHOA, Carla, en su obra *Conflictos Normativos*, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Número 142, México 2003, pp. 197 y 198.

determinación de la forma en que los contenidos se relacionan, es posible conocer la existencia de un conflicto normativo e identificar el tipo del mismo.

Segunda etapa, solución del conflicto.

- d) Aplicación de principios derogatorios cuando se encuentran reconocidos por el sistema, como reglas de solución de conflictos normativos.
- e) De ser insuficientes o inaplicables, buscar en el sistema jurídico una idea, principio o valor rector que supla las reglas tradicionales de solución, en esta fase la interpretación se debe concebir como actividad creadora.
- f) Argumentación como elemento conciliador de intereses y de justificación de la elección de las normas y su interpretación debida.

Colisión entre normas

Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos una de las reglas.⁶⁰

Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso, significa que vale también su consecuencia jurídica.⁶¹

El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como "lex posterior derogat legi priori", "lex especiales derogat legi generali", pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una conclusión acerca de la validez.⁶²

Breve esbozo del "término principio"

La legislación ordinaria, puede también "y de hecho es así", obedecer o contemplar ciertos principios; sin embargo, no es la pretensión de este trabajo hacer un estudio entre los principios generales del derecho, ni tam-

⁶⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 88.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 88.

⁶² *Idem.*

poco esbozar alguna solución, cuando un principio obtenido de una norma de derecho ordinaria, se colisiona con otro de la misma categoría, pues nuestro tema se centra sobre la interpretación de los principios en el orden constitucional.

Aquí creemos conveniente recordar, alguna parte de la discusión en la doctrina, sobre el tema de los *principios jurídicos*, se ubica en dilucidar, si es correcta esta denominación, o es más conveniente la utilización del axioma principios *generales del derecho*, si se trata de dos cosas diferentes o por el contrario son equivalentes.

Si recurrimos a su concepción etimológica, el término latino *principium*, está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* —tomar— y en el sustantivo *caput* —cabeza—, tiene entonces un sentido histórico, (lo antiguo), un sentido axiológico (lo valioso), y un sentido ontológico (cabeza).⁶³

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera como primero en una extensión o cosa”, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes”.⁶⁴

En opinión de Jiménez Cano, debe darse por tanto, los mismos significados tanto a la expresión principios jurídicos, como en la de principios generales del derecho.⁶⁵

Empero, como lo señala García Máynez, para ciertos tratadistas, “los principios generales son los del derecho romano; algunos afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia, y otros, por último, los identifican con los del derecho justo o natural”.⁶⁶

En nuestra opinión consideramos que, si bien no desconocemos la existencia de una buena cantidad de juristas y estudiosos sobre el tema, respecto a que cuando se hace alusión al término principio, en realidad se hace referencia ya sea a los principios del derecho romano, a los principios del derecho natural, o incluso, a los principios jurídicos *strictu sensu*, enten-

⁶³ JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, *Sobre los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en Derecho Español*. [Http://filosofiyderecho.com/rtd/numero3/1-3.pdf](http://filosofiyderecho.com/rtd/numero3/1-3.pdf).

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 371.

diendo por tales sólo aquellos positivizados o previstos por la legislación, de ahí la acepción de principios jurídicos-positivos.

Para nosotros, si bien no desconocemos que la fuente originaria de los principios se gestó dentro del derecho natural, y estos como principios generales del derecho o, incluso, por tener su origen gran parte de ellos en el derecho Romano, prueba de ellos es que prevalecen todavía dentro de nuestra legislación ordinaria vigente, como son el derecho civil, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho administrativo, etcétera; empero, desde nuestro punto de vista resulta necesario hacer la distinción, que cuando se utiliza la denominación de principios constitucionales, principios de carácter constitucional o principios de la constitución; en realidad, se trata de un tipo de principios de naturaleza “diferente” y, por tanto, las pautas para su interpretación son disímiles, a cuando se trata de los principios generales del derecho.

Por otro lado, retomando el cuestionamiento, acerca de si, ¿el método de la subsunción es apropiado para resolver problemas de carácter constitucional?, y más específicamente, ¿cuándo estamos en presencia de un principio constitucional o un derecho fundamental, su utilización, proporcionará una solución coherente y satisfactoria del caso?.

Una respuesta afirmativa de la premisa planteada, acerca de si la subsunción es utilitaria en la resolución de casos difíciles, o al menos de aquellos en donde está de por medio la Constitución, conduciría a pensar, como lo expresa García de Enterría, “pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador, no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones, capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene... Si el derecho fuese, en efecto, únicamente un sistema de mandatos del estado, habría que concluir necesariamente que su interpretación se agotaría con una exégesis de las palabras de la ley, buscando sobre todo precisar el sentido exacto de ese mandato a través de una inquisición de la *voluntas legislatoris*”.⁶⁷

La idea que se pretende articular, es al menos, para nosotros, que la interpretación de los derechos establecidos en la Constitución, pero sobre todo cuando los entendemos como principios, ya no puede reducirse a la antigua fórmula del silogismo judicial, porque el resultado o producto interpretativo sería equivocado o con mucho margen de error, o no siempre

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 18 y 19.

alcanzaría una solución satisfactoria, pues la Constitución no puede albergar un sin número de soluciones posibles a cada caso concreto, tipificándolo o estableciendo un presupuesto de hecho con una hipótesis específica como lo hace el derecho penal sustantivo, para cada delito, o el derecho civil para cada institución, como la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, los testamentos, etcétera, o sea, definiendo claramente cada supuesto de hecho y una hipótesis normativa, que de adecuarse, bastará ubicarla en cada supuesto aplicable y proceder a resolver el caso.

Sin embargo, hoy día, restringir el concepto de interpretación al simple desentrañamiento del sentido de la ley, sería menospreciar la existencia de otras fuentes; la interpretación del derecho no puede acotarse en la interpretación de la ley, ni la ley puede revelar la verdadera interpretación del derecho. La teoría del *ius strictum*, sostiene que el auténtico sentido regulativo de las normas jurídicas está depositado en su estricto tenor literal.⁶⁸

Tratándose de la constitución de nuestro país, como este tipo de normas, más bien se entiende como un catálogo de derechos fundamentales, principios, reglas y valores, es innegable que no puede contemplar una solución para cada caso, como si lo hacen en la generalidad los códigos de cualquier materia; por ello, la solución de un problema determinado se debe obtener por medio de la interpretación, por tanto, sería más adecuado la inclusión del método de la ponderación entre principios para el arreglo de esos eventuales problemas jurídicos, pero ya no el de la subsunción.

¿Qué son los principios constitucionales?

Una de las hipótesis en la ruptura del positivismo, como lo señala García de Enterría, podría tener su origen en un acontecimiento real, “la consagración jurisprudencial, cada vez más segura y resuelta, de la técnica de los principios generales del derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la ley, como pretendía la redacción originaria del Código Civil de 1889, sino como elemento informador del ordenamiento jurídico”.⁶⁹

En la discusión acerca de los principios jurídicos, Manuel Atienza nos dice que, ésta arrancó con la teoría del derecho auspiciada por Ronald Dworkin en un artículo denominado *El modelo de las reglas*; sobre la pre-

⁶⁸ GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, LIMA TORRADO, Jesús, MARÍN CASTÁN, María Luisa y DE PRADA GARCÍA, Aurelio, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*. Editorial Civitas, Primera Edición 1997, Madrid, p. 47.

tensión de dicho trabajo, según nos ilustra dicho autor, fue la impugnación de las ideas de H. L. A. Hart, quien era considerado como la visión más poderosa del positivismo jurídico. Para Dworkin, la teoría positivista había sido incapaz de dar cuenta en el derecho sobre pautas interpretativas distintas a las reglas, o sea la de “principios”.⁷⁰

En nuestro concepto, podemos afirmar, actualmente subsiste una escasa o nula discusión sobre la naturaleza normativa *intrínseca* de la Constitución, la cual se constituye como una norma jurídica, pero la de mayor grado dentro de la escala jerárquica del sistema interno de los Estados; así, pues, la Constitución contempla una serie de valores y un sistema de principios, lo cual deriva indefectiblemente en su superioridad, y ello hace surgir, al menos, la necesidad de que la interpretación de todo el ordenamiento se realice de conformidad con ella.

Para poder dar respuesta a la interrogante principal, sobre ¿qué son los principios jurídicos previstos en la Constitución?, o más específicamente, a qué nos referimos cuando hablamos de ellos, al menos se puede recurrir a tres direcciones distintas,

— *La primera*, a la cual se le puede denominar un enfoque estructural, y consiste en ver a las normas como entidades organizadas en cierta forma; *la segunda*, manera característica de entender a las normas, se encuentra en el papel o función que las mismas cumplen o pretenden cumplir, en el razonamiento práctico de sus destinatarios; y *la tercera aproximación*, consiste en ver a las normas no en términos de casos y soluciones, o de razones para la acción y razonamiento práctico, sino en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad.⁷¹

Sin embargo, hasta aquí, apenas nos hemos aproximado a la delimitación del problema.

Para acercarnos más a una definición sobre el concepto de “los principios jurídicos constitucionales”, la cuestión no es de poca envergadura, pues como lo señala Javier Ezquiaga, para ello debe acudir a los trabajos de aquellos autores quienes han centrado su atención en los principios, —tanto generales como constitucionales—, existe una cantidad enorme de tipologías y de catálogos que ofrecen una solución, como en su concepto son los trabajos de Bobbio, Carrió o Wróblewsky. En el caso del Tribunal

⁷⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho, Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel Derecho, segunda edición, octubre de 2004, Barcelona, España, p. 23.

⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

Constitucional Español, pueden existir varios factores que permitirían la identificación de algún principio, o al menos, existen características localizadas por el tribunal las cuales llevarían a su ubicación, como los son:

- a) cuando en sus resoluciones habla de algún artículo que en su concepto mantiene el carácter de fundamental;
- b) la consecuencia o deducción de un artículo de la Constitución Española;
- c) los rasgos fundamentales de una regulación, de una ley, o de un sector de la legislación; y,
- d) los principios generales del derecho.⁷²

Sobre el tema, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero nos indican lo siguiente,⁷³

- Por un lado, se puede distinguir como principios en el sentido de norma muy general, entendiendo por tales las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales, por ejemplo, el artículo 1901 del Código Civil Español cuando establece, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.
- También se puede entender por principio, en el sentido de una norma redactada en términos particularmente vagos, como el artículo 7, a.p. 2 del Código Civil Español, el cual dispone, “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.
- Igualmente, a su decir, se puede entender por principio, en el sentido de una norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, por ejemplo, el artículo 51 de la Constitución Española, que establece, “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos”.
- O por otro lado, también se puede comprender como principio, en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento

⁷² EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional y Otros Problemas de Aplicación e Interpretación del Derecho*. op. cit., p. 48.

⁷³ Las ideas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en relación a la clasificación de los principios pueden ser consultados con mayor amplitud, en la obra ya citada en este trabajo “Las Piezas del Derecho”.

namiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etcétera, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Española, “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

- Igualmente, se puede comprender por principio, en el sentido de la norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etcétera, por ejemplo, el artículo 4 a.p. 2 del Código Civil, “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellos”.
- Finalmente, desde su concepción, también puede conceptuarse como principios en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo, ejemplo de lo primero es (al menos en el derecho español), el principio de jerarquía normativa (en el artículo 9.3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional, que aún sin estar formulado explícitamente, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla).

En relación al tema, Guastini nos señala que, actualmente en el debate internacional sobre la discrecionalidad judicial, algunos distinguen entre normas (*rules*) y principios (*principles*), con el mal disimulado objetivo de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*), aplicando principios ético-políticos no positivizados en la constitución o en la legislación.⁷⁴

Empero, al no ser normas “dictadas”, expresamente formuladas en las fuentes del derecho, no son ni siquiera reconducibles a los criterios de

⁷⁴ GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”, Editorial Gedisa, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Primera Edición 1999, Barcelona España, p. 144.

validez (o reconocimiento), propios del ordenamiento positivo. Los principios, aunque subyacentes al ordenamiento positivo como sus fundamentos, son más bien valores prejurídicos y, por tanto, metajurídicos, en última instancia, son instancias morales.⁷⁵

Desde el punto de vista de Guastini, la distinción entre principios y normas ha sido trazada en no menos de cinco modos distintos,⁷⁶ cuyos aspectos son los siguientes,

1. Una primera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su formulación, las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.

2. Una segunda tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su contenido normativo. Esta tesis tiene, al menos, dos variantes.

- a) A veces se sostiene que los principios se distinguen por su generalidad, es decir, por la amplitud de su campo de aplicación.
- b) Otras veces se piensa que los principios, a diferencia de las normas, no dirigen los comportamientos sino las actitudes.

3. Una tercera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su estructura lógica, los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“si se produce el hecho f, entonces se sigue la consecuencia jurídica G”) ya que o bien están, sin más, privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto.

4. Una cuarta tesis pretende caracterizar los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría tiene dos variantes.

- a) Según algunos, los principios son normas “fundamentales”, es decir, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas.
- b) Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad “material” —*id est* axiológica— del ordenamiento en su conjunto,

⁷⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, op. cit., p. 145.

de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.

5. Una quinta teoría, finalmente, pretende caracterizar los principios en virtud de la forma como éstos funcionan, en la interpretación o en el razonamiento jurídico. En especial,

- a) Los principios no admiten una interpretación literal;
- b) Los principios orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento (las normas de detalle tiene que ser interpretadas de forma que sean coherentes con los principios);
- c) La aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción;
- d) Los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la “ponderación” o del “balance”.

Así, los principios son vistos como una fuente alternativa para la solución de conflictos jurídicos, como algo distinto, como algo sobresaliente, como algo más importante, como algo más general, o como algo más incompleto, pero de alguna manera muy diferente al concepto de las normas jurídicas.

Ahora bien, al examinar el ordenamiento constitucional, es preciso realizar algunas acotaciones sobre la intersección entre principios, valores y normas,

- I. No todas las normas constitucionales son principios, y, recíprocamente, puede haber principios constitucionales que no estén explícitamente enunciados en una norma.
- II. Los principios siempre encarnan algún tipo de valor, pero no todos los valores son principios jurídicos, en tanto no son valores políticos o, siéndolo, no son materializables jurídicamente *ipso facto*.
- III. Los “principios constitucionales” abren la puerta a la dimensión axiológica del derecho, con todas las posibilidades que ello brinda, pero también, pueden representar algunos peligros, como son, la posibilidad de incurrir en su uso desmesurado, lo cual equivaldría al derrocamiento del derecho en sí mismo en lugar de reforzarlo, pues si se exagera en la utilización de los principios, o todo quere-

mos verlo bajo la óptica de un principio, se incurre igualmente en el riesgo de desnaturalizar los otros contenidos de la Constitución.

Pero continuamos con la interrogante ¿qué son los principios jurídicos constitucionales, o a qué criterio apelamos cuando nos referimos al concepto de principio?

Otras notas distintivas, acerca de los principios constitucionales, serían las siguientes,⁷⁷

- 1ª. Una diferencia estructural. Los principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del derecho son fundamentos originarios del mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas; como elementos cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas y por último, “en la realización del derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta, mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas”, ofreciendo soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia.
- 2ª. Una diferencia Funcional. Las normas funcionan como medida (nomos) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber ser de algo.
- 3ª. Una diferencia genética. Las normas proceden de la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los principios tienen su origen en la propia naturaleza del derecho, y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el derecho aparece.⁷⁸
- 4ª. Diferencias aplicativas. Mientras que las normas se aplican o no se aplican, “las normas son aplicables a la manera de disyuntivas” (Dworkin, edición de 1993, p. 75) y si se aplican se puede hacer de forma inmediata, los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan referirse a un caso concreto.

⁷⁷ JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, *op. cit.*, “Sobre los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en Derecho Español”, <http://filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/1-3.pdf>.

⁷⁸ *Idem.*

5ª. Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación. Mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar ésta. “Llamo principios a un estándar que ha de ser de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, ed. 1993, p. 72).

6ª. Una diferencia de validez. Un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que si ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra (vid. Dworkin, ed. 1993, pp. 77 y 78).

7ª. Una diferencia justificativa. Las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

8ª. Una diferencia exegética, los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

Para Bidart Campos, si principio es algo de lo cual algo procede, tanto en la línea del ser como del conocer o del obrar (Aristóteles), cabría decir que los principios generales del derecho no proceden de la Constitución, sino al revés, que la Constitución que los positiviza procede de ellos, porque ellos la preceden. Y cuando se impute que esto es iusnaturalismo puro, responderemos que negarlo rotundamente es iuspositivismo también puro. Pero con una diferencia porque del positivismo que hace del estado la fuente primaria y única de todo el derecho decimos que, más que puro es espurio.⁷⁹

Los principios como mandatos de optimización

En este sentido los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho, de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la debida medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.⁸⁰

⁷⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Nociones Constitucionales (Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución)*, UNAM, Ediar Sociedad Anónima Editora e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Argentina 2007, p. 103.

⁸⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales. op. cit.*, p. 86.

Colisiones de principios y conflictos de reglas

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios.

Las colisiones de principios se solucionan de manera distinta al conflicto entre reglas (ya referido previamente). Cuando dos principios entran en colisión, tal como es el caso cuando algo está prohibido, y según otro principio está permitido, uno de los principios tiene que ceder frente al otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser resuelto de manera inversa. Los principios tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso.⁸¹

La interpretación de la Constitución tomando en cuenta la existencia de principios

Si tomamos en cuenta la existencia de principios dentro de la Constitución, resulta poco útil el método o técnica de la subsunción, pues es casi inexistente la posibilidad de realizar un silogismo judicial, para discernir y determinar derechos tales como la vida, la libertad, la salud, la educación, el derecho a la intimidad, a la no discriminación, etcétera, reduciéndolos a la fórmula simplista de adecuación de sus elementos, esto es, premisa mayor, premisa menor y conclusión.

Además, la primera dificultad para aceptar la tesis tradicional de la subsunción, estriba ya en la determinación de “la premisa mayor”, es decir, de la norma a aplicar. Existen sin duda casos, y bastante abundantes, en que la norma es clara y unívoca, pero en otros pueden presentarse dificultades considerables.⁸²

Respecto de ello se han formulado una serie de críticas, en relación al silogismo judicial, como son, 1. la ineficacia del silogismo para el esta-

⁸¹ *Ibidem.*, p. 89.

⁸² LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 77.

blecimiento de las premisas. 2. La inviabilidad del mismo para explicar la actividad judicial; y, 3. La no conformación del silogismo jurídico a los cánones de la lógica.⁸³

Para la solución de conflictos tomando como base la presencia de principios dentro del orden constitucional, la técnica adecuada es la *ponderación*, la cual significa, hacer una especie “de balanceo” entre los derechos en juego, y decidir para el caso concreto, cuál de ellos reviste mayor peso para la toma de decisión, sobre lo cual nos ocuparemos en el siguiente apartado, pero es conveniente adelantar desde ahora, lo que constituye la posición más adecuada para dirimir los conflictos entre principios constitucionales.

El método de la ponderación

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales, es el papel de la ponderación o el balanceo.⁸⁴ La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales, en el derecho Constitucional Alemán, la ponderación forma parte de un principio más amplio el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁸⁵

La ley de la ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas, La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercer etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.⁸⁶

Una buena parte de los publicistas, en relación a la teoría principialista,⁸⁷ asumen la idea de que los conflictos entre principios no se resuelven por medio de los criterios tradicionales, como son, el criterio de *lex specialis*, *lex generalis*, *lex superior*, *lex posterior*, etcétera, ni tampoco utilizando la subsunción, sino mediante el “balance” o la “ponderación” de los propios

⁸³ ANDRUET, Armando S., *Teoría General de la Argumentación Forense*, Alveroni Ediciones, Primera Reimpresión, Córdoba, Argentina, 2003, p. 152.

⁸⁴ ANDRÉS IBAÑES, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, UNAM, 2006, p. 1.

⁸⁵ *Ibidem.*, pp. 1 y 2.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 5.

⁸⁷ Como muestra de ello, las obras de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y otros, brindan abundantes muestras de apoyo sobre la utilidad de la ponderación.

principios en el caso concreto. Con esto se alude a una operación intelectual que, bajo un análisis lógico, parece presentar tres características sobresalientes.⁸⁸

- a) La primera característica sobresaliente de la ponderación, consiste en una interpretación peculiar de los principios de que se trate (o de las disposiciones que los expresen).
- b) La segunda característica sobresaliente de la ponderación, consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete, precisamente, mediante un juicio de valor.
- c) La tercera característica sobresaliente de la ponderación, consiste en lo siguiente, para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto.

La ponderación se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios en juego y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”). Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios, un conflicto sobre el otro (como sucedería si se adoptara, en cambio, el criterio “*lex specialis*”); toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.⁸⁹

Esta idea sobre la inaplicación de los criterios tradicionales para el caso de los principios, como suele darse en las antinomias ordinarias, es compartida por Cárdenas Gracia, cuando expresa que, los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto.⁹⁰

⁸⁸ GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”. *op. cit.* p. 169.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁹⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La Argumentación como Derecho*, UNAM, 2005, Primera Edición. p. 114.

Sin embargo, más específicamente, por ponderación debemos entender, “la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos”.⁹¹

Para establecer la forma de la ponderación, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman su estructura, la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.⁹²

El balancing test o ponderación

Constituye uno de los métodos de interpretación constitucional empleados en la resolución de los conflictos. Suele denominarse *balancing* o *test* de ponderación, y consiste en contrapesar los bienes jurídicos en liza —intereses públicos y/o derechos individuales—, de acuerdo con las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante o pesa más en el supuesto y cuál debe rendirse. Se opta así por uno u otro derecho, o se determina si es constitucionalmente aceptable —en virtud de que existe una razón suficiente que compela a restringir—, la limitación de un derecho en aras de intereses generales. En el *balancing*, por tanto, no se trata, de que uno de los derechos sea en abstracto considerado jerárquicamente superior, sino que se parte de la colisión para decidir, contrapesando los distintos elementos —ponderación viene del latín *pondus*, peso—, cuál de las dos regulaciones contrapuestas resulta más necesaria o justificada para proteger al respectivo derecho o bien.⁹³

Así pues, para los conflictos se suele proponer también la ponderación, palabra con la que se suele traducir el término inglés *balancing*, utilizado

⁹¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión marzo de 2005, p. 97.

⁹² *Ibidem*, p. 99.

⁹³ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina 2000, p. 10.

en el derecho estadounidense. Ponderación no sería otra cosa que sopesar los derechos en juego.⁹⁴

La ponderación de valores (bilanciamento) en la jurisprudencia Italiana

Por lo que se refiere al caso Italiano, la jurisprudencia ha utilizado en ocasiones la formula del *bilanciamento*.⁹⁵

Si bien la *Corte Costituzionale*, no ha utilizado criterios análogos a la doctrina americana de la *preferred position*, ni ha elaborado ningún “orden objetivo de valores”, como ha hecho el Tribunal Constitucional Alemán, ha renunciado a toda posibilidad de establecer un orden abstracto, o predefinido. En efecto, la ponderación debe realizarse caso por caso. Sólo en relación a determinadas circunstancias fácticas puede surgir un conflicto entre principios; la ponderación debe tener en cuenta estas circunstancias concretas, que actúa como condición de la prevalencia de un principio sobre otro.⁹⁶

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.⁹⁷

Por otro lado, se ha advertido del peligro de construir por vía meramente deductiva una graduación de valores constitucionales; estos deben utilizarse con cautela, valorando preferentemente la posibilidad de una interpretación armonizadora, salvo en aquellos casos en que la prevalencia de un valor derive de su especial utilidad social o interés general. Ninguna jerarquía formalmente preestablecida de valores, puede evitar que éstos se conviertan en “tiranos”, además de que ninguna graduación entre ellos conseguirá en la práctica serlo *sub specie aeternitatis*. La pluralidad de principios, y la ausencia de jerarquía formal entre ellos, hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación.⁹⁸

⁹⁴ CIANCIARDO, Juan, *El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, España 2000, p. 116.

⁹⁵ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1997, p. 232.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 232 y 233.

⁹⁷ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*. *op. cit.*, p. 139.

⁹⁸ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *op. cit.*, p. 234.

El balancing y la preferred position en la jurisprudencia Norteamericana

La técnica del *balancing* o contrapeso de valores puede presentar dos variantes, a) La primera consiste en contraponer dos valores y emitir un juicio de valor, ya sea para determinar, cuál de ellos puede prevalecer o bien para encontrar el equilibrio entre ambos (que es realmente un *balancing*), b) La segunda es aquella que frente al caso concreto, intenta averiguar el interés en juego, ya sea para realizar un juicio de valor hacia uno de ellos o para tratar de equilibrar los distintos intereses; este último supuesto se asemeja más a la denominada jurisprudencia de intereses que al *balancing*.⁹⁹

El Alto Tribunal Norteamericano, ha formulado una regla de interpretación consistente en que, para la aplicación de determinados principios o normas constitucionales, hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego para contrapesarlos y, o bien dar primacía a uno de ellos, o bien buscar un equilibrio entre ambos. No obstante el *balancing* presenta numerosos problemas, sobre todo porque es muy difícil elaborar una escala de valores axiológica, que sirve para determinar el sentido que hay que dar al contrapeso y decidir de esta manera el resultado. El *balancing* debe ser utilizado cuidadosamente para que la formula del contrapeso, cumpla con la función que le es propia, es decir, que respete el equilibrio constitucional y garantice la efectividad de los derechos en su conjunto y para el caso concreto a la vez.¹⁰⁰

El termino *balancing* se ha utilizado con varios significados diferentes, además de un sentido muy amplio que lo equipara a las doctrinas del *self-restraint*, puede hablarse de *balancing* en un sentido amplio como contrapeso de valores e intereses constitucionales; en este segundo sentido, equivalente al *Güterabwägung* Alemán, estaríamos ante una consecuencia lógica de la jurisprudencia de valores.¹⁰¹

En un sentido estricto *balancing* significa tener en cuenta o ponderar los intereses concretos del supuesto de hecho en juego y es similar a las técnicas basadas en el caso concreto o a la *Interessenjurisprudenz* alemana.

Si bien podría decirse que toda interpretación constitucional produce como resultado un contrapeso o jerarquización de valores, al reconocer

⁹⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En Busca de una Interpretación Constitucional*, Editorial Ediar, Argentina 1997, p. 29.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰¹ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *op. cit.*, p. 235.

la primacía de algunos de ellos, el *balancing* como método interpretativo sólo se aplica cuando el tribunal formula una regla de interpretación, que expresa que para la aplicación de determinado principio o norma constitucional, hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego para contrapesarlos. El método del *balancing*, se proyecta en realidad sobre los derechos humanos, en relación con otros intereses que pueden actuar como sus límites, el problema es el mismo que si se aplica en la ponderación entre valores.¹⁰²

La teoría de la *preferred position* supone un complejo de criterios de valoración e instrumentos de garantía, que se podrían sistematizar así,

- a) Restricción de la presunción favorable que normalmente asiste a las valoraciones del legislador (aunque quizás no quepa hablar de una verdadera inversión de la carga de la prueba).
- b) Una cierta ampliación de la capacidad de actuar, debida a la exigencia de que la ley que afecte esas libertades no posee “un alcance excesivo”, o carezca de precisión (*overbreadth test* y *criterio de vagueness*), o incluso, a la necesidad de que la medida legislativa constituya la *least restrictive alternative*.
- c) El aludido criterio del *clear and present danger*; si bien este último criterio se ha sustituido por un *balancign test*.¹⁰³

La ley de ponderación

Según esta regla, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.¹⁰⁴

La fórmula del peso

Con ella, según lo refiere Alexy, significa el peso de cada principio, por ejemplo “el peso del principio Pi en concreto, en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi, en concreto su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación por otra”.¹⁰⁵

¹⁰² *Ibidem*, p. 236.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 237 y 238.

¹⁰⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 99.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 101.

Las cargas de la argumentación

Estas cargas operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos.

Empero, ¿Cómo podría emplearse una técnica para la solución de conflictos entre principios?

Primera Etapa, determinación del problema.¹⁰⁶

- a) El primer paso radica en la identificación de los principios contenidos en los enunciados normativos, por lo que resulta necesario realizar el análisis normativo y proceder a la reconstrucción sintáctica de la norma, se reordenan los elementos que integran el principio y que han sido extraídos de otros enunciados normativos, separándolos de los derechos y obligaciones que integran la consecuencia jurídica. A pesar de que algunos autores consideran que los principios carecen de supuesto de hecho, la reconstrucción de la estructura de la norma es posible.
- b) Los principios se componen en ocasiones de diversos enunciados normativos, o bien conforman una institución jurídica, pero también pueden ser formulados como un derecho o una libertad. De modo que para su identificación es necesario realizar la interpretación de diversas normas, y a través de la interpretación sistemática es posible atribuirles un significado preliminar.
- c) Una vez determinados los principios en conflicto, mediante el análisis lógico se puede determinar el grado y tipo de incompatibilidad de las normas.

Segunda etapa, solución del conflicto entre principios.

- d) Revisión de la jurisprudencia y de antecedentes en la interpretación de los principios en cuestión.
- e) Ponderación del peso específico de los principios aplicables al caso, evaluando las circunstancias específicas. Cuando el conflicto no pueda ser resuelto mediante la aplicación de los principios en

¹⁰⁶ Nuevamente hacemos acopio de los comentarios sobre el tema, de Carla Huerta Ochoa, de su obra ya citada, en las páginas 198-200.

cuestión, se debe buscar en el sistema jurídico otro principio que resuelva la prevalencia entre ellos, o los sustituya. Para poder invocar otros principios conciliadores que se encuentran en el mismo sistema jurídico, es necesario que tengan el mismo o mayor peso que los principios en conflicto.

- f) Argumentación como factor de justificación de la determinación del peso de cada uno de los principios, así como de la decisión jurídica.

Tercera etapa, casos excepcionales.

- g) En determinadas circunstancias un principio puede perder su validez, cuando en virtud de la dinámica del sistema se han producido cambios relevantes, que provocan un rechazo total del principio aplicable a causa de oposición con otros principios fundamentales. De modo que la autoridad puede optar por no ponderar, sino por eliminar el principio contrario en la nueva realidad. Esto puede implicar la aplicación del otro principio, o la necesidad de sustituir el que es rechazado por uno nuevo, dependiendo de la competencia de la autoridad y el alcance de las facultades de creación e integración que le hayan sido atribuidas.

Luego, la ponderación es la técnica o método a través del cual, mediante el balaceo o peso de los principios constitucionales en conflicto, se puede obtener aquel, que para el caso concreto deba prevalecer.

El campo semántico de las palabras

Generalmente, los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación.¹⁰⁷

La vaguedad concierne al significado y, por tanto, a la semántica de los vocablos y de los sintagmas. La ambigüedad, a su vez, puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), o del contexto en que se usan los enunciados (ambigüedad pragmática).¹⁰⁸

¹⁰⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, op. cit., p. 60.

¹⁰⁸ *Idem*.

Un lenguaje es un conjunto de signos. En todo lenguaje existen dos tipos fundamentales de signos, los signos descriptivos y los signos lógicos.

Una ambigüedad semántica es una propiedad no de la referencia, sino del sentido mismo de los predicados. Un predicado es ambiguo siempre que la pregunta "qué cosa se entiende?", admita una pluralidad de respuestas.¹⁰⁹

La semántica como una ciencia lingüística, tiene unos contornos más amplificados de los que la jurisprudencia le suele atribuir. Gran parte de la teoría de los valores (y del *consensus* en torno a esos valores), puede considerarse con una rama específica de la semántica.¹¹⁰

La filosofía y la teoría de los valores pueden servir de fuente de interpretación de dos formas distintas,

1. Como tal ideología, resaltando al valor como algo ajeno al lenguaje, al concepto, y,
2. Como uso social impuesto al significado del lenguaje.¹¹¹

Toda interpretación —incluso— la interpretación semántica, no parte de hecho de las solas palabras sumando después los significados, sino del enunciado en su conjunto, así se reduce la natural indeterminación de cada una de las palabras, ya que son excluidas todas las acepciones de éstas que privarían de sentido al enunciado que las contiene.¹¹²

Si bien son reducibles, la vaguedad y la ambigüedad de los vocablos son de todas formas, una de las razones esenciales de la variabilidad en la interpretación de los enunciados.

Sobre este aspecto, digamos que cada vez se rechaza más, la idea de una interpretación literal de las palabras usadas por el legislador en cada enunciado normativo, así por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, lo ha hecho al menos de dos maneras,¹¹³

1. Bien aunque amparándose en el lenguaje, ha dotado a éste de un contenido explícitamente a partir de otras fuentes.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹¹⁰ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 92.

¹¹¹ *Idem*, p. 92.

¹¹² MODUGNO, Franco, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, op. cit., pp. 79 y 80.

¹¹³ ALONSO GARCÍA, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 113.

2. Lisa y Llanamente ha admitido que el texto no dice nada, pero, aun así, en virtud de otra fuente constitucional, se puede entender incluida en la Constitución Española una norma concreta.

III. OPINIONES ADHERENTES Y LAS CRÍTICAS DE LOS OPOSITORES A LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Para el desarrollo de este apartado de la investigación, nos sustentaremos en las opiniones de diversos *juristas-filósofos*, por tanto, al referirse la opinión de cada uno, se hará referencia a la obra de la cual se han abstraído.

Ronald Dworkin

Para este autor, la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas representa una distinción lógica, aunque ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares, referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que da; así, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, si los hechos estipulados por la norma están dados, entonces la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da, debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aportará nada a la decisión.¹¹⁴

Los principios a diferencia de las normas, tienen una dimensión que hace falta en éstas, la dimensión del peso y la importancia. Cuando los principios se interfieren, quien resuelve debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno.¹¹⁵

En cambio, las normas no tienen esta dimensión, al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes. En este sentido, una norma puede ser más importante que otra, porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento, pero no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso; ante un conflicto normativo, una de ellas no puede ser válida, la decisión respecto de cuál de ellas es

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel Derecho, Quinta reimpresión, Barcelona, España.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 77.

válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a decisiones que trascienden a las normas mismas.¹¹⁶

De este modo, un determinado sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar, un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes.¹¹⁷

Los principios son pues para Dworkin, una clase de *estándares aparte*, diferentes a las normas jurídicas; los principios a diferencia de las normas no imponen un resultado, simplemente orientan una decisión en un sentido, aunque no de forma concluyente y sobreviven intactos aún cuando no prevalezcan.¹¹⁸

¿Cómo actúan los principios en los casos difíciles?

En el positivismo jurídico, cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez de conformidad con esta teoría tiene "discreción" para decidir el caso en una o en el otro sentido, por tanto, esta opinión supone que una de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso; para Dworkin, tal hecho constituye una ficción.¹¹⁹

Para él, cuando ninguna de las normas establecidas resuelve el caso, es posible que alguna de las partes tenga derecho a ganarlo, pero debe decidir conforme a los derechos de las partes, en vez de inventar los derechos.¹²⁰

En las teorías de la función judicial, entre las más populares la subordinan a la legislación, los jueces deben aplicar el derecho creado por otras instituciones, no deben hacer normas nuevas. En algunos casos se resuelven problemas tan nuevos, que no es posible resolverlos forzando o volviendo a interpretar las normas ya existentes, de manera que, en ocasiones los jueces deban legislar ya sea de manera encubierta o explícitamente.

Sin embargo, cuando los jueces legislan tal es la expectativa que no sólo actuarán como diputados, sino como representantes de la legislación; sin embargo, este conocido supuesto según el cual, cuando los jueces van más

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 78.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 146.

¹²⁰ *Idem.*

allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.

Lo es, en cuanto se soslaya la importancia de una distinción fundamental dentro de la teoría política, entre argumentos de principio por un lado y argumentos políticos por el otro.¹²¹

Los argumentos políticos justifican una distinción política, demostrando que favorecen o protegen alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo, por ejemplo, el argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, el cual afirma con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político.¹²²

Los argumentos de principio justifican una decisión política, demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación racial en Estados Unidos y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, constituye un argumento de principio.¹²³

Si en el caso se trata de un asunto difícil en el cual no existe una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces, podría parecer la decisión adecuada, podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio, por ejemplo, el problema del caso *Spartan Steel*, los empleados del acusado habían roto un cable eléctrico perteneciente a una compañía, quien suministraba fluido al demandante y la fábrica de éste último había tenido que cerrar mientras se reparaba el cable.¹²⁴

En este caso, el Tribunal tenía que decidir si autorizaba al demandante para cobrar daños y perjuicios por la pérdida económica, causada por un daño negligente a la propiedad ajena, la decisión podría alcanzarse cuestionándose si alguien en la situación del demandante, tenía derecho a daños y perjuicios que es una cuestión de principio, o si sería prudente, desde el punto de vista económico, distribuir la responsabilidad por accidentes en la forma sugerida por el demandante, que es una cuestión política.¹²⁵

Si los jueces son delegados con una función legislativa, el tribunal debe estar dispuesto a seguir tanto la segunda argumentación como la primera, y a decidir a favor del demandante de exigirle esa argumentación.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 148.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Ibidem.*, p. 149.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Ibidem.*, p. 150.

Sin embargo, para Dworkin, las decisiones judiciales aún en casos difíciles en materia civil, como el señalado son y deben ser de manera característica generadas por principio y no por directrices políticas.¹²⁶

El juez Hércules

Si un juez acepta las prácticas establecidas de su sistema jurídico, es decir, acepta la autonomía prevista por sus distintas normas constitutivas y regulativas, entonces de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, debe aceptar alguna teoría política general justificante de dichas prácticas. Los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario, son recursos para la aplicación de esa teoría política general problemas controvertibles sobre los derechos.¹²⁷

Luego, se haría bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es la materia exigente, tanto por la intención de la ley y los principios jurídicos, para este propósito, Dworkin recurre a un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien identifica como "Hércules",¹²⁸ quien supone es un juez en alguna jurisdicción importante en los Estados Unidos, quien acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción.

Es decir, acepta que las leyes tienen el poder de generar, crear y extinguir derechos, y los jueces a su vez el deber también general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o tribunales superiores, cuyas bases lógicas abarquen el caso que tienen por resolver.¹²⁹

Referencia individual sobre la obra de Dworkin

En nuestra opinión, Ronald Dworkin, dentro de su teoría interpretativa, genera uno de los conceptos básicos de los principios, al mencionar que en las normas hace falta precisamente una dimensión existente en los principios, es decir, *la dimensión del peso y la importancia*, por ello, cuando el juez constitucional se enfrenta a la solución de un caso difícil y tiene ante

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 177.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 177.

¹²⁹ *Idem.*

sí la disyuntiva de resolver la validez, ya sea de uno u otro principio en juego, tiene que aplicar la fórmula del “peso y la importancia”.

El modelo en cita tiene como eje central que, en la interpretación de principios jurídicos constitucionales, más que buscar la expulsión de uno u otro principio del sistema, el operador puede seleccionar aquél de ellos que para el caso represente una importancia mayor, lo cual debe entenderse en el sentido de que en ese conflicto, uno de los principios de conformidad con sus alcances y sus límites tiene un mayor contrapeso que el otro.

Por ejemplo, puede existir una controversia en donde intervengan la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad de las personas, en cuya solución, se debe preferir la protección del segundo de ellos, por estimar que, si bien la Constitución consagra ambos derechos en un mismo nivel, la protección de la intimidad debe preservarse cuando sea puesta en peligro no sólo la esfera íntima de una persona, sino en otros valores, como la propia concepción de sí mismo o la que de ella tienen los demás, en el caso de notas periodísticas de espectáculos difamatorias, sobre destacados miembros de la sociedad o artistas famosos.

En cambio, como explica Dworkin, las normas carecen de ese estándar o valor, es decir, una norma dentro de un determinado sistema no tiene un mayor peso sobre la otra, la solución puede ser reducida a la valoración de cuál de las normas resulta aplicable, aquí sí, invalidándose alguna de ellas.

En la opinión de este autor dentro del positivismo jurídico se soluciona un determinado conflicto a nivel normativo, utilizando la “discrecionalidad del juez”. Esto se presenta cuando ninguna de las normas es útil para solucionarlo, por lo tanto se ingresa en la zona de prudencia del juzgador, lo cual, en su concepto, es muy riesgoso dado que pueden existir jueces bastante cautos, pero otros, cuya irreflexión los conduzca a emitir sentencias desapegadas de la realidad, o a la invención de “derechos” para las partes litigantes, cuando en realidad, un principio primordial, lo es que el caso debe resolverse conforme a los derechos alegados por las partes. En cambio, utilizando los principios jurídicos constitucionales, siempre, por regla general, habrá de obtenerse una solución correcta del caso; sin embargo, en mi opinión, se pierde de vista que también se ingresa en la órbita de *discrecionalidad*, cuando se trata de encontrar el verdadero alcance de un principio constitucional, su peso y la jerarquía que supone frente a otro.

La crítica a la obra de este autor, desde mi punto de vista, está en rechazar de plano la posibilidad de que el juez pueda “crear derecho”, pues

Dworkin de alguna manera, se opone a que el juez resuelva de manera discrecional un caso, dado que en su esfera de responsabilidades no está el de ser legisladores; sin embargo, cuando trata de justificar que la decisión de un conflicto se sostiene en ocasiones de manera política, o sea, que, los argumentos políticos justifican una decisión política, siempre y cuando se demuestra que la solución favorece a un grupo o a una determinada persona, al asegurar un derecho individual o de grupo.

A mi juicio, al procederse de esta forma, de cualquiera manera se ingresa en la esfera de la decisión discrecional del juez, toda vez que cuando se dirime un problema entre derechos fundamentales, tomando en cuenta la existencia de diversos principios en juego, como el operador tiene que edificar la premisa mayor o el contenido de alguno de los derechos constitucionales, resulta casi imposible objetar apriorísticamente por el juez constitucional, la postura de discrecionalidad. A mi entender esta es una de las razones para buscar la especialización del propio juez, pues en un momento determinado, su preparación en la “teoría evolutiva del derecho”, “donde un lugar primordial lo ocupan los principios y valores jurídicos del sistema”, le asistirá de un bagaje cultural y jurídico indispensable para la solución de dichos conflictos.

Robert Alexy

Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales, de la dogmática de los derechos fundamentales, pues sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico, constituye un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.¹³⁰

Criterios tradicionales para la distinción entre normas y principios

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser, ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expre-

¹³⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales.*, op. cit., p. 81.

siones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición, los principios al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aún cuando son razones de un tipo muy diferente. Así pues, la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.¹³¹

El criterio de generalidad

Este es uno de los más utilizados, según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las normas con un nivel relativamente bajo de generalidad; una norma con un nivel relativamente alto de generalidad, es la que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma que dice que todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos, tiene un nivel relativamente bajo de generalidad.¹³²

Para Alexy, es posible la existencia de tres tesis para distinguir entre normas y principios.

La primera, reza lo siguiente, Todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente.

La segunda, se sostiene por quien considera que las normas pueden dividirse de una manera relevante, en la clase de las reglas y la de los principios, pero esa distinción es sólo de grado.

La tercera, dice que las normas puedan dividirse en reglas y principios y entre éstos no solo existe una diferencia gradual sino cualitativa.¹³³

Los principios como mandatos de optimización

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se encuentran caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídi-

¹³¹ *Ibidem*, p. 83.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Ibidem*, p. 85.

cas es determinado por los principios y reglas opuestas.¹³⁴ En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.¹³⁵

Si una regla es válida entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.¹³⁶

Colisiones de principios y conflictos de reglas

Es común a los conflictos de principios y a los conflictos de reglas, el hecho de que dos normas aplicadas de manera independiente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios, pero se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.¹³⁷

Conflicto de reglas

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas, una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por lo menos, una de las reglas. El concepto de validez jurídica no es graduable, una norma vale o no vale jurídicamente, el hecho de que una norma vale y es aplicable a algún caso, significa que vale también su consecuencia jurídica. Cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida.¹³⁸

El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como “*lex posterior derogat priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”.

La colisión entre principios

Las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta, cuando dos principios entran en colisión, tal cuando es el

¹³⁴ *Ibidem*, p. 86.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 88.

caso según un principio, algo está prohibido y según otro principio algo está permitido, uno de los principios tiene que ceder frente al otro.¹³⁹

Esto es lo que quiere decir que los principios tienen diferente peso en cada caso concreto, y que para solucionarlo prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión entre principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos—, tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.¹⁴⁰

El diferente carácter prima facie de reglas y principios

Una primera propiedad resultante de todo lo visto, acerca de las reglas y los principios, la constituye su diferente carácter. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas; por lo tanto, no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie*.¹⁴¹

El hecho de que un principio valga para un caso determinado, no infiere que ello a la vez valga como un resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, el principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una determinada razón y la que es opuesta a ella, por tanto, los principios carecen de contenido de determinación, con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.¹⁴²

Eso no sucede en el caso de las reglas, pues como éstas exigen se haga exactamente lo que en ellas se ordena, luego, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. En concepto de Alexy, esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y de hecho, lo cual puede conducir a su invalidez, pero si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.¹⁴³

Para dicho autor el modelo presentado por Dworkin es demasiado simple (el que supone que las reglas son aplicables de una manera de todo o nada, mientras que los principios sólo indican una dirección pero no contienen una determinación).

¹³⁹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Idem*.

En este contexto, es necesario un marco más diferenciado, como podría ser que del lado de las reglas es posible, que con motivo de la decisión de un caso introducir en ellas una cláusula de excepción, cuando esto sucede la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso, lo cual puede llevarse a cabo sobre la base de un principio.

*Tres objeciones en contra del concepto de principio*¹⁴⁴

La primera de ellas dice que habría colisiones de principios solucionables mediante la declaración de invalidez de uno de los principios.

La segunda, que existirían principios absolutos que no pueden nunca ser colocados en una relación de preferencia con otros principios.

La tercera, que el concepto de principio es demasiado amplio y, por lo tanto, inútil porque abarcaría todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta en las ponderaciones.

La amplitud del concepto de principio.

Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios, tal escala se extiende desde la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio, hasta el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del orden democrático en libertad. El hecho de que un principio se refiere a este tipo de bienes colectivos, significa el ordenamiento de la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales.¹⁴⁵

Referencia individual a la obra de Alexy

Sobre este autor, al igual que Dworkin, me parece otro de los expositores importantes sobre la teoría argumentativa de los principios, cuyo punto

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 110.

central, podemos identificarlo cuando señala que los principios constituyen mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades jurídicas y reales existentes.

Lo anterior, al menos, en mi concepto, proporciona una idea muy clara sobre la noción del concepto "principio". Si por optimizar entendemos de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "buscar la mejor manera de realizar una actividad", entonces dicho término enfocado hacia los principios, optimizar es buscar la mejor manera de aplicar un derecho fundamental, lo cual significa que se debe preferir la concordancia, armonización y expansión de los derechos hasta los límites posibles (constitucionalmente legítimos), frente a otros de igual magnitud. Buscar las posibilidades jurídicas y realmente posibles, comprende el análisis de los hechos y su impacto social en la resolución, pero también que encuentre una óptima justificación legal.

En cambio, las normas entendidas como reglas, en concepto de Alexy, son mandatos definitivos, o sea, sólo pueden ser cumplidas o no.

Como nos explica dicho autor, los conflictos normativos entre reglas, encuentran una solución ya sea introduciendo en una de las reglas una excepción, que declara inválida una de las reglas (lo cual no sucede con los principios, pues el que resulte vencedor simplemente desplaza al otro pero no lo destruye), los problemas entre reglas se remedian utilizando los criterios ordinarios, como el que expresa que la ley especial priva sobre la general; la norma posterior deroga a la inferior; o la norma superior deroga a la inferior, etcétera, lo cual desde luego es inaplicable a los principios, pues en estos casos siempre se debe acudir al balanceo o a la ponderación.

Al igual que Dworkin, Alexy nos dice que los conflictos entre principios, se enmiendan calculando el peso de cada uno de ellos, y así, en un determinado caso el que resulte de mayor carga desplaza al otro.

Incluso, resulta muy ilustrativa, además de novedosa para nuestro medio jurídico, la idea proporcionada en su obra principal (Teoría de los Derechos Fundamentales), sobre que, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, existe una amplia variedad de ejemplos que considera a ciertos bienes colectivos como "objetos de principios", tales como, la salud pública, el abastecimiento energético, el aseguramiento alimenticio, o bien el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, así como la protección al orden democrático de la libertad.

Es decir, Alexy propone de una manera muy espontánea y hasta cierto punto atrevida, que los principios en la actualidad bien pueden rebasar los derechos individuales para dar paso a la protección de bienes colectivos.

Herbert Hart¹⁴⁶

En cambio, para Hart, las reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común; en segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir una especie de tensión, entre los que aceptan las reglas, y los que las rechazan, excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión. Por que de otra manera, quienes rechazan las reglas encontrarían muy poca presión social que temer. Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.

Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas.¹⁴⁷

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. La ausencia de tales determinaciones definitivas dotadas de autoridad, no debe ser con-

¹⁴⁶ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, traducida por Genaro R. Carrió, editada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 113-123.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 115.

fundida con otra debilidad asociada a ella. Aquí Hart, se refiere al hecho de que los castigos por la violación de las reglas, y otras formas de presión social que implican esfuerzo físico o el uso de la fuerza, no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación está librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto. Es obvio que la pérdida de tiempo que significan los esfuerzos del grupo no organizado, para apresar y castigar a los transgresores, y las encarnizadas vendettas que pueden resultar de la justicia por mano propia, en ausencia de un monopolio oficial de "sanciones", pueden ser inconvenientes serios.¹⁴⁸

En su concepto, se hace necesario una regla de reconocimiento, es decir, la forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llama una "regla de reconocimiento" (*"rule of recognition"*). Ésta especificará alguna característica o características, cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa, indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce.

En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, "más complejas"; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales.¹⁴⁹

Asimismo, Hart, al hacer una recapitulación y considerar la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias, de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que se obtiene, según su concepción, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho, lo cual ha desconcertado al teórico de la política.¹⁵⁰

Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario,

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 116.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 121.

exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe.¹⁵¹

En opinión de Hart, la existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad.

Referencia individual a la obra de Hart

Dicho autor identifica la existencia de reglas desde los orígenes de las sociedades primitivas, las cuales tienen ciertos defectos como son, en primer lugar, la imposición a los individuos como tales, de ciertos deberes "positivos", ya sea que resulten aceptadas o no, pero quienes las rechazan se ven compelidos a su cumplimiento por la propia tensión social; un segundo inconveniente, Hart lo encuentra en el carácter estático de las reglas, pues éstas se van modificando por medio de un proceso lento de crecimiento; mientras que un tercer defecto lo ubica en lo que estima como una dispersión de la presión social, para procurar el cumplimiento de las reglas, lo cual la torna por sí misma ineficaz.

Para Hart, resulta necesario la existencia de una regla de reconocimiento (*rule of recognition*), la cual tendrá que albergar ciertos indicadores para evidenciarse como una "regla de grupo", la cual ha de ser sustentada por la presión social que ésta ejerce.

Aunque Hart, no distingue la existencia de los principios, pues su ideología se insume en la existencia de ciertas reglas; desde mi punto de vista, es errónea la concepción sobre la necesidad de establecer reglas de reconocimiento, ya sea de formas simples o complejas, pues la finalidad de ellas, según su pensamiento, encuentra su justificación en el hecho de que al identificarse ciertos estándares como cánones de grupo, serán obedecidas debido a la presión social ejercida por la propia comunidad.

Desde mi punto de vista, la idea de Hart, se mantiene sobre la concepción clásica del derecho, es decir, que éste se constituye como un conjunto de normas jurídicas para regular la conducta de los individuos dentro de la sociedad, y constriñe su cumplimiento a la presión social, "la cual a lo mejor puede ser entendida, no tanto como el hecho material de que sean los

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

miembros de la sociedad quienes “materialmente ejerzan esa coacción”, sino a la existencia de un órgano que acopie legítimamente ese postulado y cuente con el poder suficiente para ejercer las reglas y obligar a su cumplimiento, como pueden ser las decisiones judiciales.

Sin embargo, el punto de quiebre de esta visión, desde mi opinión, persiste en la innecesaria idea de establecer reglas de reconocimiento, pues es la propia sociedad cuando elige a sus miembros dentro de los cuerpos representativos, de antemano acepta la imposición de todas las reglas, sin hacer distinción de aquellas que resulten primarias o secundarias; en segundo lugar, habría que pensar en cuántas reglas de reconocimiento habría que identificar (con seguridad un catálogo complejo y abundante), pues ellas desplazarían el cumplimiento de otra clase de reglas; y en tercer lugar, me parece que aquí, justamente, es donde resurge la importancia de los principios, pues éstos como estándares más amplios permiten que el aplicador del derecho, no se vea reducido a designar solamente una categoría predeterminada de pautas, sino estará siempre supeditado al examen de todas las normas ya sean primarias o secundarias, para identificar plenamente la que debe prevalecer en un determinado caso, y por último, la elección de la norma correcta no debe estar sujeta a la tensión social, sino a la búsqueda constante y perpetua del bienestar común, claro está como un ideal universal.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero¹⁵²

Un enfoque estructural de la distinción

Desde el primero de los enfoques, el problema que se plantea es, si los principios, al igual que las reglas, pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (lo que no significa aceptar —ni negar—, que las normas sean entidades lingüísticas, sino tan sólo que pueden expresarse en un lenguaje). Antes de contestar a esta pregunta es preciso efectuar un par de aclaraciones previas.¹⁵³

La primera es que el esquema con el que operan Alchourrón y Bulygin, que sirve de punto de partida, entiende las normas jurídicas como correla-

¹⁵² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las Piezas del Derecho, Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel Derecho, segunda edición, octubre de 2004, Barcelona, España, pp. 29-34.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 29.

ciones entre casos genéricos (conjuntos de propiedades) y soluciones (esto es, la calificación normativa de una determinada conducta, es decir, la calificación como obligatoria, prohibida o permitida de la realización de una cierta acción).

La segunda aclaración se refiere a cuáles de las anteriores clasificaciones de los principios son relevantes. Parecería claro que no lo es ni la distinción entre principios explícitos e implícitos, ni entre principios en el contexto del sistema primario en el contexto del sistema secundario, ni entre principios sustantivos y principios institucionales. Así pues, lo que se trata de ver es si los principios en sentido estricto y las directrices tienen o no una estructura condicional (esto es, correlacionan un caso con una solución normativa) y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los principios.¹⁵⁴

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados, que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.

Con ello se quiere decir que mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas, no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor que vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).¹⁵⁵

Un principio como el formulado en el artículo 14 de la Constitución Española, visto como principio secundario, puede, no presentarse en forma de un enunciado condicional como el siguiente, “Si (condición de aplicación), un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate, hay una oportunidad de discriminar por factores de nacimiento, raza, sexo,

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 31.

religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social y no concurre otro principio que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa), a ese órgano le está prohibido discriminar por cualquiera de los factores antes citados".¹⁵⁶

Podría decirse que los principios vendrían a ser, en el sentido de Von Wright, "normas categóricas", esto es, aquellas en las que "su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse, para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición" (Von Wright, 1979, p. 91) de acuerdo con ello, el artículo 14 CE prohíbe *prima facie* discriminar atendiendo a factores de nacimiento, raza, sexo, etc., siempre que se dé una oportunidad para discriminar atendiendo a cualquiera de dichos factores; dicha prohibición *prima facie* sólo cede si en relación en el caso de que se trate, concurre otro principio que desplace al anterior y que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso (o, si se prefiere, si las razones derivadas de algún otro principio a favor de un tratamiento desigualitario, tiene más peso que la razón construida por el principio de igualdad de trato).

Las reglas, por el contrario, están destinadas a evitar la ponderación; al correlacionar su solución normativa con condiciones de aplicación (o casos genéricos), constituidas por propiedades independientes de las razones que operen a favor o en contra de dicha solución normativa, pretenden imponer obligaciones o prohibiciones no meramente *prima facie*, sino de carácter concluyente en relación con todo caso en el que se den dichas condiciones de aplicación (o, si se prefiere decirlo así, que resulte subsumible en dichos casos genéricos).¹⁵⁷

La indeterminación característica de los principios, en el ejemplo de prohibición de discriminación, se encuentra en la configuración abierta de las condiciones de aplicación. Por lo que hace a la caracterización de la conducta prohibida, ésta se lleva a cabo aludiendo a una acción, la acción de discriminar. Puede, desde luego, entenderse que "discriminación" es un término vago y que esta vaguedad viene causada por su carga valorativa. Pero esta vaguedad por carga valorativa puede deberse también (aunque, desde luego, usualmente en menor grado), en las pautas a las que llamamos "reglas".

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

Si de los principios en sentido, se pasa a las directrices o normas programáticas, las cosas parecen ser algo distinto. Lo característico de las directrices se halla en que este tipo de pautas *configuran de forma abierta, tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito*. Como ejemplo de directriz el artículo 51.1 de la Constitución española, antes recordado. Aquí, a semejanza del artículo 14 CE, las condiciones de aplicación aparecen también configuradas de forma abierta, la disposición no dice en qué condiciones deben los poderes públicos realizar la conducta prescrita, esto es, proteger a los consumidores y usuarios. Pero, a diferencia del artículo 14 CE, tampoco esa conducta prescrita se encuentra determinada, el artículo 51 no ordena —ni prohíbe— ninguna acción, sino la consecución de un objetivo, de un estado de cosas con cierta característica, a saber, que la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios se encuentren eficazmente protegidos.

Las directrices vendrían a ser, en el terreno de los principios (en sentido amplio), el *pendant* de las reglas de fin. La diferencia entre reglas de fin y directrices se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles.¹⁵⁸

Referencia individual a la obra de Atienza y Ruiz Manero

Los autores en cita, parten de una base cardinal para la distinción entre normas y principios, la cual (como lo hace Dworkin y Alexy), a su manera, también nos parece muy adecuada, para ello señalan que la diferencia estriba en que los principios configuran normas de "textura abierta", mientras que las normas lo son de "textura cerrada".

Lo anterior es muy esencial, veamos porqué.

Las normas abiertas como su nombre lo indica, son aquellas cuyo contenido es impreciso, indeterminado, carente de un significado único e irrefutable. Como ejemplo, si bien la Constitución Mexicana en su artículo 4º, expresa que "el varón y la mujer son iguales ante la ley", no es infrecuente ubicar el problema sobre la definición de a qué tipo de igualdad se

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 34.

refiere, una identidad formal o material, en qué campos, en qué momento, frente a quién. Es decir, aunque se manifiesta explícitamente el concepto "igualdad", en realidad ante lo abierto del vocablo, el juez o intérprete constitucional debe encontrar el canal adecuado, el concepto apropiado, y el sentido preciso en cada caso, lo mismo sucede si nos referimos a lo dispuesto en el artículo 14, en cuanto a que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", pues discernir lo que debe entenderse por irretroactividad de la norma, se antoja un poco difícil de explicar.

Los principios, pues, carecen de una hipótesis por decir específica y también de un supuesto de hecho identificable, así como de su consecuencia.

Por su parte, las normas como reglas, comprenden un contenido cerrado, determinable con cierta facilidad, acogen una hipótesis normativa y una consecuencia jurídica que de ser cumplida o satisfecha en los hechos agotan su cometido, por ejemplo, el artículo 332 del Código de Comercio, el cual especifica que "se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil", aquí la dificultad estriba en localizar dentro de los mismos postulados del código mercantil, cuáles son los actos de comercio, estipuladas por la propia norma, o bien las operaciones mercantiles, para subsumir si se está en el supuesto o no; un claro ejemplo de atipicidad serían los contratos de depósito celebrados entre particulares sin ser comerciantes, pues es claro que sobre ellos resultaría inaplicable la regla sobre el depósito mercantil.

Por otro lado, tanto Atienza como Ruiz Manero, señalan que entre los principios es muy frecuente utilizar la fórmula del desplazamiento, la cual consiste en que un principio con mayor peso desliza al otro, o sea se utiliza la ponderación; en tanto las reglas, por su propia naturaleza están destinadas a evitar la ponderación.

Desde nuestro punto de vista, la distinción localizada sobre la base de la textura abierta y cerrada entre principios y normas, provoca un mejor entendimiento en este tema difícil.

Luis Prieto Sanchís¹⁵⁹

En su opinión, a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no se puede saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que las reglas son cerradas y los principios son abiertos.¹⁶⁰

Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones "el que matare... salvo que sea menor de edad, actuase en legítima defensa", etcétera. En cambio, una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos, en que procede o queda excluida su aplicación; por ejemplo, a la luz del artículo 14 C.E. es imposible saber cuándo viene exigido un tratamiento igual, ni cuándo se autoriza un tratamiento desigual.

La igualdad constituye un ejemplo paradigmático de norma abierta, o sea, de uno de los sentidos en que se usa la expresión principio. Los españoles son iguales ante la ley, pero determinar qué elementos o rasgos de hecho obligan a un tratamiento igualitario a ciertos efectos, es algo que no lo suministra la norma, sino requiere un juicio de razonabilidad "toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada", y la fijación de ese *tertium* "es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga".

El principio de igualdad se traduce con ello en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor, que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación fáctica a una cierta consecuencia jurídica; las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida, para construir por vía interpretativa igualdades y desigualdades normativas, pues el enunciado literal de la igualdad (art. 14), tan sólo nos proporciona una orientación que siempre ha de ser completada por el razonamiento jurídico. Es más, incluso los "criterios prohibidos" (la raza, el sexo o la religión) son también relativos. Como ha reconocido el Tribunal

¹⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos, de los cuadernos Bartolomé de las casas*, número 7, del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, Madrid 1998.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

Constitucional, “si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos, en que el factor diferencial es precisamente uno de los tópicos que el artículo 14 concreta”.¹⁶¹

*Los principios como mandatos de optimización*¹⁶²

Un uso por completo diferente aparece en los llamados principios programáticos o directrices políticas, pues aquí la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Un caso ejemplar nos lo ofrece el artículo 49 C.E. “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos...”. Es posible conocer perfectamente en qué situaciones es relevante el precepto, los casos de minusvalías, pero en cambio, permanece en la nebulosa qué clase de concreta obligación corresponde a los poderes públicos; éstos han de realizar “una política de previsión...”, pero ¿a partir de qué nivel o grado de “empeño político” cabe decir que el precepto ha sido cumplido?

Por ello, en esta acepción, los principios son calificados como “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.¹⁶³

*La colisión de reglas y la colisión de principios.*¹⁶⁴

Según una cierta opinión, no incompatible con las anteriores, la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés, cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente, los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su “peso” o “importancia” y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas “donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema”, y de ahí que “si se da un conflicto

¹⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, op. cit., p. 53.

¹⁶² *Ibidem*, p. 54.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 57.

entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. Hasta tal punto esta idea se considera fundamental que algunos piensan que, si en una colisión entre principios, uno de ellos no es siquiera tomado en consideración, tampoco cabe decir que es aplicado el otro principio, “en realidad viene aplicada una regla”.

Pero ¿cómo decidir en cada caso? La respuesta encierra el núcleo de la distinción entre reglas y principios, el conflicto se resuelve mediante la “ley de colisión”, que es la ponderación, es decir, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación preferencia condicionada*”, pues si se estableciese una relación de precedencia absoluta o incondicionada, estaríamos en realidad formulando una excepción a una de las normas, que sería por tanto, una regla.

Lo que nos lleva a la siguiente conclusión, lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos, si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.¹⁶⁵

A su vez, un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez y, como reconoce Alexy, esto es lo que ocurriría si en el ordenamiento alemán (o español), se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial, manteniendo como es lógico la vigencia del actual artículo 14. Asimismo, paradójicamente, un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto.¹⁶⁶

Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto, su orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo “se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público”. Desde luego, aquí hay un problema de vaguedad del lenguaje gracias al cual se puede “ponderar”, y mucho, qué es libertad ideológica y qué es orden público; pero decidido que una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 59.

¿Existe una diferencia fuerte entre reglas y principios?

Que entre reglas y principios exista una diferencia fuerte y cualitativa o, por el contrario, débil y cuantitativa acaso resulte el objeto de un debate meramente académico, si bien creo que la opción se conecta con el trascendental problema de las relaciones entre derecho y moral, como veremos en el punto 11, de momento, conviene recordar que, cualquiera que sea la fuerza de la distinción, ésta puede presentarse en términos estructurales o interpretativos. Desde la primera perspectiva, la categoría de los principios sólo tiene interés para referirse a las normas fragmentarias o incompletas, bien en el supuesto de hecho (principio como normas abiertas), bien en la consecuencia jurídica (principio como mandatos de optimización). Como ya se ha dicho, me parece muy discutible que convenga trazar una frontera nítida entre la “apertura” de los principios y la “zona de penumbra” de las reglas, pues en ambos supuestos se requiere un esfuerzo interpretativo semejante, para determinar si el caso que tenemos ante nosotros forma parte o no del campo de aplicación de la norma.

Sea como fuere, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, es decir, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. En suma, la “apertura” de los principios representaría una suerte de delegación constitucional o legal, a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; representaría, por tanto, un fortalecimiento de la posición del intérprete.¹⁶⁷

La diferencia estructural o morfológica tal vez se hace más patente en la segunda acepción, es decir, en las directrices o mandatos de optimización, cuya fragmentariedad afecta a la consecuencia jurídica, unas normas, las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo y con independencia de cómo haya de entenderse la optimización y la gradualidad, lo cierto es que, a mi juicio, las llamadas directrices suponen un caso de vaguedad, aunque esta vez relativa a la conducta prescrita.

Pues, en efecto, recuérdese que un enunciado normativo puede operar bien como regla, bien como principio; con lo cual la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación. Esta acepción no deja de ser también sorprendente desde el punto de vista

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 60.

del lenguaje de los juristas, pues lo que se viene a decir es, no que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios.¹⁶⁸

Referencia individual a la obra de Luis Prieto Sanchís

En el caso de este autor, me parece muy interesante la opinión que expone en relación a que para determinar el sentido de los principios, es necesario la práctica de un juicio de *razonabilidad*, por ejemplo, cuando se refiere al concepto de igualdad previsto por el artículo 14 de la Constitución Española, el cual expresa que los españoles son iguales ante la ley, “en México tenemos un artículo muy parecido, el artículo 4º Constitucional que establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley”. Sin embargo, como lo explica el propio Sanchís, la dificultad se presenta cuando hay que determinar cuáles son los rasgos o elementos determinantes del concepto de igualdad.

En su obra, con relación a los principios como mandatos de optimización, los equipara a las normas de carácter programático, o ciertas directrices políticas, pues en estos casos la indeterminación no pesa tanto sobre el supuesto de hecho, sino sobre “la consecuencia jurídica” y como un ejemplo de ellos, refiere el artículo 49 de la Constitución Española, el cual dispone que, “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. En este supuesto el problema sobreviene cuando hay que determinar cuál es la obligación que corresponde a los poderes públicos.

Lo expuesto es de suma importancia, pues si bien como ya lo hemos visto al examinar la obra de Alexy, cuando éste nos explica justamente que los principios pueden fungir como mandatos de optimización (en contraposición a las reglas que siempre implican mandatos definitivos), lo cual permite que una norma entendida como principio, se pueda cumplir en diferentes grados, de conformidad con las posibilidades reales y jurídicas existentes. Prieto Sanchís las asemeja a aquellas normas con un contenido programático, o sea, a la clase de disposiciones que no en pocas ocasiones pueden ser obedecidas o cumplidas a cabalidad en un solo momento, sino

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 61.

que son una clase de mandatos dirigidos hacia el Estado, que le imponen obligaciones para ser satisfechas de manera gradual.

Además, Prieto Sanchís también hace una aportación importante, al distinguir que una norma-principio, puede identificarse por su estructura, o sea su composición o contenido lingüístico, pero también, por la indeterminación de la consecuencia jurídica o sanción, que es justamente el caso de las normas programáticas.

En el caso mexicano, una norma de carácter programático la tenemos, *verbi gratia*, en lo dispuesto en la fracción V del artículo 3° de la Constitución Federal, la cual establece que “Además de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria señaladas en el primer párrafo, el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos —incluyendo la educación superior—, necesaria para el desarrollo de la nación, apoyará la educación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura”.

Si bien es posible evidenciar una obligación impuesta al Estado al proveer la educación, el precepto regula que se deben promover y atender todos los tipos y modalidades educativos, incluyendo la educación superior; empero, a cuáles modelos se refiere, cuáles son los más óptimos, cuál criterio es permisible para preferir a algún modelo en especial y discriminar a otro; de la misma forma, si bien se impone la necesidad de apoyar a la educación científica y tecnológica, el precepto es impreciso en señalar si ello debe ser en un plazo perentorio, mediano o largo, en realidad, para llegar a descubrir el verdadero sentido del precepto, como se trata de una norma de carácter programático, se requiere como lo dice Prieto Sanchís, de un juicio de razonabilidad.

Otra característica de los principios, según nos explica, está en la observación de una particularidad que está ausente en las normas, o sea, el peso o importancia que cada uno de estos poseen, “aquí parece coincidir con Dworkin”, y en razón de ello cuando existe una interferencia de dos o más principios, cada uno de ellos continúan siendo válidos en su individualidad, aún y cuando en un caso concreto se conceda preferencia a alguno de ellos.

Para él, el conflicto se resuelve bajo la “ley de colisión” que no es otra cosa que la ponderación. Asimismo, resta importancia a la existencia de una distinción ya sea fuerte o débil entre normas y principios, en el caso de la interpretación de los señalados en segundo término, se exige un ma-

yor protagonismo para el intérprete quien cuenta con una especie de delegación constitucional, pues ineludiblemente tendrá que ser él, quien confeccione la premisa mayor de su razonamiento, lo cual representa sin duda un fortalecimiento a la posición del intérprete.

Aquí vale decir, cómo de algún modo ya se adelantó en un apartado precedente de este trabajo, la labor del juez constitucional es una tarea que requiere de una determinada preparación, es decir, una verdadera especialización. Imaginemos, tan sólo, qué clase de *abogado-juez* se requiere para el mejor entendimiento de un conflicto entre derechos fundamentales, tendríamos que delinear un perfil muy concreto. Si se quiere jueces autómatas (quienes están acostumbrados a repetir lo que dice la ley de manera estricta, es decir positivistas), o jueces quienes entiendan que los derechos fundamentales deben ser vistos de manera amplificadora, buscando los límites en la frontera del otro derecho en juego, y sobre todo, quienes busquen la aplicación más de la justicia que del derecho mismo.

Riccardo Guastini

*¿Los principios no son normas?*¹⁶⁹

La distinción entre normas y principios —recurrente en los discursos de los juristas y, también en el discurso de las fuentes normativas—, puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas.

1. En primer lugar, esa distinción puede ser entendida en sentido fuerte (como una oposición), los principios no son normas, son algo distinto de las normas.
2. En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en sentido débil, los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.

Esta tesis, por otra parte, es problemática ya que la noción de principio es, en todo caso, controvertida. Aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos, en otras

¹⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo, Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, traducción de Jordi Ferrerí Beltrán, Primera Edición 1999, Barcelona España, p. 143.

palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de “principio”.

“Principios fundamentales”, “principios generales” y “principios” sin ulteriores especificaciones¹⁷⁰

En opinión del autor en comento, en algunos textos normativos vigentes, se encuentran dos expresiones de significado *prima facie* distinto, “principios fundamentales” y “principios generales”.

1. Principios fundamentales y generales del ordenamiento, se denominan así los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación. Se pueden mencionar, como ejemplos, el principio de constitucionalidad (esto es, la rigidez de la constitución), el principio de igualdad, el principio de soberanía popular, el principio de irretroactividad de la leyes, el principio de conservación de los actos, el principio de certeza del derecho, el principio de legalidad, el principio *neminem laedere*, el principio de preferencia de la ley posterior, etcétera.
2. Principios generales de un sector de la disciplina jurídica, son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo el derecho civil (principio de la autonomía privada), el derecho administrativo (principio del debido procedimiento), el derecho procesal civil (principio dispositivo), el derecho penal (principio de *favor rei*), el derecho del trabajo (principio *in dubio pro operario*), y así sucesivamente.¹⁷¹
3. Principios fundamentales de una materia determinada, son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una “materia”, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial, el turismo, la industria hotelera, la artesanía, la floresta, etcétera.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 152.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 153.

Son ejemplos de este tipo los principios fijados en la leyes estatales denominadas “de bases”, sobre una u otra materia de compendio de la ley regional.¹⁷²

4. Principios (sin ulteriores especificaciones), se suele denominar así la ratio, la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada disposición normativa. Es decir, se supone que toda disposición normativa tiene una razón de ser, una finalidad inmanente, susceptible de ser conocida a través de la interpretación. Y esta ratio es precisamente el principio que funda o justifica la disposición en cuestión, no sería adecuado denominar “general” a un principio así, ya que su ámbito de acción está (relativamente) circunscrito.¹⁷³

*Principios expresos y principios implícitos*¹⁷⁴

1. Son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación.

Por ejemplo, pueden considerarse principios expresos en el ordenamiento italiano, el principio de igualdad (artículo 3.1 constitucional), el principio de la irretroactividad de la ley penal (artículo 25.2, constitucional); el principio *neminem laedere* (artículo 2043, del código civil Italiano); el llamado principio de la interpretación estricta de la ley penal (artículo 1 del Código Penal Italiano); el principio de legalidad en la jurisdicción (artículo 101.2, constitución Italiana); etcétera.

2. Son principios implícitos por el contrario, aquellos que están “privados de disposiciones”, es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o “construidos” por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio jurídico implícito, no adoptan la posición de legislador sino que asumen que ese principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 155.

Por ejemplo, son principios implícitos, el principio de tutela de la buena fe, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio de separación de poderes, (quizás) el principio de legalidad en la actuación de la administración, los llamados principios del orden público, el denominado principio *in dubio pro operario* en derecho laboral etcétera.¹⁷⁵

Los principios implícitos no son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la integración del derecho por obra de los intérpretes. Esos principios son derivados por los operadores jurídicos, algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto.

*Disposiciones de principio*¹⁷⁶

El lenguaje legislativo y, más aun, el constitucional están llenos de disposiciones que expresan principios.

La cuestión de si una determinada disposición expresa un principio (y no, en cambio, una simple norma), no es una cuestión de hecho sino que sólo puede ser decidida mediante una valoración, normalmente, a través de una valoración del intérprete.

Sin embargo, se pueden encontrar, en el discurso de las fuentes, disposiciones que explícitamente se autocalifican como “principios” (o “normas de principio” o disposiciones de principio”), no en virtud de una valoración de intérprete sino del propio legislador.

El ejemplo más obvio es constituido por los artículos 1 a 11 de la constitución italiana, que precisamente se autodeterminan “Principios fundamentales”. Pero los ejemplos se pueden multiplicar fácilmente, la ley 382/1978 se titula *Norme di principio sulla disciplina militare*; la ley 335/1979 se titula *Principio fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità dell' Región*; el art. 1 de la ley 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*) lleva la rúbrica, *I principi*; el artículo 22 de la ley 93/1983 (*Legge-quadro sul pubblico impiego*) lleva la rúbrica *Principi in tema di responsabilità, procedure, e sanzioni disciplinari*, etcétera.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 156.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 158.

*La fuente de los principios*¹⁷⁷

Se puede hablar de “fuente” de los principios en al menos dos sentidos distintos, que dependen del significado que el vocablo “fuente” puede asumir en este contexto.

1. Si por fuente de una norma (o de un principio, poco importa), se entiende el sujeto del que la norma emana, entonces se debe trazar una clara distinción entre los principios expresos y los principios implícitos.
2. Si por fuente de una norma (o de un principio) se entiende, en cambio, el texto o documento normativo en el que la norma encuentra su formulación, entonces se puede decir que los principios expresos sí tienen una fuente, mientras que, por definición, los principios implícitos no la tienen.

*Principios constitucionales, principios legislativos y principios “supremos”*¹⁷⁸

Si se acepta que, al menos en un sentido, todos los principios tienen una fuente, entonces resulta interesante preguntarse, para cada principio, de qué fuente proviene.

Si bien no se puede excluir que un principio encuentre su formulación en una fuente secundaria, o que sea derivable de una fuente secundaria (como por ejemplo, un reglamento),

Parece natural distinguir los principios en dos clases fundamentales, principios constitucionales y principios legislativos.

Naturalmente, son principios de rango constitucional aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en la constitución o en las leyes constitucionales. Son principios de rango legislativo aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las leyes ordinarias estatales (y quizás también en las regionales) y en actos con fuerza de ley.

No es necesario decir que esta distinción, que tendría escasa importancia práctica en un sistema de constitución flexible, reviste en cambio una importancia evidente en un sistema de constitución rígida, como el hoy

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 160.

vigente en Italia. Esto es así por la banal razón de que los principios de rango legislativo, pueden ser fácilmente derogados o subvertidos por leyes ordinarias (en virtud del principio de preferencia de la ley posterior), mientras que los principios de rango constitucional, por un lado, son idóneos para provocar la ilegitimidad constitucional y la consiguiente ineficacia de toda fuente inferior, que esté en contradicción con ellos (artículos 134 y 136.1, constitución italiana) y, por otro lado, no pueden ser modificados o derogados si no es por leyes constitucionales (artículo 138, constitución Italiana).¹⁷⁹

Referencia individual la obra de Riccardo Guastini

En opinión de Guastini, la distinción entre normas y principios puede ser fuerte o débil. El primero de los discursos se fundamenta en que los principios no son normas, son algo distinto de las normas; en cambio la segunda postura se basa en que los principios son una especie dentro del género de las normas; sin embargo, sea que la distinción sea fuerte o débil, desde su punto de vista no existe mucha claridad para observar, qué propiedades debe tener una norma para merecer el nombre de principio.

Según lo analizado, Guastini diferencia entre diversas clasificaciones de principios, ya sea, por el contenido de algunos textos normativos, entre principios fundamentales, generales y principios sin ulteriores especificaciones.

También los conceptúa entre principios expresos y principios implícitos; igualmente distingue entre principios constitucionales, legislativos y supremos.

En el caso de los principios constitucionales, si debe aceptarse que los principios deben tener una fuente, luego, en este caso lo sería la Constitución, y los principios pueden ser expresos o implícitos.

Lo más destacable es que en este autor subsistió la preocupación de aglutinar por categorías a los principios, lo cual constituye una labor ardua y compleja.

Entre los principios fundamentales, se citan, el principio de constitucionalidad o de rigidez de la Constitución; el principio de igualdad, el principio de soberanía popular; el principio de irretroactividad de la ley; el principio de conservación de los actos; el principio de certeza del derecho;

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 161.

el principio de legalidad; y el principio de preferencia de la ley posterior etcétera.

Rodolfo Luis Vigo

El modelo decimonónico

El modelo decimonónico adoptó como estructura típica y específica del derecho a la "norma", de manera que se definía autoritativamente un supuesto o hipótesis fáctica, a la que se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Esta visión normativista se prolongará ya en el siglo XX por autores tan importantes como Kelsen en el continente y Hart en el mundo anglosajón. Los "principios", que podía llegar a tolerarse para la cultura decimonónica, eran aquellos implícitos a las normas positivas y, en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas.¹⁸⁰

Una de las claves para entender el nuevo escenario, es precisamente prestar atención a los "principios jurídicos" y cómo ellos comienzan a ser invocados crecientemente en la jurisprudencia. El "principio" supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias, así por ejemplo, si pensamos en el "principio de buena fe" advertimos que él puede ser aplicado a distintas situaciones; las relaciones entre Estados, el campo laboral, el trámite procesal, el cumplimiento de contratos, etc., y las consecuencias de su violación también pueden ser muy diversas; reparaciones, intimaciones, astreintes, nulidades, etc.¹⁸¹

Por otro lado, mientras las "normas" mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote su exigencia, los "principios" resultan ser "mandatos de optimización" (Alexy), en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los "principios" son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes "normas", y por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas. Además de la constitucionalización del derecho, también la consagración y operatividad de los derechos humanos, han sido una fuente importante para potenciar a los "principios"

¹⁸⁰ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, Primera Edición, México, 2003, p. 4.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

dado que ellos encontraron en su cobertura, el modo del reconocimiento de su vigencia por parte de los juristas.¹⁸²

Hay algunas polémicas sobre este punto que permiten mostrar de manera suficientemente completa, los argumentos que se esgrimen a favor de visiones del derecho “normativistas” o “principialistas”. Estamos pensando en la que se diere entre Kelsen y Esser, y especialmente en el empecinamiento del autor de la “teoría pura del derecho” insistiendo en su libro póstumo (*Allgemeine Theorie der Normen*), en el rechazo a los “principios” dado que el contenido de éstos importaba la introducción en el derecho de la moral o los valores, y con ello, la imposibilidad de un saber jurídico riguroso y verdaderamente científico. También pensamos en la que se diere en el mundo anglosajón entre Hart y Dworkin, éste rechazando que el derecho fuera un “*system of rules*” y postulando un “*system of principles*”, advirtiendo que éstos desbordaban a cualquier regla de reconocimiento” en tanto no se los podía someter a ningún *test de origen o pedigree*.¹⁸³

Comienza nuestra doctrina a reaccionar respecto a esas visiones reductivas desde los distintos ámbitos del derecho, intentando entenderlos y explicarlos desde “aquello” de donde esa realidad se hace, deviene o se conoce como derecho (Aristóteles), con el convencimiento de que si sabemos los “principios”, sabremos más del derecho, en tanto que junto a las respuestas jurídicas derivadas de normas, contaremos con aquellas obtenidas desde los “principios”, y estos pueden ser un instrumento insustituible para ordenar y justificar todas las respuestas. Es que sólo abriéndonos a los “principios” podemos reconocer la juridicidad de fallos, que excepcionan por razones de equidad la aplicación de una ley, o que declaran la antijuridicidad de aquellas soluciones normativas que resultan absurdas axiológicamente; así, con respecto a sentencia, el reproche contra las que han dejado de lado bienes jurídicos de relevante jerarquía, comprometidos en el caso basta con pensar en las causas “Saguir y Dib” y “Amante”, vinculadas con la ausencia de ponderación de las exigencias impuestas por el derecho a la vida; o con relación a normas generales, *v. gr.* “Gauna”, donde la Corte destacara que “las leyes son inconstitucionales cuando se apartan manifiestamente del texto de la Constitución, o cuando consagran una inequidad o irrazonabilidad manifiesta”.¹⁸⁴

¹⁸² *Ibidem*, p. 5.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 6.

Del legalismo al constitucionalismo

El derecho decimonónicamente hablando se definía por el legislador, a través de las leyes y sobre éstas no existía ningún control constitucional. Esta realidad europea cambiará en la segunda mitad del siglo XX, mediante la introducción de tribunales que hablaban desde la Constitución, no sólo como un mero legislador negativo, sino hasta modificando y perfeccionando la obra legislativa (sentencias interpretativas, abrogativas, etcétera). Ese reconocimiento de la Constitución como el “*higer law*” que preside al resto del derecho vigente, implica como lo destacan Zagrebelsky o Ferrajoli, más un cambio cualitativo que cuantitativo, lo que configura no sólo un nuevo Estado, sino que conlleva una peculiar concepción del derecho y de su operatividad.¹⁸⁵

Más que programaticidad hoy entendemos que toda la Constitución sin excluir su preámbulo, opera encomendado a jueces el controlar la constitucionalidad de los actos y normas generados por autoridades o particulares, lo que implica la superación del “paradigma paleopositivista del estado legislativo de derecho” (Ferrajoli), un nuevo desafío al positivismo jurídico (Prieto Sanchís), y un programa a desarrollar por toda la comunidad aunque especialmente por políticos y juristas. La constitucionalización del derecho supone que el especialista de una rama del mismo, está interpelado siempre de manera más directa o indirecta por la norma fundamental, y el jurista debe buscar en ella primariamente la respuesta jurídica que necesita, se trata de tomar en serio a la Constitución, inexorablemente por parte de todos los juristas, y en consecuencia promover su vigencia integral forzando a autoridades y ciudadanos a respetarla.¹⁸⁶

La Constitución es un modo de decir el derecho, diferente no sólo porque es otro el sujeto (el constituyente y no ningún poder constituido) el que habla, sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley, en efecto, el constituyente procura hacer algo más que una mera obra jurídica vigente hasta que se derogue, pues él pretende definir las bases y el plano a seguir por parte de la sociedad estableciendo grandes objetivos, valores y límites para que con sentido de permanencia, se vaya completando ese prometedo edificio. Ese nuevo Estado configurado por el imperio de la constitución, implica afirmar la soberanía de la Constitución más que la propia

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸⁶ *Idem*.

soberanía estatal, y promover un constitucionalismo que supere al de corte liberal y se haga social, un constitucionalismo que además de regir en el derecho público alcance al derecho privado, y un constitucionalismo que se extienda a lo internacional.¹⁸⁷

Del normativismo al principalismo

El modelo dogmático entendía y pregonaba que el derecho se expresaba a través de la estructura típica de normas generales, en las que se definían un supuesto de hecho al que se le imputaban ciertas consecuencias jurídicas. El saber de los juristas reducido a esas normas, garantizaba la solvencia de los mismos, dado que luego venía la aplicación fácil y sin problemas a los casos, que inexorablemente se subsumirían en aquellos supuestos fácticos generales.¹⁸⁸

Perelman señala como uno de los signos de la nueva realidad jurídica, que comienza a perfilarse en el periodo inmediato posterior a la segunda guerra, la invocación y presencia creciente de los “principios generales del derecho” en la jurisprudencia. Cada vez más quedará claro que de los “principios” que hablará la doctrina en la etapa post-decimonónica no serán aquellos obtenidos en clave iuspositivista que los sacaba a la luz desde las “normas”, dadas a través de procesos de generalización creciente; y por eso Rojo Sanz destaca que “una mente formada en el positivismo, le atemorice el solo escuchar la palabra principio” y Zagrebelsky concluye que “hoy sería imposible un positivismo de principios”. Insospechadamente Bobbio en la década de los 80 confesará que “los principios generales del derecho, se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho y Prieto Sanchís, habla de una “nueva edad de oro de los principios”.¹⁸⁹

La presencia en el derecho de los principios junto a las normas supone reconocer, que a la hora de establecer si una determinada conducta está prohibida, obligada o permitida, tenemos esos dos tipos de medidas que se aplican de manera diferente (por lo que serían especies de un mismo género), y así los principios ofrecen un campo para la discreción muy superior que el de las normas, pues ellos no se aplican a todo o nada (*all-or-*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁸⁹ *Idem*.

nothing-fashion) en tanto no definen los supuestos ni tampoco las consecuencias de su aplicación, y se limitan a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección (*Pound*). Los principios son derecho concentrado, y consiguientemente, cuentan con capacidad para expresarse en normas diversas a las que podrán explicar, justificar y controlar. Esa indefinición de los supuestos en los principios, conspira contra su uso directo en la lógica; y su contenido axiológico explícito o implícito exige el recurso de filosofía práctica para su inteligibilidad.¹⁹⁰

Kelsen en el derecho continental se mantendrá fiel a aquella visión normativista, e incluso en su obra póstuma “Allgemeine Theorie de Normen” (1978), polemizando en su capítulo 28 con Esser, rechazará la pretensión de incluir principios en el derecho, en tanto supondría la epistemológicamente inaceptable presencia de la moral en el derecho, otra polémica decisiva y trascendente que se desarrolla en el mundo anglosajón es entre Hart, quien seguirá definiendo al derecho como “system or rules”, y su sucesor en la cátedra en Oxford, Ronald Dworkin, quien levantará la bandera de los principios (principles), para atacar aquel modelo iuspositivista y normativista. Otra cita forzosa a la hora de hablar de los principios es la de Alexy, quien los define como “mandatos de optimización”, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas (o reglas) son mandatos definitivos, en tanto requieren una conducta determinada o definida que agota el cumplimiento pleno de las mismas.¹⁹¹

Los principios jurídicos diferenciados de la ley y controlándola, tienen proyección en toda la teoría jurídica, pero fundamentalmente ponen en crisis al modelo dogmático y su teoría de la interpretación. Pensemos y ejemplifiquemos simplemente la inviabilidad de los métodos savignyanos, si debemos operar con el principio de buena fe, o el “indubio pro operario” o el de “equidad”, y advirtamos también que la determinación de la respuesta correcta en relación a sus supuestos y fácticos y consecuencias jurídicas, exige mucho más que los “seres inanimados” de Montesquieu. Un capítulo importante de la presencia operativa de los principios, refiere a la posibilidad de distinguir diferentes tipos de principios y el referido a las tensiones entre ellos; habiéndose elaborado al respecto distintas propuestas, como la que recurre a la jerarquía, al balanceo concreto o a la

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹¹ *Idem*.

definición de su contenido esencial (así esta teoría niega enfrentamiento de los principios).¹⁹²

Referencia individual a la obra de Vigo

En la obra de Vigo podemos encontrar muy importantes ilustraciones, como cuando se refiere al modelo decimonónico, para ello explica que este modelo acuñó como una estructura típica de la norma a un determinado “supuesto o hipótesis fáctica”, a la cual se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos, que dicha visión normativista sería desarrollada por importantes autores como Kelsen y Hart, asimismo que dentro de la teoría positivista los principios tolerados, eran aquellos derivados de las normas positivas y en consecuencia no entraban en conflicto con ellas.

Para dicho autor, recurrir a los principios significa acudir a un derecho concentrado que tiene indefinidos, tanto la hipótesis como sus consecuencias, por ejemplo, el principio de buena fe, el cual puede encuadrar perfectamente en las relaciones entre Estados; en el campo laboral, el trámite procesal, o el cumplimiento de los contratos, etcétera.

Vigo destaca que en el rechazo de Kelsen a los principios, esencialmente se daba porque la introducción de éstos en el campo del derecho, importaba la entrada de la moral y los valores precisamente en el derecho y con ello se presentaba la imposibilidad de un saber verdaderamente jurídico, riguroso y científico.

Además también nos expresa que dentro del modelo decimonónico el derecho era definido por el legislador, a través de las leyes y sobre éstas no existía ningún control constitucional, lo cual fue modificado a partir de la introducción del Tribunal Constitucional en la segunda mitad del siglo XX en Europa, con la consideración fundamental de que el derecho emanado de la Constitución era un derecho superior.

Desde su punto de vista, la Constitución es un modo de decir el derecho diferente, no sólo porque es otro el sujeto (poder constituyente) el que habla, sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley; así un estado configurado en el imperio de la Constitución, implica una afirmación más allá que la propia soberanía estatal.

Para él, los principios jurídicos son por así decirlo “envolventes”, pues tienen una proyección sobre toda la teoría jurídica pero de manera funda-

¹⁹² *Ibidem*, p. 36.

mental, ponen crisis al modelo dogmático y su teoría de la interpretación. Así también, con sustento en el balanceo o a la jerarquización de los principios, existe una casi nula confrontación entre los principios.

Uno de los puntos más sobresalientes de la obra de Vigo, es el esfuerzo histórico por ilustrar la gestación de los principios, el paso del normativismo al principialismo para utilizar sus propias palabras.

Jaime Cárdenas¹⁹³

Las reglas y los principios

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso, sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).
- b) Muchas son metanormas o normas de segundo grado, que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
- c) Los principios poseen —cuando son formulados— una formulación categórica.

La estructura lógica de los principios, se distingue de las reglas porque no hay hecho condicionante. Los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones *prima facie*, que puede ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios.

*Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:*¹⁹⁴

Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores ético políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación. Ejemplos, el principio de constitucionalidad, el principio de igualdad, de soberanía popular, de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el de certeza, etcétera.

¹⁹³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como Derecho*, publicado por la UNAM, Primera Edición 2005, p. 112.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 113.

Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo, principio del “*favor rei*”, y principio “*in dubio pro operario*”, etcétera).

Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).

Principios sin ulteriores especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.

La crítica a los principios

La estructura normativa de los principios ha despertado críticas, para Kelsen los principios resultan indeseables, pues abren las puertas al decisionismo judicial. En el mundo europeo continental se destacó en el pasado, como ya se dijo, la vaguedad de los principios y el uso político que de los mismos podrían hacer los tribunales.¹⁹⁵

La crítica más fuerte a los principios no está tanto en su vaguedad, o en la multiplicidad de tipologías que sobre los principios existen. La crítica más fuerte tiene que ver con un aspecto central de la teoría del derecho, esto es, con el problema de la conexión entre derecho y moral y su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.¹⁹⁶

La obra de Dworkin que se centra en la existencia de una única solución correcta en los casos difíciles, está comprometida con una crítica a la discrecionalidad judicial, a la retroactividad en la aplicación del derecho, y con una visión respetuosa de la separación de poderes. El juez Hércules, ante el caso difícil, consulta el *ethos* del ordenamiento, y encuentra el principio que ha de ser el que mejor explique y justifique la decisión judicial. En cada sentencia, el juez Hércules desarrolla una teoría adecuada y coherente para encontrar la solución correcta.¹⁹⁷

La búsqueda del principio jurídico en el *ethos* del ordenamiento jurídico implica asumir los presupuestos morales del sistema jurídico. El jurista debe ser capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obligado por ellos. Las reglas jurídicas constituyen la punta de un iceberg, la expresión

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 114.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

¹⁹⁷ *Idem*.

institucionalizada pero parcial de un sistema normativo más complejo, vasto y profundo.¹⁹⁸

La adopción de ese punto de vista interno conecta el derecho con la moral. Sin embargo, la adopción del punto de vista interno por el juez y el funcionario no implica que esa conexión se traslade al ciudadano. En otras palabras, el ciudadano no está obligado a obedecer, en un sentido fuerte, al derecho. Autores como Prieto Sanchís prefieren una visión intermedia, débil o moderadamente interna del derecho a fin de que sea posible la crítica al derecho. El esquema más adecuado es, por ejemplo, el de Ferrajoli, que acentúa por un lado la posibilidad para el funcionario y juez de la crítica interna a su ordenamiento, y por otro, abre de la manera más amplia la crítica al derecho desde un punto de vista externo.¹⁹⁹

*Los principios y el nuevo paradigma del derecho*²⁰⁰

Los principios son clave para entender, por una parte, el paso del Estado de derecho al Estado constitucional; la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico; la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho; la asunción de una textura siempre abierta en el derecho; la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico; y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral, sin los complejos de las visiones paleopositivistas.

El Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de derecho. Hoy es, ante todo, un Estado constitucional. La Constitución no sólo es la norma superior sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo “quién” y “cómo” se manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales. La Constitución establece el coto vedado por donde nadie, ni aún las mayorías electas democráticamente, pueden aventurarse.²⁰¹

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esa prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias, obliga a todas

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 115.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 116.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ *Idem*.

las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo, por supuesto, a los intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados, se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella.²⁰²

En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado la ley a favor de la interpretación:

Primero, el derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuesta a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias. Segundo, el derecho no tiene como pretende, un carácter sistemático o coherente, lo que de nuevo deja en manos del juez la respuesta ante el caso concreto. Tercero, el derecho no puede quedar encorsetado en la Ley del Estado, pues existen fuentes sociales que compiten con ella y que han de ser también ponderadas por el intérprete. Cuarto, la letra de la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras los enunciados late un fin o interés social, que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Por último, la comprensión de los enunciados jurídicos no es, en ningún caso, una tarea simplemente receptiva, pasiva o mecánica, sino que requiere una especial actitud hermenéutica donde la sociedad y la cultura recrean o renuevan el texto mudo de la ley.²⁰³

Los principios también modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, incluyendo los elementos morales, o sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa al monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y de orígenes normativos.²⁰⁴

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden

²⁰² *Ibidem*, p. 119.

²⁰³ *Ibidem*, p. 120.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 121.

precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos.²⁰⁵

El peso que la teoría del derecho concede hoy en día al juez y a la interpretación guiada por principios, produce un modelo de derecho, un modelo argumentativo que supera los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho. El modelo tradicional formal de normas centra el análisis en elementos dados por la ley, que no son capaces de dar noticia de la complejidad e integridad del derecho. Éste no es sólo norma u ordenamiento, es también argumentación. Es decir, los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho, que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, descuidando la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas, al grado que en las facultades de derecho estos aspectos dinámicos, la vida del derecho, a través del conocimiento y análisis de las decisiones, no es objeto de estudio formal.²⁰⁶

Referencia individual a la obra de Jaime Cárdenas

Este autor agrupa los estudios de diversos juristas-filósofos del derecho, quienes han escrito con profundidad acerca de los principios.

Al destacar una de las críticas formulada a la teoría principialista señalada por Kelsen sobre la apertura al "decisionismo judicial", y que el problema más fuerte o crítica a los principios, está en la conexión del derecho con la moral.

También nos comenta que los principios son una de las claves para entender el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional, la asunción de una textura siempre abierta del derecho, el estado ya no debe ser ante

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 122.

todo un estado de derecho sino un estado constitucional, la constitución obliga a todos.

Para este autor, el peso de la teoría del derecho concede hoy en día al juez y a la interpretación guiada por los principios, un modelo de derecho, y un modelo argumentativo que supera a los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas.

La obra de Cárdenas es utilitaria porque concentra los estudios de varios autores importantes sobre el tema de los principios.

Gustavo Zagrebelsky

Derecho por reglas y derecho por principios

Para Zagrebelsky, “Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera”.

Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo, es importante diferenciar lo que podría denominarse “regla” de lo que podría, por el contrario, denominarse “principio”.²⁰⁷

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley.²⁰⁸

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso, determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez, en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio.²⁰⁹

²⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho Dúctil”, *Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Editada por Trotta, Quinta Edición 2003, p. 109.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 110.

²⁰⁹ *Idem*.

¿Cuáles son las diferencias entre reglas y principios?

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.²¹⁰

Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento”, que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica, que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo.²¹¹

Así pues —por lo que aquí interesa—, la distinción esencial parece ser la siguiente, las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, no dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, que *a priori* aparecen indeterminadas.

Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa, hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.²¹²

Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas, no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionará el hecho y nos darían la

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ *Idem*.

²¹² *Ibidem*, p. 111.

respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos, para la aplicación de reglas normativas, el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma.²¹³

La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” en el sentido indicado es una hipótesis, que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina.

Principios constitucionales y política

Los principios constitucionales carecen de supuesto de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la subsunción en el supuesto de hecho”), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término “aplicación”.²¹⁴

Al contrario, es preciso darse cuenta de que el “derecho por reglas” del Estado de derecho decimonónico, era algo cualitativamente distinto al “derecho por principios”, del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho, tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción.²¹⁵

Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad”. Dichas normas tendrían “una importancia exclusivamente política y virtual. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente”.²¹⁶

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Ibidem*, p. 112.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

Derecho positivo o derecho natural

Los principios constitucionales, con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia —es decir, a los temas que durante siglos habían sido el caballo de batalla de las diversas versiones del derecho natural—, parecían constituir una trampa particularmente peligrosa para la autoridad de la ley, en cuanto alguien decidiera tomarlos en serio y, bajándolos de las nubes de las meras declaraciones, intentara extraer de ellos alguna consecuencia concreta para el derecho. Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aún cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural.²¹⁷

En los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común, dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos. Aunque en el proceder de las asambleas constituyentes no falten, claro está, los acentos partidistas, los principios de las constituciones pluralistas, para posibilitar un pacto común en el que cada parte pueda reconocerse (y en vista del cual esté dispuesta a renunciar a algo de sí y a reconocer algo de los otros), se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural. La confirmación política de la naturaleza de estas normas está en el hecho de que, por lo general, las Constituciones se aprueban, si no por unanimidad, al menos por amplísima mayoría. En suma, para volver a nuestro tema, se podría incluso decir que las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico-concreto, de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural. Con fundamento teológico ni racionalista.²¹⁸

Así pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es de derecho natural, sino más bien, la manifestación más alta de derecho positivo. Sin embargo, dado que el derecho constitucional se presenta no como voluntad de una parte que se impone sobre la otra, sino como expresión de un equilibrio objetivo, en el sentido arriba indicado, la relación entre ley (incluida la ley constitucional) y Constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural. El estilo, el modo de argumentar “en derecho consti-

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ *Ibidem*, p. 115.

tucional” se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar “en derecho natural”, como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los Tribunales constitucionales.²¹⁹

En los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas y iusnaturalistas. No es difícil comprender que justamente sobre los (y, por consiguiente, sobre las declaraciones de los derechos y de la justicia), las grandes concepciones del pensamiento jurídico contemporáneo, hayan podido encontrar compromisos satisfactorios en su conjunto. Y se comprende también que la cuestión de las Constituciones contemporáneas se abre al derecho natural o si, por el contrario, es posible su total comprensión sobre la base de las categorías del iuspositivismo, sea un problema todavía sin resolver y probablemente irresoluble mientras se apoye sobre un rígido aut-aut.²²⁰

El doble alcance normativo de los principios

Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas, no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida.²²¹

Se señala, por ejemplo, que no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva; que no todos los casos que requieren una regulación jurídica encuentran siempre la regla adecuada, o que frecuentemente —y mucho más en los caóticos ordenamientos jurídicos de la época actual—, se producen “colisiones” entre los contenidos de las normas jurídicas (reglas contra reglas, o reglas contra principios), no siempre fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de “antinomias”, que los propios ordenamientos prevén (prevalencia de la norma más reciente, de mayor grado, más especial, etc.).

En estos casos —para superar las dudas interpretativas, colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles—, entrarían en

²¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ *Ibidem*, p. 117.

acción los principios del derecho, con su fuerza directiva tanto más vinculante en cuanto vengán recogidos en la Constitución.²²²

Concebidos como perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, los principios desempeñan una función en la práctica del derecho. Sin embargo, esta concepción no sólo es parcial, como se dirá de inmediato, sino que encierra además la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido —los principios—, una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor —las reglas—.

Sin embargo, si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros, a una mera función accesoria de las segundas.

Los principios —ya se ha dicho— no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una “toma de posición” conforme con sus *ethos* en todas las no precisadas, predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una “cuestión de principio”. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.²²³

La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídico—, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias.

El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.²²⁴

²²² *Idem*.

²²³ *Ibidem*, p. 118.

²²⁴ *Idem*.

Referencia individual a la obra de Zagrebelsky

Cuando describe el concepto "norma" se refiere a que algo debe ser o producirse, a una determinada forma de comportamiento; dentro de sus exposiciones señala que si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, luego, las normas legislativas son preferentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre los derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, en su concepto, distinguir entre reglas y principios es distinguir a la Constitución de la ley.

Sobre algunas de las diferencias entre normas y principios, apunta las siguientes, los principios desempeñan un papel constitucional del orden jurídico, en cambio, las normas aunque estén inscritas en la Constitución no dejan de ser una especie de leyes *reforzadas*. Las reglas se agotan a sí mismas, pues no poseen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

La distinción más importante puede provenir del distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a las reglas y principios, sólo a las reglas se aplican los variados métodos de interpretación jurídica, que tiene siempre por objeto el "lenguaje de legislador", en las formulaciones de principios existe poca materia para interpretar de este modo.

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios no nos dicen en forma directa nada a este respecto, pero proporcionan criterios para tomar una posición ante situaciones concretas que inicialmente parecen indeterminadas.

Para Zagrebelsky, si las reglas pueden ser aplicadas y observadas de una manera mecánica y pasiva, o si el derecho estuviera únicamente compuesto de reglas, no sería insensato pensar en la aplicación mecánica de la ley, por medio de autómatas pensantes a quienes se proporcionaría el hecho e inmediatamente de forma automática indicarían la respuesta. Así, en cambio, los principios carecen de un supuesto de hecho y por lo tanto no es posible su utilización en la operación lógico-jurídica (de la subsunción).

En su opinión cuando nos referimos al término principio, "con su apertura a los derechos del hombre y los grandes principios de justicia dentro del derecho natural, sobre los conceptos de textura abierta", constituyen

una trampa muy peligrosa para la autoridad de la ley en cuanto alguien decidiera tomarlos en serio.

De este modo, al momento de crearse la Constitución, los constituyentes tuvieron un objetivo común, dictar principios que estando por encima de los intereses particulares de cada uno, hicieran permisible la convivencia de todos; la Constitución no es simplemente de derecho natural, más bien es la manifestación más alta de derecho positivo.

De acuerdo con los señalamientos de Zagrebelsky, me parece que proporciona puntos de vista "bastante certeros", los cuales permiten hacer una distinción más llana entre lo que debe entenderse por una norma como regla, y entre una norma como principio; y bajo este entendimiento, que, las normas representadas simplemente por el texto de la ley, constituyen una serie de mandatos sobre la conducta de los hombres, las cuales precisan de manera categórica lo que se puede hacer o no hacer, y como de antemano se conoce la hipótesis jurídica comprendida en ellas, así como su sanción, entonces, resulta meridianamente fácil encontrar la solución mediante la operación de subsunción.

Tal forma de proceder no corresponde a los principios de manera absoluta, pues siendo éstos el derecho vivificado en la Constitución, que no define ni hipótesis ni consecuencias plenamente identificadas, corresponde al intérprete u operador del derecho la búsqueda de su exacta dimensión, así como explica el autor en comentario, cuando la realidad se pone en contacto con un principio, se vivifica y adquiere un verdadero valor, en suma, me parece una de las opiniones más destacadas y con mucha claridad, al igual que las ideas de Dworkin y Alexy.

En suma, las ideas de Zagrebelsky constituyen una opinión bastante "fina" sobre la propia forma de concebir el derecho.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Desarrollados por primera vez en Alemania en un congreso de profesores de derecho del Estado en 1961, se han convertido casi en un canon.²²⁵

²²⁵ HABERLE, Peter, "Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor coordinador, Tomo IV, Editorial Porrúa, México 2003, p. 3477.

El principio de la unidad de la Constitución

Con ello se quiere significar una visión integral de los principios constitucionales en lo individual (por ejemplo, en la jurisprudencia del TFCA, E 1, 14 (32); 49, 24 (56). Así, por ejemplo, en la LF hay que considerar en conjunto el Estado de derecho y el Estado social, las normas sobre derechos fundamentales y sobre competencias.²²⁶

El principio de la concordancia práctica

El principio de la concordancia práctica (K. Hesse), o de la compensación menos gravosa para ambas partes (P. Lerche), en caso de conflicto, por ejemplo, entre los derechos fundamentales y la funcionalidad de relaciones de *status* especial (como las fuerzas armadas, la pena de prisión o el funcionariado profesional), la LF debe otorgar una vigencia óptima a ambos valores constitucionales; ambos bienes tienen que ser limitados.²²⁷

El principio de la interpretación conforme a la Constitución

De acuerdo con este principio, una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en armonía con la LF (BVEFG 2, 266 (282), jurisprudencia constante, por último E. 90, 263 (274 y s.), así como E93, 37 (81)).²²⁸

La interpretación constitucional conforme a la Constitución, tiene su base en dos principios establecidos en la jurisprudencia norteamericana, es decir, que todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the constitution*, a lo que debe agregarse la regla que ha seguido la Corte Suprema Federal, sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con la cual, una norma general no debe declararse inválida, aún cuando lo sea con efectos particulares, como ocurre con el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la declaración produce efectos generales, de acuerdo con el modelo europeo.²²⁹

²²⁶ *Ibidem*, p. 3478.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Lineamientos Esenciales de la Interpretación Constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional* Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 3393.

En el caso Italiano, la interpretación conforme a la constitución, es entendida como una "obligación" o carga impuesta al juez, antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad.²³⁰

Las sentencias interpretativas o de interpretación conforme a la constitución, se fundan en la distinción realizada por la jurisprudencia Italiana entre enunciado normativo o texto normativo y la norma que es aquella que deriva del texto vía interpretación constitucional.²³¹

Los Tribunales Constitucionales para atenuar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, lo que puede producir importantes desajustes del sistema institucional, han desarrollado una modalidad de sentencias denominada de *interpretación conforme* a la Constitución, la que evita declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando pueden tener en algún sentido una interpretación armonizable con el texto constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución, ello es posible gracias a la distinción entre el enunciado normativo y la norma que se deriva del mismo vía interpretación constitucional. Este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución, buscan respetar hasta donde sea posible el principio de conservación de las normas.²³²

El principio de la interpretación favorable

En opinión de Haberle, ya hay que "canonizar" también, como principio de la interpretación constitucional, la idea de la interpretación favorable a Europa y al derecho internacional; aquí corresponde el postulado de la interpretación favorable a los derechos humanos de la LF.²³³

El principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia, en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de

²³⁰ DE LA VEGA, Augusto Martín, *La Sentencia Constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 208.

²³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 2, julio a diciembre 2004, Editorial Porrúa, p. 88.

²³² *Ibidem*, p. 89.

²³³ HABERLE, Peter, *Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional*. *op. cit.*, p. 3478.

control de constitucionalidad, que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.²³⁴ En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²³⁵

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que, la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.²³⁶

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos, un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie*, se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie*, el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho a perpetrar un homicidio.²³⁷ Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de libertad.²³⁸

El principio de proporcionalidad, se forma a su vez, por tres sub-principios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²³⁹

a) El subprincipio de idoneidad.

El subprincipio de idoneidad expresa la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible

²³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tercera Edición, Madrid, 2007, p. 41.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. op. cit, p. 133.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 133 y 134.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficentia Et Perita Iuris, Madrid, 2004, p. 38.

de acuerdo con las posibilidades fácticas. La idea tiene muy poco que ver con “un punto máximo”.²⁴⁰

b) El subprincipio de necesidad.

Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado.²⁴¹

c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio, según lo explica Alexy, es idéntico a la ley de ponderación.²⁴²

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

El principio de proporcionalidad como principio general de derecho

La caracterización jurídica del principio de proporcionalidad como un principio general del derecho, no aparece como una novedad en el derecho español. En tiempos anteriores a la Constitución, E. García de Enterría ya le había atribuido dicho *status* en sus trabajos sobre la interdicción de la arbitrariedad y los principios generales del derecho.²⁴³ Dicha idea se encuentra en consonancia con algunas consideraciones del propio Tribunal Constitucional. Así en la sentencia STC 62/1982 el Alto Tribunal definió el principio de proporcionalidad como “el principio general del derecho, formulado como concepto jurídico indeterminado. Con posterioridad, en la STC 85/1992 este principio fue individualizado como un “principio inherente al Estado de derecho”. Más recientemente en la STC 50/1995, el tribunal lo caracterizó como “un principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad”, opuesto a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos (art.9 CE), y que se ha extrapolado al Derecho Constitucional Español, desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud del mandato contenido en el artículo 10.2 CE.²⁴⁴

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 39.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

²⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, op. cit, pp. 48 y 49.

²⁴³ *Ibidem*, p. 508.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 510.

Esta caracterización del principio de proporcionalidad tiene dos destacables méritos. En primer lugar, conviene recordar que mediante la expresión “principios generales del derecho” se suele hacer referencia a algunos elementos —unos principios—, que forman parte del ordenamiento jurídico, independientemente de que aparezcan tipificados o no en las disposiciones del derecho positivo. Los principios generales del derecho son piezas del orden jurídico, como ha escrito Crisafulli, bien sean ellos explícitos o implícitos.²⁴⁵

Dicho de otro modo, la consideración de la proporcionalidad como un principio general de derecho, constituye una vía relativamente oportuna para afirmar el carácter jurídico de este principio, a pesar de no estar consagrado en un texto constitucional.

El principio de proporcionalidad como límite de los límites a los derechos fundamentales

De acuerdo con un segundo intento de explicación del *status* jurídico y conceptual del principio de proporcionalidad, éste debe ser definido como un límite de los límites a los derechos fundamentales. Las restricciones a la libertad, deben ser a su vez limitadas, lo cual constituye uno de los ejes estructurales del pensamiento político liberal.²⁴⁶ Esta idea se introdujo en el Derecho Constitucional del estado moderno, en donde pronto se aceptó la necesidad de desarrollar, en conceptos calidad de conceptos de la dogmática, un conjunto de barreras tendientes a acotar el ámbito en que las limitaciones, que el poder público impone a los derechos fundamentales podían incidir. La intención de configurar dogmáticamente unos límites de los límites a las libertades, subyace al pensamiento de algunos de los más representativos precursores del derecho público Alemán.²⁴⁷

Esta explicación del *status* del principio de proporcionalidad ha sido pregonada en España, con nitidez por M. Medina Guerrero. De acuerdo con este autor, los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo detallado de mandatos y prohibiciones, destinados a regular la acción política del parlamento. Por

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 522.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 525.

el contrario, el legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos, para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política. Sin embargo, como quiera que el ejercicio de esa libertad pueda implicar la limitación o la restricción de los derechos fundamentales, la actividad legislativa debe estar a su vez enmarcada dentro de unos límites.²⁴⁸

Esta visión, de alguna manera coincide con la posición compartida de los juristas alemanes.

Diversos autores germanos la han definido y han intentado elucidar el significado de la expresión “límite de los límites”. F. Schhapp, por ejemplo ha preconizado la opinión de que el principio de proporcionalidad debe definirse básicamente, como un límite para las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. De manera similar A. Bleckmann ha sostenido que la expresión “límites de los límites”, se refiere en concreto a los presupuestos materiales y procesales, que toda intervención en los derechos fundamentales debe observar. De acuerdo con Bleckman, uno de estos presupuestos indeclinables es el principio de proporcionalidad.²⁴⁹

El principio de igualdad

Este principio representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo, que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez este deber se concreta en cuatro mandatos,²⁵⁰

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas.
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento común.
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 525.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 526.

²⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, op. cit. p. 257.

4. Un mandato de trato similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).²⁵¹

De los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen generar problemas interpretativos. Ellos se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, los mandatos tercero y cuarto se sitúan en el ojo del huracán; conforman el universo de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer sobre las diferencias, y justifican un trato paritario, o si ocurre lo contrario, es decir que las diferencias deban primar sobre las similitudes y exijan un trato diferenciado.²⁵²

El debido proceso como principio

En la tradición occidental, de corte judeo-cristiana sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas, como por ejemplo, la celeberrima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra,²⁵³ en donde ya aparecen los principios del juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción, y los principios de justicia, legalidad y equidad, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el antiguo testamento, y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al predominio de los principios de legalidad, intermediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia.²⁵⁴

El debido proceso ha adquirido el carácter de un derecho fundamental del Estado democrático; sobre él, existe una tesis que lo fundamenta como de un doble carácter, como derecho fundamental autónomo y como garantía o derecho de fundamental indirecto.

A su vez, el principio del debido proceso legal, se subdivide, entre otros, en el principio de legalidad; y el principio de presunción de inocencia.

²⁵¹ *Idem.*

²⁵² *Ibidem*, p. 258.

²⁵³ *Ibidem*, p. 333.

²⁵⁴ *Idem.*

Como Derecho Autónomo

El debido proceso debe ser un derecho fundamental, en el sentido de que es el correlativo subjetivo institucional del principio del discurso. En este sentido, el derecho fundamental del debido proceso protege las facultades del individuo, para participar en los procedimientos del Estado Constitucional Democrático y el ejercicio, dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse.²⁵⁵

Como derecho fundamental indirecto o garantía

En segundo lugar, el debido proceso debe ser un derecho fundamental, porque es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado Democrático. El respeto a los debidos procesos garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales.

El objeto del debido proceso

El derecho fundamental del debido proceso es un derecho complejo, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en la Constitución en diversas reglas y principios. El debido proceso, asegura a la persona sometida a cualquier proceso, "una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho."²⁵⁶

El sub-principio de legalidad

La consagración constitucional del principio de legalidad se refiere específicamente al ámbito penal, que, como es bien sabido, es el espectro en el que conoció sus orígenes dentro del Estado de Derecho, aunque luego se amplió a otros múltiples terrenos, señaladamente aquellos que tienen un carácter sancionatorio.

²⁵⁵ DÍAZ REVORIO, Franciso Javier, *Valores Superiores e Interpretación...*, op. cit. p. 258.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 352.

El principio de legalidad tiene dos dimensiones; una formal y otra material.²⁵⁷ En su dimensión material, relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, este principio exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos, que eventualmente las infrinjan deben aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie. En este sentido el principio de legalidad establece una reserva de ley para las prohibiciones, las penas y las sanciones. En su dimensión formal, en cambio, el principio de legalidad establece que las actuaciones procesales de la jurisdicción, deben estar previstas en una ley anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo. Dicho de otra manera, las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial, debe ajustarse por entero a dichas prescripciones.²⁵⁸

El subprincipio de presunción de inocencia

Es otro de los principios integrantes del “debido proceso”, de conformidad con esa presunción, el sujeto a quien posiblemente deba imponérsele una sanción se presume inocente, a menos que existan pruebas fehacientes que demuestren lo contrario.²⁵⁹

La presunción consiste en un juicio del constituyente o del legislador, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. De esta manera, la presunción de inocencia impone la carga de la prueba a quien acusa, señaladamente a los órganos estatales que cumplen esta función.²⁶⁰

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* o legal, es decir, no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden dar con ella al traste. Sin embargo, sólo puede quedar desvirtuada definitivamente cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 358.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 366.

²⁶⁰ *Idem*.

El principio de legalidad

En México, el principio de legalidad, implica que todo acto de autoridad que afecte a un gobernado, debe tener su apoyo estricto en una norma legal (en sentido material), la que, a su vez, debe estar emitida de conformidad con la Constitución. De esta manera, se limita el poder de la autoridad para impedir que abuse de él, ya que sólo podrá actuar cuando y cómo la ley lo autorice.²⁶¹

En opinión de Hallivis, sin pretender hacer una relación histórica del principio de legalidad, éste se encuentra inspirado en el “debido proceso legal” de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, con algunas reminiscencias de la antigua audiencia judicial hispánica y se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano; asimismo que en palabras de Gabino Fraga “al actuar, las autoridades no sólo deben sujetarse al ordenamiento jurídico que resulte pertinente, sino que el principio de legalidad tiene un alcance mayor, la Ley debe haberse creado por el poder que constitucionalmente está facultado para ello, siguiendo los procedimientos de creación que establecen las leyes”.

Principio de Legalidad Tributaria

Este principio establece que las contribuciones deben estar establecidas en Ley, lo que los autores en la materia han enunciado mediante un aforismo adoptado por analogía del Derecho Penal, “*nullum tributum sine lege*”, que significa que no hay tributo sin ley. Es decir, que es la ley la única que puede establecer tanto las contribuciones como sus elementos esenciales, con lo que se da vida a la idea de certeza en el tributo, ya que sin ley tributaria no hay obligación de contribuir al gasto público.²⁶²

La legalidad tributaria es una garantía esencial, según la cual no sólo se requiere que todo gravamen sea sancionado por una ley material y formalmente entendida, que emane del Poder Legislativo y conforme al procedimiento que la propia Constitución contemple para su formulación, sino que es preciso el que se ostenten con claridad y certeza todos los elementos del tributo, para que, de esta manera, el gobernado tenga certeza jurídica respecto de su obligación constitucional de contribuir al gasto público.

²⁶¹ HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Tratado de Derecho Fiscal y Administración Tributaria de México*, Tax, Editores Unidos, S. A. de C. V., México, Primera Edición 2000, p. 109.

²⁶² *Ibidem*, p. 117.

Según Villegas, este principio se basa en la necesidad de proteger la propiedad de los contribuyentes, ya que los gravámenes significan restricciones a la misma, por virtud de los cuales se sustrae parte del patrimonio de los particulares en favor del Estado y "...ello no es legítimo si no se obtiene por decisión de los órganos representativos de la soberanía popular".²⁶³

De esta manera, con el alcance y fundamento del principio de legalidad tributaria mencionados, podemos afirmar que el mismo da vida plena a la seguridad jurídica en materia tributaria y constituye un límite constitucional a la acción de la Administración Tributaria. Es evidente que este principio protege al gobernado de abusos de la autoridad administrativa, al determinar la obligación de que todo tributo (en sus elementos esenciales), debe ser establecido por una Ley, la cual, a su vez, debe ser expedida conforme a los procedimientos de formación de leyes establecidos por la propia Constitución.²⁶⁴

Principio de Proporcionalidad

Esta garantía radica, en que las contribuciones deben impactar a cada sujeto pasivo en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos, de tal manera que los contribuyentes que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos.²⁶⁵

Por lo que respecta específicamente a proporcionalidad, su definición etimológica nos dice que viene de *proportionálitas*, átis proporción, que a su vez proviene de *proportionális*, proporción y, a su vez de *proportio proportionis*, que significa proporción, relación, respecto de una cosa a otra. *Portio* quiere decir porción, pedazo.

Proporcionalidad, entonces, significa, [p]erteneciente a la proporción o que la incluye en sí... [d]ícese del nombre o del adjetivo numeral que expresa cuántas veces una cantidad contiene en sí otra inferior. Proporcionalmente quiere decir en proporción y proporción significa [d]isposición,

²⁶³ *Ibidem*, p. 118.

²⁶⁴ *Idem*.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 120.

conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.²⁶⁶

Principio de Equidad

Equitativo es sinónimo de justo; por ello, para iniciar la discusión del tema de equidad, requerimos recordar la definición de Ulpiano de lo que es Justicia, "la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo", que en materia tributaria cobra especial significación, desde el momento en que el Estado, en el primer momento de su actividad financiera, obtiene ingresos, entre otros, de los particulares, para allegarse de los recursos necesarios para cumplir con sus fines. Así, en nuestra materia, cuando se habla de igualdad y de justicia, esos conceptos pretenden, e implican, un trato igual a iguales y desigual a desiguales, implicando que al mismo nivel de ingresos o por la realización del mismo hecho generador, el impacto en el sujeto pasivo sea exactamente el mismo.²⁶⁷

Resultaría injusto pretender que los menos favorecidos tributen de igual forma y en igual medida que los que lo están más. Menos aún podemos pensar en que se impongan gravámenes, por insignificantes que sean, a los mínimos de subsistencia, sería como decía Einaudi, como comentaremos, empobrecerlos más. Aristóteles "...ha dejado establecido que "nadie es igual a nadie" y por consiguiente, el gran filósofo concluye que sería injusto tratar igualmente a quienes son desiguales o desigualmente a quienes son iguales". Es por ello que el requisito de "equidad" que establece el artículo 31 fracción IV de nuestra Constitución para los tributos es definitivamente acertado.

Desde el punto de vista etimológico, el término "equidad" viene de *aequitas*, *aequum*, teniendo como sinónimo latino, *rectum*, *justum*. *Aequitas*, *Aequus* significa igual, entonces Equidad significa, igualdad, justicia, rectitud. Su definición española nos dice que significa "Igualdad de ánimo"; 2. Bondadosa templanza habitual... 3. Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva. Equitativo, "...significa que el impacto del tributo sea el mismo para todos los comprendidos en la misma situación". En otras palabras, tratándose de impuestos a la renta, que en cada *nivel de ingresos*

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 123.

el impacto del tributo sea el mismo y tratándose de impuestos al consumo, que los consumos del mismo tipo generen la misma tributación.²⁶⁸

Principio de destino al gasto público

Este principio es muy fácil de expresar, no significa otra cosa, sino que el producto de los gravámenes debe destinarse a cubrir el presupuesto. Lo difícil les corresponde a los estudiosos de la materia presupuestaria, lograr que exista una óptima asignación y un adecuado aprovechamiento de esos recursos.²⁶⁹

La Suprema Corte ha definido en su tesis 541, que "...para la validez constitucional de un impuesto se requiere la satisfacción de tres requisitos fundamentales, primero, que sea proporcional; segundo, que sea equitativo, y tercero, que se destine al pago de los gastos públicos. Si falta alguno de estos requisitos, necesariamente el impuesto será contrario a lo estipulado por la Constitución, ya que ésta no concedió una facultad omnimoda para establecer las exacciones que, a juicio del Estado, fueren convenientes, sino una facultad limitada por esos tres requisitos".²⁷⁰

Este criterio, nos lleva a la necesidad de saber qué es gasto público, para lo cual acudimos a la definición tal vez más utilizada, citada por el maestro De la Garza, en la que se establece que el "[g]asto público doctrinaria y constitucionalmente, tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo; y es y será siempre gasto público, que el importe de lo recaudado por la Federación... se destine a la satisfacción de las atribuciones del Estado relacionadas con las necesidades colectivas o sociales o los servicios públicos..." En este sentido, el principio que nos ocupa se refiere a que los impuestos deben destinarse al gasto público para ser válidos.²⁷¹

Principio de Justicia o de Proporcionalidad

Sobre este principio, Adam Smith, sostenía:

Los vasallos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del Gobierno a proporción de sus respectivas facultades, en cuanto sea posible esta regulación, esto es, a proporción de las rentas o haberes de que gozan bajo la protección de aquel

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 124.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 126.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 127.

²⁷¹ *Idem*.

Estado. Las expensas del Gobierno, con respecto a los individuos de una nación, vienen a ser como los gastos del manejo de una gran hacienda, con respecto a sus varios colonos, los cuales sin excepción están obligados a contribuir, a proporción de sus respectivos intereses, al cultivo de aquel predio. En la observancia o en la omisión de esta máxima consiste lo que llamamos igualdad o desigualdad de imposición. Es necesario tener presente, para todo género de contribución, que cualquier tributo que viene finalmente a pagarse por una sola de aquellas tres fuentes originarias de toda renta, de que hemos hablado más arriba, es esencialmente desigual en toda aquella, parte que deja de obrar sobre las otras dos. En la investigación que acometemos de las diferentes contribuciones, rara vez haremos mención más extensa sobre esta especie de desigualdad, y en la mayoría de los casos ceñiremos nuestras observaciones a aquella que particularmente ocasione el impuesto determinado de que se trate y recaiga en forma desigual sobre aquella renta privada que reciba su inmediata influencia.²⁷²

Este principio, que ha sido llamado de justicia, proporcionalidad o igualdad de los gravámenes, consiste, en suma, en que "...Los habitantes de una nación deben contribuir al sostenimiento del Gobierno, en una proporción lo más cercana posible a sus capacidades económicas..." es decir en proporción a los ingresos de que gozan bajo la protección del Estado.

Principio de Certidumbre

Sobre el mismo, Adam Smith, afirmaba:

El tributo que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y determinado, y en modo alguno arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de pago, la cantidad que deba satisfacerse, todo ha de ser claro, llano e inteligible para el contribuyente y para otra persona. Porque donde se verifique lo contrario estará cada vasallo, que contribuya más o menos, bajo el poder no del Gobierno, sino del recaudador de tributos, quien puede muy bien, con esta libertad, agravar el impuesto sobre cualquier contribuyente que no se atreva a reclamar, o sacar, a impulsos del terror de semejantes gravámenes, regalos, presentes o gratificaciones; inicuas para él. La incertidumbre de la contribución es ocasión para la insolencia, favoreciendo las astucias de algunos, de los empleados en aquellos destinos, quienes suelen ser cuando menos desatentos e intratables. La certeza de lo que cada individuo debe pagar es materia de tanta importancia, que una desigualdad considerable en el modo de contribuir no acarrea, según han experimentado todas las naciones, un mal tan grande como la más leve incertidumbre en la cuantía del tributo.²⁷³

²⁷² *Ibidem*, p. 129.

²⁷³ *Ibidem*, p. 136.

Este principio implica que *toda* contribución debe *contener* fijeza en sus, principales elementos o características, para evitar abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades. Griziotti aclara esto diciendo que “El impuesto que cada individuo tiene que pagar debe ser justo y no arbitrario. El tiempo, el modo, la suma del pago deben establecerse *de manera clara y precisa* ...[n]o sólo el tributo debe ser indicado por una ley ...sino que la ley debe ser clara y precisa”.

De esta forma, siguiendo al maestro Delgadillo, este principio implica que las normas tributarias deben expresar *con* claridad los elementos esenciales de los tributos, objeto, sujeto, base, tasa, tarifas, exenciones, fecha de pago, infracciones, sanciones, etcétera.

En suma, el principio de certidumbre consiste en que todo impuesto debe poseer fijeza *en* sus elementos esenciales para evitar *actos* arbitrarios por parte de la autoridad. Como tales elementos, se han reconocido al objeto; sujeto; exenciones; tasa, cuota o tarifa; época de pago; infracciones y sanciones, y en nuestro derecho, ha sido consignado como principio de legalidad tributaria, consignado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución.²⁷⁴

Principio de Comodidad

Sobre este principio Adam Smith, afirmaba:

Todo tributo o impuesto debe exigirse en el tiempo y modo que sea más cómodo y conveniente a las circunstancias del contribuyente. Un impuesto sobre la renta de la tierra o de las casas, pagadero al mismo tiempo en que el dueño las devenga, es exigido con oportunidad, ya que regularmente debe creerse que tiene entonces de dónde pagar. Los derechos cargados sobre los géneros de consumo, siendo artículos de mero lujo, vienen por último a pagarse por el consumidor, y generalmente del modo menos gravoso que puede ser para él. Los paga, en efecto, poco a poco, a medida que va necesitando de aquellos géneros, y como tiene también la libertad de comprarlos o no, según le parezca, será culpa suya si al tiempo de pagarlos sufre alguna incomodidad.²⁷⁵

Esta máxima, obliga a que el legislador cuide tanto la forma en que se obtendrán los tributos, como la Administración Tributaria la manera en que ejercerá sus funciones. Abarca, como sugiere Adam Smith, buscar

²⁷⁴ *Idem.*

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 137.

que los impuestos sean cómodos “...en el tiempo y en el modo de la exacción o cobranza...”, esto tiene implicaciones muy amplias en todos los aspectos, procedimientos de cobro sencillos, lugares de cobro accesibles a los contribuyentes, oficinas apropiadas, formatos adecuados y simples, etc. Se podría resumir con la palabra “servicio”, y tiene que ver de lleno con nuestro tema, ya que obliga a la administración tributaria a facilitar el cumplimiento a los contribuyentes y a cuidar la forma en que realiza sus funciones, por lo cual será objeto de referencia en el capítulo sexto, por su pertinencia e importancia y evidente necesidad de cumplimiento para toda Administración Tributaria del mundo.²⁷⁶

Principio de Economía

Es una obligación de todas las administraciones Tributarias ser cada vez más eficientes, para evitar caer en que su acción se convierta en antieconómica en detrimento de los ingresos públicos y, en última instancia de localidad de servicios que el Gobierno presta a los ciudadanos. La creación del Servicio de Administración Tributaria, supuestamente, es un esfuerzo del Gobierno Federal en esta dirección.²⁷⁷

V. CONCLUSIONES

Como se acotó al principio de este trabajo, el principal objetivo fue la delimitación del concepto de los principios jurídicos constitucionales y sobre lo que debemos entender por la técnica interpretativa de *la ponderación*.

1. De conformidad con lo visto, existen autores que identifican una distinción “fuerte” entre lo que debe entenderse por principio y una regla, y otros establecen que en realidad la distinción es “débil”. Sin embargo, desde mi punto de vista, estamos en presencia de un principio, cuando la Constitución enuncia un derecho fundamental, como la libertad de expresión, la igualdad, la no discriminación, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, la no irretroactividad; cuya dificultad se localiza de alguna manera en delinear o construir la propia estructura o supuesto de hecho (no tanto en la consecuen-

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 139.

cia), y es a partir de su arquitectura que habremos de obtener su contenido, para el caso que deba resolverse.

2. Los principios jurídicos constitucionales son conceptos de textura abierta, indeterminados, muy amplios, y corresponde al intérprete la edificación de su contenido, pues se deberá erigir la “premisa mayor” para localizar tanto su especificación para un caso, como los límites y fronteras en relación con otros principios.
3. Para la interpretación de los principios, es infructuosa la técnica de la subsunción, pues lo adecuado es el empleo de la ponderación o balanceo de los derechos en juego, y más específicamente la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual consiste en la búsqueda de la máxima realización posible del derecho vencedor (subprincipio de idoneidad), la selección del medio más adecuado para el derecho fundamental afectado (subprincipio de necesidad), y finalmente, la optimización del derecho en relación con los otros principios en juego (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).
4. A la par, cuando la norma por interpretar es la Constitución de un determinado Estado, debemos considerar que su contenido es sustancialmente distinto al de la legislación ordinaria, pues debe recordarse también se conforma con valores y principios, los cuales tienen un matiz distinto al de las reglas.
5. La interpretación de la Constitución tomando en cuenta la existencia de principios, de cierto modo la hace más “flexible”, pero se requiere que el juez constitucional tenga la capacidad y la preparación adecuada para poder distinguir en los casos de su conocimiento, cuándo se está en presencia de un valor, una regla o un principio y proceder en consecuencia.

EL DERECHO COMÚN EN ITALIA*

Andrea LANDI

SUMARIO: I. *Aclaraciones preliminares*. II. *El renacimiento jurídico del Bajo Medioevo*. III. *La edad moderna: de los Studia a los Grandes Tribunales, pasando por los Consiliatorios*. IV. *La difusión en Europa: los diferentes "derechos comunes"*. V. *Algunas rutas historiográficas*.

I. ACLARACIONES PRELIMINARES

Cuando se habla de derecho común en Italia, se entiende que se refiere a la experiencia jurídica originada en ese país en la Baja Edad Media, que ha tomado forma a partir de la relectura de los textos de Justiniano y de la utilización de las nuevas colecciones de derecho canónico en las manos de la ciencia jurídica; una experiencia que, si bien tiene variaciones significativas, pero con referencia constante a la revisión del derecho romano-canónico ha persistido desde la Edad Media hasta la Revolución Francesa, después de la cual comienza la llamada edad de la codificación del derecho que, previa una simplificación del orden social, lleva a la sustitución definitiva del sistema legal del *Antiguo Régimen*.

En las páginas siguientes se tratará, entonces, de reconstruir en breve y en el límite de espacio permitido, las líneas esenciales de esta experiencia.

II. EL RENACIMIENTO JURÍDICO DEL BAJO MEDIEVO

Como se ha escrito concretamente, la Baja Edad Media fue una sociedad caracterizada por una gran "hambre de reglas":¹ los trastornos en el desa-

* Traducción: BETANZOS, Eber.

¹ La expresión, de Riccardo Orestano, ha sido retomada por U. SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 99, que ha usado la metáfora equivalente de la «sed de normas».

rollo político, social, económico y cultural que se produjo en las décadas posteriores al año mil —la lucha de las investiduras, el nacimiento de los Comunes italianos, el crecimiento demográfico y la repoblación de la ciudad, la aparición de la figura del mercante, con la reapertura del comercio, muy escaso en la alta edad Media, sólo para nombrar unos pocos— llevó a una creciente demanda por parte de la sociedad, de nuevas normas para regir todas las situaciones que se presentaban continuamente en la práctica. La costumbre, que había sido la fuente por excelencia en los sistemas jurídicos de la alta Edad Media, mostró de hecho su insuficiencia: que, a causa de su lento *proceso* de formación, si bien podría ser bueno para una sociedad, estática y cerrada como la del periodo del alto medievo, no podría ser capaz de gobernar las transformaciones que, con ritmo cada vez mayor, se sucedieron en la sociedad comunal extremadamente dinámica.

Así fue que las instituciones de la época trataron de diversas maneras y en distintos grados, de proporcionar las respuestas en términos de regulación que la sociedad se esperaba: los Comunes y las Corporaciones respondieron con la normatividad estatutaria,² la Iglesia con ese poderoso monumento reglamentario que a partir de la edad moderna se llamaría el *Corpus Iuris Canonici*, el Imperio, inmerso en una crisis política y constitucional destinada a durar mucho tiempo, con una intervención normativa de manera esporádica y muy limitada.

La baja Edad Media italiana es, pues, una época caracterizada por una pluralidad de hechos normativos, que, sin embargo, se va a insertar a través de la fructífera y reiterada labor realizada por la *scientia iuris*, en una única experiencia jurídica.

Este *reductio ad unum* fue posible gracias a la interpretación de los redescubiertos textos de Justiniano (Digesto, Código, Instituciones y Novelas que, junto con algunas constituciones de los emperadores medievales, a los libros *Feudorum* y el *Liber de pace de Constantiae* del 1183, formarán el llamado *Corpus Iuris Civilis*), en uso de los doctores de las nuevas universidades medievales que, a partir de Imerio († 1130 aprox.), utilizaron

² Sobre el derecho de los mercantes, *cfr.* U. SANTARELLI, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, *passim*, en particular pp. 69-88 y, para algunos aspectos particulares, A. PETRUCCI, *Los bancos y las actividades bancarias en el medievo e inicios de la edad moderna (siglos XII-XVII)*, in «Ars iuris», Anno XLIII (2010), pp. 347-374; mientras que sobre el derecho estatutario me parece adecuado reenviar a A. LANDI, *A proposito di statuti medievali. Osservazioni generali al modo d'un'introduzione*, in *Statuti et ordini di Montecastello Contado di Pisa pubblicati per cura di GIUSEPPE KIRNER*, Pontedera, Tagete edizioni, 2012, pp. XCVII-CVIII, y a la bibliografía en estos citada.

aquellos textos, como arsenal técnico jurídico, para crear el nuevo sistema y dar una vertiente jurídica a la *nova negotia*, que la práctica inventaba continuamente.³

Una interpretación muy diferente de lo que hoy entendemos por el término *interpretación jurídica*, ya que los juristas medievales buscaron la compilación de textos para extraer *rationes* y aplicarlas a los casos similares pero que, muy a menudo no se adecuaban correctamente al texto, si no mediante verdaderamente a través de forzarlos.

Como se ha señalado, fue en verdad una “determinación de los preceptos, dados por otros preceptos”, de una “producción de normas por medio de normas”, en suma, de una interpretación no sólo dirigida al reconocimiento de un texto para su correcta aplicación, sino de una interpretación creativa, en donde la voluntad del intérprete, en el mismo acto de la lectura del texto, creaba el nuevo Derecho.⁴

En otras palabras, los juristas del bajo medievo se contentaban en derivar en el *Corpus Iuris Civilis* una *auctoritas* en la cual basar sus teorías, las cuales, sin embargo, respondían a las exigencias contenidas en la realidad fáctica (*aequitas*).⁵

Fue gracias a esta extraordinaria actividad interpretativa de la *scientia iuris* que nació el llamado “sistema de derecho común”, en donde el derecho romano-canónico (derecho común) se encontraba en una relación dialéctica con los *iura propria*, es decir, que los derechos que fueron producidos por instituciones particulares (Comunes, Corporaciones, Reinados, Universidades, etcétera); una relación que no terminó en una simple jerarquía de fuentes, en donde los *iura propria* en cuanto derechos especiales prevaleció en el derecho común, como un derecho general, pero que reconoció a este último también una función muy importante fuera de la jerarquía,

³ Para un penetrante análisis, véase P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 144-175, en particular p. 166, mas también a SANTARELLI, *L'esperienza giuridica*, cit., pp. 121-131. Una mirada en conjunto en J. P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, México, Oxford University press, 2008, pp. 181-208.

⁴ *Cfr.* S. CAPRIOLI, v. *Interpretazione nel diritto nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle discipline privatistiche IV ed.*, sez. civile, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25, al cual pertenecen las definiciones entre comillas.

⁵ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit. pp. 160-175, incisivamente ha dicho de dos momentos en los cuales se sustanciaba esta actividad interpretativa: un «momento de validez», en el cual los juristas buscaban el soporte de la autoridad a sus técnicas, extrayéndolo del texto del *Corpus Iuris Civilis*, y en un momento de efectividad, donde «el itinerario pasa a lo efectivo» (p. 168), el texto viene vaciado y reducido a una *crisálida marchita* (p. 172), para hacer lugar a los nuevos motivos, fruto de las razones de equidad sostenidas por el interprete.

como “hecho espiritual”, que conforma en sí a toda la experiencia.⁶ En otros términos, el derecho común estaba llamado a proporcionar las herramientas conceptuales, las figuras y la terminología necesaria para la formulación, la comprensión y aplicación de los *iura propria*, los cuales, sin embargo, precisamente se conciben como excepciones a la regla general contenida en el derecho común, que no puede aplicarse más allá de los casos previstos, por lo que, cuando no eran aplicables, llevaban a retomar la fuerza de la legislación de derecho común.⁷

III. LA EDAD MODERNA: DE LOS STUDIA A LOS GRANDES TRIBUNALES, PASANDO POR LOS CONSILIADORES

Si bien es cierto que aquello que hemos trazado hasta ahora eran las líneas esenciales del sistema del derecho común, hay que señalar también que, terminada la época de los primeros grandes Comentaristas (iniciada con Cino de Pistoia [† 1336], seguida con Bartolo de Sassoferrato [† 1357] y su discípulo Baldo degli Ubaldi [† 1400], dos de los principales que se pueden mencionar aquí), el Cuatrocientos trajo consigo una gran crisis al interior del sistema: la ampliación del número de autoridades doctrinales que habían interpretado textos legislativos en formas muy a menudo discordantes había generado no poca incertidumbre en el ámbito de la jurisprudencia que juzgaba, la cual, en ausencia de disposiciones normativas específicas, debía recurrir a la opinión de los juristas para resolver los casos llevados a su conocimiento.

El derecho común tomó cada vez más las características de un sistema jurisprudencial, en donde la doctrina y jurisprudencia que juzgaba, se

⁶ Sigue siendo fundamental F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 469-501, tampoco hay que olvidar la antología ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, que nos permite volver sobre los pasos de la investigación calasiana, sobre la cual cfr. también U. SANTARELLI, *Ius commune e iura propria: strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, adesso in ID., *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, con un'introduzione di P. Grossi, a cura di A. Landi, II, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 515-527.

⁷ Cfr. M. BELLOMO, *Società e Istituzioni dal Medioevo all'Età moderna*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei edizioni d'arte e scienza, 1993, pp. 253-254, 365-373. Algunas anotaciones interesantes sobre la relación entre los microsistemas de los *iura propria* y el macrosistema del derecho común in P. COSTA, *Ius commune, ius proprium, interpretatio doctorum: ipotesi per una discussione*, en *El dret comú i Catalunya*, Actes del IV Simposi Internacional Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda, Barcelona, 27-28 de maig de 1994, Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 29-42.

encontraban en una relación de dialéctica simbiosis:⁸ como efectivamente se ha notado, por ahora el fulcro del derecho común se había desplazado de las aulas de las *Studia* a los estudios de los *Consiliatores*⁹ —es decir, profesores universitarios que se dedicaban a la actividad forense— quienes fueron redactando las *consilia*, destinados a sostener en juicio las razones de una de las partes (*consilia pro veritate*), o a ser enviados a los jueces que, como políticos muchas veces inexpertos en el derecho, les pedían resolver de un modo jurídicamente correcto las controversias que debían dirimir (*consilia Sapientis iudicialia*).

Es precisamente al interior de la jurisprudencia que juzgaba, que se buscan y a continuación, se seleccionan las opiniones emitidas por la doctrina *legendo* o *in consulendo* —vale decir, las tesis jurídicas formadas, respectivamente, en el curso de la actividad docente o forense— mediante la individualización de la llamada opinión común de los juristas (*communis opinio doctorum*), la cual viene a ser determinada en modo no del todo unívoco, sino teniendo en cuenta a veces el número de partidarios, y a veces su propia autoridad. De este modo fue un intento de cierto éxito, lo de garantizar un nivel mínimo de certeza de los criterios correctos, tanto que la *communis opinio* fue equiparada con la ley, o como se señala, además, que fue un remedio empírico endojurisprudencial no precisamente fijado en su determinación; no obstante dicho criterio deja un gran grado de incertidumbre, por lo que pronto se levantaron opiniones comunes contra otras comunes (*opiniones communes contra communes*), así como las opiniones más comunes entre otras (*opiniones magis communes*), que fueron rápidamente recogidas en repertorios renombrados destinados a la práctica.¹⁰

⁸ Cfr. G. ROSSI, *La forza del diritto: la communis opinio doctorum come argine all'arbitrium iudicis nel processo della prima età moderna*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012, p. 39. Participan de la naturaleza jurisprudencial del sistema de derecho común, a partir del Cuatrocientos, también E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II. *Il basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei edizioni d'arte e scienza, 1995, p. 454.

⁹ En esos términos L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 123.

¹⁰ Para una reconstrucción puntual de la edad de la *communis opinio*, cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 146-171. Para dos ejemplos de estas colecciones, dentro de los muchos citables, pueden verse aquellas del italiano A. GABRIELI († 1555), *Communes opiniones, sive receptae iuris utriusque sententiae*, Lugduni, Apud heredes Iacobi Iunctae, 1571 y del español J. DE ZEVALLOS, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, Venetiis, Apud Societatem Minimam, 1604.

La situación no cambió mucho cuando, a partir del Quinientos, comenzaron a difundirse poco a poco en todas partes, en varios estados regionales italianos y en el resto de Europa, los llamados Grandes Tribunales, cortes de vértice de distintos ordenamientos jurídicos, con funciones de jueces de tercera instancia, que encontraron su *exemplum* en la Rota romana, creada por el Papa de Aviñón, Juan XXII, a finales de 1331, cuya autoridad se había impuesto durante la Edad Media y no fue disminuido a pesar de la reforma protestante.¹¹

Estos tribunales, con sus *decisiones* —opiniones jurídicas del colegio, que habían sido el fundamento de la sentencia singular— incidieron en el mecanismo de formación de la *communis opinio*, sustituyendo progresivamente a los *consilia*, ya sea porque revestían de mayor autoridad e imparcialidad, o porque, por encima de todo, tenían una especie de *vis coactiva* de la que carecía la elaboración meramente doctrinal, de modo que se arribó a reconocer a las decisiones una fuerza casi de ley.¹²

La pragmatización del derecho común, verificada primeramente con la afirmación de los *consilia* y después de las *decisiones*, como elementos formativos de la *interpretatio*, era por lo tanto una característica fundamental del derecho común por todo el tiempo que fue un derecho vigente, y aún ahora sigue siendo tal en aquellas jurisdicciones que todavía viven en el derecho común (como el Principado de Andorra y la República de San Marino), en donde se encuentra un grado de jurisprudencialización inclusive más pronunciada, ya que ante el hecho de la ausencia (casi total) de una *scientia iuris*. En estos ordenamientos sin embargo se debe hacer frente a las cada vez más intensas intervenciones del poder político, actuantes a través de la legislación constitucional y ordinaria, lo que a veces han llevado a modificaciones de relevancia en el mismo derecho común.¹³

¹¹ Cfr. E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992, pp. 92-93. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., p. 161, recuerda como se había establecido la regla *Rota romana facit communem opinionem*.

¹² CORTESE, *Il rinascimento*, cit., p. 95.

¹³ Cfr. en general U. SANTARELLI, *Le strutture proprietarie del diritto comune e la loro flessibilità*, ora in ID., *Ubi societas ibi ius*, cit., pp. 849-859 e A. LANDI, *Osservazioni per uno studio sul diritto comune vigente*, in «Rivista di storia del diritto italiano», Anno LXXIII (2000), pp. 339-355; para un ejemplo: A. PETRUCCI-A. LANDI, *Iudex qui litem suam facit. La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune*, in *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 112-115.

IV. LA DIFUSIÓN EN EUROPA: LOS DIFERENTES “DERECHOS COMUNES”

Se sabe que los emperadores medievales, desde la llamada *Renovatio Imperii* Otoniana (siglo X), se sintieron legítimos sucesores de los romanos: los titulares, es decir, de un Imperio que hasta su conclusión (arribada con la renuncia de Francisco II de Habsburgo en 1806) será de hecho *sacro y romano*.

El derecho romano, que había sido revivido por los Glosadores y luego por los Comentaristas de la manera que hemos ahora intentado describir, fue en un principio percibido como un derecho del Imperio y por lo tanto ostentador de una vigencia natural en todos los territorios sometidos a la autoridad, al menos formalmente, del Emperador; de modo que, por el contrario, en aquellas tierras que se consideraban exentas de la jurisdicción imperial, como lo fue Venecia, ya que *in mari fundata*,¹⁴ se dijo que este derecho no tenía vigor, mientras que en cada uno de los distritos de Europa se estaba difundiendo, gracias a las Universidades, según el modelo de la de Bolonia, el conocimiento y el uso del derecho romano-canónico.

Sin embargo, con el paso de los siglos, mientras en los Estados nacionales era cada vez más marcada la liberación de toda sujeción imperial, el derecho común continuó igualmente teniendo una vigencia extraordinaria, incluso en la ausencia de referencias institucionales imperiales, y estaba justificado, como se dice, *non ratione Imperii*, pero *imperio rationis*, vale decir por su bondad intrínseca y no en virtud de una autoridad que impuso la vigencia. Lo señaló, en la primera parte del Seiscientos, Arthur Duck, un jurista inglés que desarrolló su trabajo en una tierra en donde nunca había habido una sumisión al Imperio, el cual fue capaz de observar lapidariamente que el obsequio que se prestaba en su tiempo a las leyes romanas era espontáneo y precisamente por ello no se derivaba de cualquier poder de los gobernantes, si no, por la fuerza de la razón.¹⁵

¹⁴ Recordando esta teoría, entre otros, GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 235, e U. SANTARELLI, *La riflessione sugli statuti d'un giurista della Terraferma veneta. La lezione di Bartolomeo Cipolla*, ora in ID., *Ubi societas ibi ius*, cit., pp. 950-953. Es tratada difusamente en G. ZORDAN, *L'ordinamento giuridico veneziano. Lezioni di storia del diritto veneziano con una nota bibliografica*, Padova, Cleup, 1980, pp. 205-218.

¹⁵ Aún fascinantes, a propósito, son las páginas de F. CALASSO, *In orbem terrarum*, in ID., *Introduzione al diritto comune*, cit., pp. 303-340; la mención del *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum* (1653), obra principal de aquel jurista, a las pp. 306-309.

De hecho, el derecho común de Italia se había difundido en toda Europa y al intersectarse con los varios derechos nacionales, había formado el sustrato de estos derechos, los cuales, aun cuando en la edad moderna tardía fueron recogidos en elaborados complejos normativos de derecho patrio¹⁶ —los cuales la historiografía mayoritaria ha definido como *consolidazioni*—, no renunciando a tener un derecho general subsidiario y como macrosistema de referencia el derecho común romano-canónico.

Se puede decir entonces que, a pesar de la singular relación dialéctica *ius commune-iura propria*, muchos y diversos fueron los contenidos normativos o, si se lo prefiere, muchos y diversos fueron los derechos comunes vigentes, dependiendo precisamente de las variaciones introducidas por cada una de las leyes nacionales.¹⁷

V. ALGUNAS RUTAS HISTORIOGRÁFICAS

Resumiendo lo que hemos dicho hasta ahora podemos concluir sintéticamente con algunos comentarios sobre el sistema del derecho común y la lectura que, en el transcurso del tiempo, les ha dado la historiografía.

Hemos visto cómo el derecho común fue el tema central de la experiencia jurídica que se extiende desde la baja Edad Media hasta la codificación: en extrema síntesis, que fue constituido por los textos del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici*, con la *interpretatio* que dio la jurisprudencia doctrinal y consultora (la *scientia iuris*) y luego la actividad de los jueces (especialmente los Grandes Tribunales del *Antiguo Régimen*).

La relación dialéctica entre este derecho y los derechos particulares se llevó a cabo, como ya hemos dicho, en dos niveles: el de la graduación de las fuentes, con base en lo cual el derecho común era el derecho subsidiario al cual se acude en caso de lagunas en el derecho particular, y aquello fuera de esta graduación, según la cual el derecho común prevé siempre las herramientas conceptuales para el funcionamiento de cada uno de los derechos particulares.

¹⁶ Sobre esta categoría historiográfica *cit. Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, a cura de I. Birocchi e A. Mattone, Roma, Viella, 2006.

¹⁷ Se trata, en definitiva, de “un sistema único y plural de cláusulas normativas” (così: U. SANTARELLI, *Il ius commune, frutto maturo dell'esperienza giuridica medievale*, ora in ID., *Ubi societas ibi ius*, cit., pp. 915-917).

Esta reconstrucción, ahora dominante en la historiografía, se debe a las reflexiones de Francesco Calasso, que, a partir de los años treinta del siglo Veinte abrió nuevas vías de investigación,¹⁸ liberando el estudio de la historia del derecho italiano de la limitada visión positivista en que lo habían encuadrado los historiadores del Ochocientos: para Calasso, en esencia, se debía poner en el centro del sistema al derecho común, redimensionando el rol de los estatutos, los cuales habían sido muy exaltados en la historiografía precedente, la cual les había percibido como un símbolo de la autonomía comunal, en cierto modo como anticipadores de la lucha italiana por la independencia (el ‘Resurgimiento’) y que se había contentado en fijar esta relación en una simple jerarquía de las fuentes, en las cuales prevaleció, como es obvio, el derecho estatutarios sobre el común.¹⁹

En opinión de Calasso, la historia de esta experiencia jurídica, insertada en las raíces romanísticas, no podía identificarse con una especie de “historia del Derecho Romano en la Edad Media”,²⁰ con una “segunda vida” de aquel derecho que había desaparecido desde hace muchos siglos,²¹ y menos aún con la reconstrucción de un “derecho romano modernizado”.²²

El derecho común, de hecho, no fue una reedición del derecho romano, porque la experiencia romana finalmente había terminado muchos siglos antes: a partir del Bajo Medievo, los juristas habían reutilizado el producto normativo de aquella experiencia, no para proponerlo *d'emblee* en la práctica en el tiempo, sino para construir con aquel material un derecho nuevo, que respondiera a los nuevos valores y a las necesidades del momento, en

¹⁸ Cfr. M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei edizioni d'arte e scienza, 1994, pp. 163-173.

¹⁹ Cfr. U. SANTARELLI, *Lo statuto redivivo*, también en ID., *Ubi societas ibi ius*, cit., pp. 659-666.

²⁰ La referencia, demasiado conocida, es a F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, publicada entre 1815 y 1831 (= ID., *Storia del diritto romano nel medioevo*, trad. italiana de E. Bollati, Roma, Multigrafica, 1972 [reimpr. anastática de la ed. Torino, 1854-1857]).

²¹ Cfr. P. VINOGRADOFF, *Diritto romano nell'Europa medioevale*, a cura di F. De Zulueta, trad. it. S. Riccobono, Milano, Giuffrè, 1950, p. 16; el escrito —*Roman Law in mediæval Europe*— fue publicado en Londres en 1909 y fue traducido al italiano por la primera vez en 1914.

²² Así se expresaba B. BRUGI, *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno*, en ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Nuovi saggi*, Torino, Utet, 1921, p. 180. De la relevancia para la experiencia jurídica mexicana de la especulación filosófico-jurídica de Brugi entre naturalismo y positivismo se ocupó el recién trabajo de J. DEL ARENAL FENOCHIO, *El aparente triunfo de la ley sobre el derecho: México, 1840-1940*, en *La crisis de la ley*, II Encuentro de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Pisa, Italia, y de la Escuela Libre de Derecho, México, Pisa, noviembre 2006, México, Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 90-98.

el ámbito de una pluralidad de sistemas jurídicos, reconducidos en un solo sistema, gracias a la función espiritual del derecho común.²³

En este nuevo enfoque teórico, derivado de la teoría jurídica sobre los ordenamientos de Santi Romano,²⁴ Calasso sin embargo permaneció anclado en una concepción estatualista del derecho, que lo hizo muchas veces hablar del sistema del derecho común como un sistema legislativo.

Y es este último aspecto que, recientemente, ha sido criticado por un renombrado historiador del derecho, según el cual la característica fundamental de la experiencia del derecho común, debía ser identificada en el haber nacido en la ausencia del Estado y en el insertarse en la edad moderna desarrollada gracias al hecho de que el poder político no tuvo mas el poder de intervenir en el derecho privado, cuya elaboración se mantuvo siempre confiada a las manos de los juristas.²⁵

Esta característica jurisprudencial ha permitido al derecho común tener una vida muy larguísima, casi hasta nuestros días: será de hecho el estado del Ochocientos, el cual reivindicará para sí el poder exclusivo de producir normas jurídicas, confinando irrevocablemente aquel venerable sistema a los dominios de la historia.²⁶

²³ CALASSO, *Tradizione e critica metodologica*, en ID., *Introduzione al diritto comune*, cit., pp. 1-30; SANTARELLI, *L'esperienza giuridica*, cit., pp. 122-123.

²⁴ Como declaraba el propio F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 23, 27 nt. 2.

²⁵ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 234-235.

²⁶ Entre las más recientes contribuciones sobre esta temática, siempre muy fascinante, del derecho común en su desarrollo histórico, ver M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi Editore, 2005 y E. CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 13-42. Aun hoy vale la pena consultar útilmente, aunque muy antiguo, el texto de G. ERMINI, *Corso di diritto comune, I. Genesi ed evoluzione storica elementi costitutivi-Fonti*, Milano, Giuffrè, 1989, en particular, sobre las distintas teorías historiográficas, pp. 123-141.

RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS

Nalleli NAVA MIRANDA

SUMARIO: *Introducción. I. Marco conceptual. A) Concepto. B) Distinción con figuras afines. II. Evolución histórica sobre los requisitos para su otorgamiento. A) Doctrina Jefferson (1972). B) Doctrina Tobar (1907). C) Doctrina Wilson (1913). D) Doctrina Estrada (1930). E) Doctrina Díaz Ordaz (1969). Conclusiones. Obras Consultadas.*

INTRODUCCIÓN

El gobierno es uno de los elementos más destacados del Estado, por ser su representante en el ámbito internacional en tanto, que sólo a través de éste puede ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Y dada la interrelación que existe entre todos los Estados que conforman la comunidad internacional, resulta indispensable estudiar el impacto que el cambio del régimen de un gobierno tiene en los demás Estados, para ello debe partirse del esclarecimiento de cuestiones básicas como: de qué manera surge un nuevo gobierno, qué injerencia tienen los demás Estados en la organización interna de otro, qué debe hacer el nuevo gobierno para ser reconocido y cómo pueden manifestar su conformidad o inconvinción con éste.

Esta investigación tiene por objetivo contestar estas y otras preguntas implicadas en el reconocimiento de gobiernos, analizando sus características principales así como su diferenciación con figuras afines, los parámetros que permiten establecer que se trata del reconocimiento de gobiernos y no de algo más, la esencia de esta figura, el fin que persigue, y las consecuencias de su otorgamiento o, en su caso, de su negativa. Además, en una segunda parte, ofrezco un sucinto recorrido histórico sobre las directrices que han seguido algunos países, para otorgar el reconocimiento a nuevos

gobiernos, en donde, por un lado, explico el contexto en el que cada una de las doctrinas surgió y, por otro, describo su aplicación concreta, así como sus aciertos y errores.

I. MARCO CONCEPTUAL

A) Concepto

El reconocimiento de gobiernos, como muchos otros conceptos, tiene múltiples definiciones, cada una de ellas estructurada por diferentes autores que fueron influidos por su propio entorno (su época, su país, etcétera), lo cual explica las variantes de sus elementos. Para efectos de este trabajo la que se tomará como base es la de César Sepúlveda, quien sostiene que “el reconocimiento de gobiernos, es un acto por el cual se da la conformidad para continuar las relaciones habituales de intercambio con el nuevo régimen”.¹ Sin embargo, dicha conformidad sólo se puede dar en supuestos específicos, fuera de los cuales los Estados no tienen ningún tipo de opinión.

i. Presupuestos

La doctrina es unánime al establecer que el reconocimiento de gobiernos puede ocurrir en dos supuestos:

1. Cuando el cambio de gobierno se da siguiendo el procedimiento establecido en sus leyes, es decir, siguiendo el curso normal de la sucesión de gobiernos, que prevé la constitución del Estado de cuyo gobierno hablamos. En este caso, al respetarse el curso normal de dicha sucesión, los demás Estados no están en posibilidades de manifestar su conformidad o inconvinción al respecto pues, al ser una máxima en el Derecho Internacional, que cada Estado tiene completa libertad de establecer el régimen de gobierno que mejor le parezca,² el reconocimiento está implícito en las felicitaciones que

¹ SEPÚLVEDA, César, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, p. 13.

² Consagrado en el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, que dice: “Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; [...]”.

le hacen al nuevo gobierno, o en el mantenimiento de las relaciones diplomáticas y consulares.

2. Cuando el cambio de gobierno es producto de una situación violenta, es decir, que surge en una situación irregular fuera de los parámetros habituales, en los que se llevaría a cabo la sucesión de gobiernos en el propio Estado. Así, al surgir el gobierno por medios violentos, no existe unanimidad en la comunidad internacional en cuanto al trato que se le debe dar; sin embargo, algunos autores coinciden en que “el reconocimiento no debe ser prematuro; los Estados deben cerciorarse de que el nuevo gobierno, ejerza un dominio efectivo sobre la población y el territorio en el cual se asienta”.³ De esta forma, al ser este segundo supuesto el caso de excepción, ha sido el más problemático en el ámbito del derecho internacional debido a la dificultad para establecer, de forma definitiva y aceptada por todos los Estados, las reglas que deben regir su naturaleza, las formas de otorgarlo y los motivos o requisitos necesarios para dicho otorgamiento. En este caso —como se verá más adelante— las formas en las que se puede manifestar dicho consentimiento varían.

A pesar de las diferencias que ya se mencionaron entre un supuesto y otro, en ambos es necesario que haya habido un cambio en las personas que encabezan el elenco gubernativo pues de lo contrario, si “la figura representativa del Estado en el exterior continúa en funciones, no se crea incertidumbre, no se precisa reconocimiento y las relaciones continuarán con el nuevo gobierno”.⁴

ii. Naturaleza del reconocimiento de gobiernos

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, algunos de los significados de *naturaleza* son: “esencia y propiedad característica de cada ser” y “virtud, calidad o propiedad de las cosas”. De lo anterior se deduce que el reconocimiento tiene características o propiedades, que lo distinguen de otras figuras y que lo constituyen en un ente individual con rasgos y consecuencias particulares.

³ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 93.

⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo y otros, *Derecho Internacional Público*, p. 126.

Desde que surgió la figura del reconocimiento y hasta nuestros días, se han sostenido dos posturas acerca de la naturaleza del mismo; la primera de ellas establece, en esencia, que el reconocimiento es un acto político y discrecional; la segunda, por el contrario, señala que se trata de un acto que entraña juridicidad.

a) *Acto político*

Quienes defienden esta postura afirman que el reconocimiento es “un acto político y que existe libertad irrestricta para que el Estado lo conceda, o lo niegue, toda vez que es la expresión de la voluntad de continuar las relaciones diplomáticas con el nuevo régimen”.⁵ Se basan en que el reconocimiento —como acto discrecional o facultativo— es la significación de la voluntad de entrar en relaciones diplomáticas con el nuevo gobierno, es decir, equiparan el reconocimiento de éste al mantenimiento o reanudación de relaciones diplomáticas con el mismo. De igual forma, argumentan que de la práctica internacional, se puede deducir la naturaleza política de la institución y también sostienen que dicho reconocimiento es un acto político, precisamente porque lo lleva a cabo el poder político del Estado, es decir, el poder Ejecutivo.

Como corolario de la postura anterior, tenemos la resolución sobre el Reconocimiento de los Nuevos Estados y Gobiernos, adoptada el 23 de abril de 1936 por el Instituto de Derecho Internacional, en la cual se manifestó “[...] el reconocimiento del nuevo gobierno de un Estado ya reconocido es el acto libre por el que uno o varios Estados verifican que una persona o un grupo de personas, están en condiciones de obligar al Estado que pretenden representar y expresan su voluntad de mantener relaciones con ellas”.⁶

b) *Acto jurídico*

Esta postura se basa en la existencia de “un derecho del nuevo gobierno a ser reconocido y un deber de los otros estados para reconocerlo”.⁷ De este modo, esta corriente tiene dos vertientes, por un lado, se considera que

⁵ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 93.

⁶ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1936, III, p. 303.

⁷ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 93.

aquel gobierno que cumple con los requisitos necesarios para representar efectivamente al Estado que gobierna, por este simple hecho, tiene el derecho de ser reconocido por la comunidad internacional como el legítimo representante del mismo; y por otro lado, se considera que la facultad de decidir sobre otorgar o no dicho reconocimiento, no queda al arbitrio del Estado, sino que existe una obligación que lo constriñe a otorgarlo si el nuevo gobierno cumple con dichos requisitos

Quienes apoyan esta postura se basan en que un gobierno cuyo Estado ya fue reconocido, no puede depender de los intereses particulares de otros Estados para recibir el reconocimiento que, como se verá más adelante, le permitirá desempeñarse como representante de dicho Estado, con las consecuencias que ello trae aparejadas. Sin dicha facultad de representación, su rango de actuación se restringe, por lo menos respecto del Estado que no lo reconoce, mermando de esta forma su capacidad plena en el ámbito internacional.

Después del análisis de ambas teorías y de la práctica de los Estados se concluye, como lo sostiene Manuel Diez de Velasco, que “del reconocimiento de gobiernos como acto *libre* o *voluntario* se desprende, que se procederá o no a reconocer en función del tipo de relaciones, que se desee mantener con el equipo que pretende representar al Estado, tratándose en este sentido de un acto de elección política y, como tal, discrecional”,⁸ es decir —en concordancia con la primera postura—, no existe obligación alguna para los Estados de reconocer al nuevo gobierno.

iii. *Función*

Esta figura ha sido utilizada a lo largo de la historia de diferentes formas, pero principalmente como medio de control, es decir, como herramienta para que algunos Estados, a través de condicionar o “chantajear” al gobierno que quiere ser reconocido, obtengan beneficios a cambio de dicho reconocimiento. Sin embargo, emplear la figura del reconocimiento de esta manera, es contrario a los principios del Derecho Internacional puesto que ningún Estado puede decirle a otro, cómo organizar sus elementos internos, a saber, su forma de gobierno. Sobre este tema existen diversas sentencias, entre las cuales destaca:

⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 283.

Desde el notable precedente del Shappire, se ha establecido firmemente en nuestros tribunales que los derechos y las obligaciones de un Estado, no se afectan por un cambio en la forma o en el personal de su gobierno, de cualquier manera que se realice, sea por revolución o por cualquier otro método. No se puede pensar en ninguna otra doctrina, por lo menos entre naciones que tienen alguna concepción del honor internacional. (*Agency of Canadian Car and Foundry Co. Limited, et alia vs. American Can Co*, 1918. Hackworth, vol. I, p. 390).

Por ello, en principio, la organización política interna no afecta la condición internacional de un Estado, sin embargo, los cambios en su régimen político llegan a trascender al plano internacional, cuando éstos se llevan a cabo por vías de hecho en contradicción con el orden legal establecido (golpe de Estado, revolución, etcétera), ya que si esta situación no se ve respaldada por el reconocimiento de los gobiernos de otros Estados, puede ser difícil para el nuevo gobierno ejercer en plenitud sus funciones en el plano internacional.

De esta forma se colige que la verdadera función del reconocimiento de gobierno, es la de ser un instrumento mediante el cual la comunidad internacional tenga certeza, en cuanto a quién ejerce la representación efectiva de un Estado, para que así sea precisamente ese gobierno el que se obligue y, a su vez, el que exija el cumplimiento de las obligaciones de otros Estados contraídas con el que representa.

iv. Tipos

1. *Expreso vs. tácito*

Según el diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra *expreso* es “claro, patente, especificado”; y el de *tácito*, “que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere”. Considerando esto, se afirma que en el ámbito del Derecho Internacional, el reconocimiento *expreso* de un gobierno se refiere a aquel que se realiza por medio de declaraciones en las que, de forma clara, patente y específica, el Estado manifiesta su conformidad de mantener las relaciones habituales de intercambio con el nuevo gobierno. En esa misma lógica y en contraposición al reconocimiento *expreso*, el reconocimiento *tácito* se refiere a aquellos actos por medio de los cuales se supone o infiere, que un Estado demuestra que quiere continuar dichas relaciones.

A pesar de que la distinción pareciera sencilla, en la práctica existen graves dificultades para delimitar en qué casos y bajo qué circunstancias, el comportamiento de un Estado respecto del gobierno de otro Estado representa ese reconocimiento implícito. Pero según Max Sorensen, existe una aceptación generalizada de que en los siguientes casos no hay reconocimiento tácito:⁹

- a) Asentir a ser parte, o continuar siéndolo, de un tratado multilateral del cual un gobierno no reconocido es ya parte, o del cual se convierte en parte posteriormente.
- b) Concluir un acuerdo bipartita entre unidades políticas que no se reconocen formalmente unas a otras, ya que la conclusión de tales acuerdos equivale simplemente, al reconocimiento de la capacidad de la contraparte para concertar tratados.
- c) La conservación y el mantenimiento continuado de representantes diplomáticos por un periodo transitorio, siempre que no se hagan nuevos nombramientos.
- d) El nombramiento tanto de cónsules como de agentes o representantes que no tengan rango diplomático; asimismo, el mantenimiento de contactos no oficiales e informales con respecto a asuntos urgentes y de rutina.
- e) Las formas y la manera de comunicarse con las autoridades extranjeras y de dirigirse a ellas.
- f) La institución de procedimientos de extradición.
- g) El mantenimiento de cualquier forma de contacto con los insurgentes durante un conflicto civil.

Por el contrario, son considerados como equivalentes al reconocimiento tácito: un mensaje de congratulación a un nuevo gobierno y el establecimiento formal de relaciones diplomáticas —especialmente el intercambio de agentes diplomáticos—.

⁹ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, pp. 288 y 289.

2. *De iure vs. de facto*

Aunque la mayoría de los doctrinarios hablan sobre esta distinción, es dable aclarar que ésta sólo es correcta desde el punto de vista del Derecho Interno del Estado que sufre el cambio de gobierno, no así desde el punto de vista del Derecho Internacional pues éste debe abstenerse de emitir cualquier tipo de juicio acerca de los sistemas políticos internos. Ello debido a que de acuerdo a la igualdad soberana y la independencia de los Estados, así como al principio de la libre determinación de los pueblos, cada Estado tiene el derecho de elegir libremente el sistema político que desee.

Lo anterior se consagró en la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional, Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.¹⁰ Asimismo, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 26 de junio de 1986, sobre el caso relativo a las "Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua" (USA vs. Nicaragua), sostuvo que el principio de soberanía de los Estados deja a éstos en libertad de elección, en cuestiones tales como el sistema político, económico, social y cultural.¹¹

A pesar de lo anterior, la práctica internacional señala que el reconocimiento *de iure* se refiere al reconocimiento, que se hace al gobierno que cumple con los requisitos establecidos en su ordenamiento interno, para ser considerado el gobierno legítimo, es decir, aquel que surgió de forma natural conforme a la ley, y siguió el curso normal de la sucesión de gobiernos en dicho Estado, por lo que su reconocimiento no representa un problema a nivel internacional. Por el contrario, el reconocimiento *de facto* se otorga a aquellos gobiernos que surgen por medio de un acto violento (revolución, golpe de Estado, etcétera) y que por lo general se constituyen en oposición o incluso, en total desconocimiento de lo establecido en el ordenamiento interno.

Según César Sepúlveda,¹² se debe entender por gobierno *de facto* aquel que se constituye a sí mismo prescindiendo del mecanismo legal, y que se mantiene a sí mismo proporcionalmente a su fuerza. De ello se colige

¹⁰ Resolución 2625 —XXV— de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

¹¹ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 300.

¹² SEPÚLVEDA, César, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, p. 27.

que cuando un nuevo gobierno, en opinión del Estado que está supuesto a reconocer, no reúne todos los requisitos que se consideran esenciales para considerarlo como legítimo y efectivo representante del Estado que se jacta de gobernar, puede concederle un reconocimiento *de facto*. La característica esencial de este tipo de reconocimiento es su aspecto provisional, susceptible de ser retirado en los casos en que el gobierno reconocido desapareciera o fuera sustituido por otro.

Entonces, el verdadero propósito del reconocimiento *de facto* es:

Una declaración de que el organismo que pretende ser el gobierno de un Estado existente o nuevo, ejerce autoridad efectiva sin que satisfagan otros requisitos para el reconocimiento *de iure*. Si estos requisitos que faltan se cumplieren, el pleno reconocimiento *de iure* se convertiría en un asunto corriente. Si ellos siguieren faltando permanentemente, el reconocimiento cesaría de modo automático o sería final y expresamente retirado. Este reconocimiento no conlleva por sí mismo el intercambio de relaciones diplomáticas.¹³

A lo largo de la historia diferentes tribunales se han pronunciado respecto de esta distinción —sobre las características específicas de cada uno de estos reconocimientos y sobre sus consecuencias—, dentro de dichas sentencias se encuentran las siguientes:

Hay varios grados de lo que se llama 'gobierno de facto'. Tal gobierno, en su más alto grado, asume un carácter que semeja mucho a un gobierno legítimo. Esto es cuando el gobierno usurpador expulsa a las autoridades regulares de sus funciones consuetudinarias y se establece en su lugar, y así se convierte en el gobierno de un país. Las características distintivas de tal gobierno, es que sus adherentes en caso de guerra contra el gobierno *de iure* no incurrir en la pena de traición y, bajo ciertas limitaciones, las obligaciones contraídas por ese gobierno a nombre del país, en general son respetadas por el gobierno *de iure*, si éste se restablece.

(Juez Chase en *Thorington vs. Smith and Hartley*, 1868. Scott, *Cases*, p. 152).

Son de dos clases (los gobiernos *de facto*), una de ellas es cuando han expulsado a las autoridades, legítimamente constituidas del asiento del poder y de las oficinas públicas y establecido sus propios funcionarios en su lugar, representando así, de hecho, la soberanía de la nación... La otra clase de gobiernos *de facto*... es como la que se produce cuando una porción de los habitantes de un país, se separan del Estado del que formaban parte y establecen un gobierno independiente. La validez

¹³ Sir Hersch LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, p. 340.

de sus actos tanto los cometidos en contra del Estado como los en contra de los ciudadanos, depende enteramente de su éxito. Si fracasa en establecerse permanentemente, sus actos perecen con él. Si triunfa y se le reconoce, sus actos desde el comienzo de su existencia, se tienen como los de una nación independiente. (Williams vs. Bruffy. 1897. 96. U.S. 176. 24 L. Ed. 716. Hudson, *Cases*, pp. 156-163).

De acuerdo con un principio de Derecho Internacional, negado al principio teóricamente por una razón de los intereses dinásticos, por la diplomacia de las monarquías extranjeras, aplicado, sin embargo, de hecho en series de casos hay reconocidos universalmente, la capacidad de un gobierno para representar a un Estado no depende en grado alguno de la legitimidad de su origen, así que los Estados extranjeros ya no rehúsan el reconocimiento a un gobierno *de facto*, y que el usurpador que tiene el poder con el consentimiento expreso o tácito de la nación, decreta y concluye válidamente, en el nombre del Estado, tratados que el gobierno legítimo, restaurado, tiene obligación de respetar. (Dreyfus Freres et Cia. Tribunal Franco-Chileno de Reclamaciones. 1901. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, pp. 296-298).

Segundo. Se ha argüido hábil e insistentemente por parte de Costa Rica que el gobierno de Tinoco no puede ser considerado un gobierno *de facto*, porque no se estableció y sostuvo de conformidad con la Constitución de Costa Rica de 1871. Sostener que un gobierno que se establece por sí mismo y mantiene una administración pacífica, con la aquiescencia del pueblo por un periodo substancial de tiempo no se convierte en un gobierno *de facto*, a menos que sea conforme a la Constitución que existía sería sostener, dentro de las normas del Derecho Internacional, que una resolución contraria a la ley fundamental no puede establecer un nuevo gobierno. Esto no es ni puede ser verdad. El cambio revolucionario derroca la norma de las autoridades en el poder bajo la entonces existente ley fundamental, y hace a un lado la ley fundamental en la medida que el cambio de la norma lo hace necesario. Hablar de una revolución que crea a un gobierno *de facto* que se conforma a las limitaciones de la antigua Constitución, es emplear una contradicción de los términos [...]. (Tinoco Concession. Arbitraje entre Inglaterra y Costa Rica, 1927. Arbitro William H. Taft. Scott, *Cases*, pp. 96-100).

En contraposición a lo anterior, otros autores sostienen que esta distinción carece de importancia, pues en la práctica internacional no importa el nombre que se le dé al gobierno que se está reconociendo pues, en ambos casos, las consecuencias jurídicas de dicho reconocimiento —ya *de iure*, ya *de facto*— son las mismas. Como ejemplo de esta afirmación tenemos el siguiente criterio:

Debe decirse con gran certeza que un gobierno *de facto*, cuando está investido de los poderes que son necesarios para darle ese carácter, puede obligar al Estado en la misma medida y con el mismo efecto legal de un gobierno *de iure*. (Caso Day, Comisión de Reclamaciones Venezuela-Americana de 1885. Ralston, p. 309).

Acerca de los requisitos que debe reunir un gobierno *de facto* para ser reconocido, no existen normas positivas que los detallan, y esto posiblemente obedece a que, como se dijo al inicio de este apartado, el Derecho Internacional debe mantener una actitud neutra respecto de las cuestiones relativas a los sistemas políticos internos.¹⁴ No obstante ello, como se verá más adelante, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas doctrinas, que han pretendido llenar este vacío a través de directrices que los Estados deben seguir, cuando se encuentran frente a un nuevo gobierno que quiere ser reconocido para otorgar o no su conformidad, para continuar con las relaciones habituales de intercambio con aquel nuevo régimen.

v. Efectos

A pesar de que, como se dijo anteriormente, el reconocimiento de gobiernos no priva al Estado de su personalidad internacional, el problema de la negativa de reconocer al primero, es que priva al segundo de los medios para ejercer sus derechos internacionales de modo efectivo, pues es precisamente el gobierno el órgano a través del cual un Estado expresa su voluntad; así, en la práctica, el no reconocimiento de un gobierno se traduce en una *capitis deminutio* del Estado que busca representar.¹⁵ De esta forma es evidente que analizar los efectos del reconocimiento de un gobierno, implica necesariamente estudiar las consecuencias, a nivel internacional, de su no reconocimiento.

Tratándose de un acto declarativo su principal consecuencia es establecer —en forma concluyente y no revocable—, que el nuevo gobierno cumple con las exigencias del Derecho Internacional y puede ser admitido, como el representante internacional del Estado al que dirige internamente.¹⁶ Algunos otros efectos son:

¹⁴ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 300.

¹⁵ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 94.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo y otros, *Derecho Internacional Público*, p. 133.

- a) Actuar en las organizaciones internacionales de que es miembro el Estado.
- b) Suscribir tratados.
- c) Contratar empréstitos.
- d) Las leyes y sentencias dictadas en el Estado bajo el gobierno reconocido adquirirán los efectos extraterritoriales correspondientes.
- e) La reanudación de las relaciones diplomáticas, con carácter voluntario, permanente y oficial.¹⁷
- f) El derecho del Estado de apersonarse en juicio ante los tribunales del Estado extranjero, pues ello se hace depender del reconocimiento del Estado y su gobierno. Lo mismo cabe afirmar para la presentación de excepciones de inmunidad de jurisdicción.
- g) El ejercicio por un gobierno de su derecho a disponer de los bienes estatales, situados o exigibles sobre el territorio de un tercer Estado, depende también de su reconocimiento por este Estado.

Por el otro lado, la regla general es que los gobiernos no reconocidos carecen de derechos ante los tribunales del Estado que niega el reconocimiento. Si esa negativa es producto de que al nuevo gobierno le falta alguno de los requisitos necesarios para ser reconocido, la aplicación de la regla antes citada produciría resultados acordes con el Derecho Internacional. Pero si, por el contrario, el reconocimiento no se otorga por oportunismo político, la regla puede llevar a anomalías.¹⁸ Lo anterior con fundamento en que el objetivo o la función del reconocimiento, como ya se vio, no se puede reducir a ser un medio de control o presión por parte de un Estado sobre otro.

Los efectos de rehusar el reconocimiento a un gobierno se pueden enlistar en los siguientes:¹⁹

1. El gobierno no puede litigar en nombre de su Estado ante los tribunales del Estado extranjero que no lo hayan reconocido.
2. La inmunidad jurisdiccional del Estado ante tribunales internos de otro, se entiende que alcanza incluso al Estado cuyo gobierno no ha

¹⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, p. 220.

¹⁸ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, p. 282.

¹⁹ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 302.

sido objeto de reconocimiento. Sin embargo el gobierno no puede reclamar la propiedad de los bienes del Estado sitos en otro Estado que no lo haya reconocido.

3. Negativa de proporcionar ayuda internacional a ese Estado.
4. Negar la personalidad jurídica para demandar ante una jurisdicción extranjera.
5. Negar la capacidad para hablar en nombre del Estado.

Sin embargo, existe unanimidad al considerar que los atributos básicos del Estado, cuyo gobierno no ha sido reconocido son oponibles *erga omnes*. La base de lo anterior es que, como se verá más adelante, el reconocimiento del Estado y del gobierno que lo representa son diferentes y el desconocimiento del segundo, no afecta *per se* la personalidad internacional del primero. Ejemplo de esto son las siguientes decisiones judiciales:

El no reconocimiento del gobierno soviético tiene como única consecuencia la de que, en el campo del Derecho Internacional, este gobierno no tiene cualificación para representar a Rusia en Suiza, bien en materia de Derecho Público, bien de Privado, pero esta circunstancia no impide que el Derecho Ruso exista y tenga sus efectos. (Hausner vs. Banque International de Commerce de Petrograd, *AJIL*, vol. 21, 1927, p. 238).

El reconocimiento no obliga a nuestros tribunales a dar efecto a leyes extranjeras si éstas son contrarias a nuestro orden público. Algunos escritores han sugerido que el no reconocimiento era una razón insuficiente, para la rehusa de nuestros tribunales a aplicar las leyes de otros países, pero debió haber sido que tales leyes fueron contrarias a nuestro orden público... Sin embargo, no puede ser contra el orden público de este Estado, obligar a las naciones a los contratos que han celebrado en su propio país para ser cumplidos de acuerdo con las leyes de ese país. Cuando se ha estipulado expresamente que las leyes de su país nativo deben gobernar sus actos, damos efecto a esas leyes, después del reconocimiento por este país, de la misma manera que daríamos efecto a las leyes de cualquier nación que no ha surgido de una revolución [...]. (Dougherty vs. Equitable Life Assurance Society, Court of Appeals of New York, 1934. 266 N.Y., 71, 193, N.E., 897. Scott, *Cases*, pp. 102-104).

[...] su no reconocimiento no entraña la consecuencia que en este país el gobierno *de facto* del Estado Ruso, no puede aparecer por tal Estado en asuntos de derecho civil. (Exportchleb Ltd. vs. Goudek. Feb., 15, 1935. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1935, p. 1058).

El principio de inmunidad a la jurisdicción, es una consecuencia del reconocimiento y del respeto a la soberanía de un Estado extranjero y que la soberanía de este Estado, es independiente del reconocimiento o no reconocimiento de un gobierno que es ese momento detenta el poder en un Estado reconocido.

(Weber vs. USSR. Abril 30/42. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1942. No. 757).

El análisis de lo hasta ahora expuesto permite concluir que sin el reconocimiento, podrán darse ciertos tipos de relaciones pero en ningún caso plenas.²⁰

B) Distinción con figuras afines

Al inicio de este trabajo se mencionó la importancia de delimitar la materia de estudio y de desentrañar las características, propias del reconocimiento de gobiernos para su correcto análisis. En este mismo sentido es necesario diferenciarlo de otras figuras cuya proximidad muchas veces genera confusiones, las cuales pueden dificultar su entendimiento.

i. Reconocimiento de Estados

Se puede definir esta figura como “un acto unilateral por el cual uno o más Estados declaran, o admiten tácitamente, que ellos consideran un Estado —con los derechos y deberes derivados de esa condición—, a una unidad política que existe de hecho y que se considera a sí misma como Estado”.²¹ Sin entrar al estudio de fondo de esta figura, es importante precisar que “la concesión o rehúsa del reconocimiento (a un gobierno), no tiene nada que ver con el reconocimiento del Estado. Si un Estado extranjero rehúsa el reconocimiento de un cambio en la forma del gobierno de un Estado ya constituido, este último no por eso pierde su reconocimiento como una persona internacional”.²²

Así podemos ver que el reconocimiento de Estados implica necesariamente el reconocimiento de gobiernos pero no a la inversa; por lo tanto, a pesar de que estas figuras guardan íntima relación, es claro que no son lo mismo. Y si bien es cierto que el gobierno es un elemento conformador del Estado —y su desaparición total, acarrearía la extinción del propio Estado

²⁰ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 283.

²¹ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, pp. 509-511.

²² OPPENHEIM, L., *International Law*, p. 120.

por no contar con uno de sus elementos esenciales—, no debe asimilarse su reconocimiento, pues en su origen, presupuestos y efectos, son distintos. Como ejemplo de esto tenemos el siguiente criterio judicial:

El gobierno de los Estados Unidos no ha acordado el reconocimiento a la administración, que ahora funciona en México y por consiguiente no tiene al presente relaciones oficiales con esa administración. Este hecho, sin embargo, no afecta al reconocimiento del propio estado Mexicano, el cual por años ha sido reconocido por los Estados Unidos como una ‘persona internacional’, tal como se entiende el término en la práctica internacional. La situación existente es que no hay intercambio oficial entre los dos Estados [...]. [Gobierno de México (más tarde Estados Unidos Mexicanos) vs. Mariano Viamonte y Fernández. Superior Court of Essex County. Mayo 1923. Hackworth, vol. I, p. 127].

En este sentido, Max Sorensen²³ sostiene que es importante la distinción de estas figuras, para la adecuada comprensión del reconocimiento de gobiernos por las siguientes razones:

1. En el reconocimiento de los gobiernos no hay problema de creación de nuevos sujetos de derecho internacional. La personalidad internacional es la del Estado, y ella sobrevive a los cambios de gobierno.
2. La distinción hace posible definir las relaciones de un Estado con otro cuyo gobierno no ha sido reconocido por aquél.
3. En materia de sucesión, el problema de si el cambio se refiere a la condición de Estado o a la de gobierno, tiene gran significación.
4. La existencia continuada del Estado hace más apremiante que el reconocimiento de su gobierno no deba ser indebidamente retardado.

ii. Reconocimiento de insurgencia

Según lo explica César Sepúlveda,²⁴ el reconocimiento de insurgencia es aquel que se otorga a un grupo insurrecto que se ha levantado contra un gobierno en el interior de un Estado, y que ha organizado alguna forma de autoridad política en el territorio que domina. Los efectos de este tipo de reconocimiento son:

²³ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, p. 280.

²⁴ SEPÚLVEDA, César, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, pp. 14 y 15.

1. Impedir que el grupo de insurgentes sea tratado como piratas y traidores, y permitirles ser tratados como delincuentes políticos en caso de asilo.
2. Capacitarlos para hacer legalmente la guerra civil, pero exigiéndoles el cumplir las normas del Derecho de Gentes en la contienda.
3. Faculta a las otras potencias a realizar tratos con la facción insurgente y a ésta con aquéllas.
4. Concede la posibilidad de designar agentes sin el carácter diplomático u observadores.

De esta forma, si la facción triunfa se le tendrá como gobierno, ya sea *de iure* o *de facto*; pero si fracasa, los compromisos adquiridos por ella frente a terceros Estados, se disuelven, sin obligación para el gobierno que logró reprimir la insurgencia.

iii. Reconocimiento de beligerancia

Aunque algunos autores suelen equiparar al reconocimiento de insurgencia con el de beligerancia, la mayoría reconoce que este último “es el reconocimiento otorgado en una lucha armada interna a la parte no gubernamental, y que tiene por objeto aceptar una situación de hecho, tratando a esa parte no gubernamental como Estado durante la continuación de la lucha”.²⁵ Por lo anterior es que en este tipo de reconocimiento, el efecto más importante es que se aplicarán las leyes de guerra a la lucha en curso,²⁶ con todos los derechos y deberes que deriven tanto de ésta, como de la neutralidad.

iv. Reconocimiento de independencia

En los Estados en proceso de descolonización es común que por una parte exista el gobierno colonial, que sigue ejerciendo sus funciones y tratando de reprimir el movimiento independentista, y por otra parte, un gobierno rebelde que puede llegar a tener ciertas partes del territorio bajo su control, o coexistir con el de la metrópoli colonial en otras secciones del mismo territorio. Aquí se trata propiamente del reconocimiento de un nuevo Es-

²⁵ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, p. 106.

²⁶ *Ibidem*, p. 107.

tado y, dado que el poder está compartido, en mayor o menor grado, por un gobierno que pretende crear un Estado, y otro que desea impedirlo, el reconocimiento del gobierno rebelde, no produce los efectos normales que produciría el reconocimiento de cualquier otro gobierno, sino que equivale al reconocimiento del derecho de creación de un nuevo Estado.

Incluso es posible que un país mantenga relaciones con los dos gobiernos, sin embargo, si ese doble reconocimiento ocurriera traería problemas prácticos, que trascenderían al plano internacional —pudiendo causar responsabilidad internacional al Estado, en caso de que alguno de dichos gobiernos no cumpliera con lo establecido por aquél—.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO

Al ser una figura tan controvertida, a lo largo de la historia del Derecho Internacional, han sido diversos los criterios que los Estados han considerado necesarios para otorgarlo. Así, principalmente en el continente Americano, se desarrollaron diferentes doctrinas de las cuales —siguiendo la exposición de la Doctora Loretta—²⁷ destacan las siguientes: Jefferson, Tobar, Wilson, Estrada y Díaz Ordaz.

Antes de entrar a la exposición de cada una de ellas, es importante hacer énfasis en que estas doctrinas han sido aplicadas a los gobiernos *de facto* y no así a los *de iure* pues, como quedó dicho, en estos últimos, al seguirse el curso normal de la sucesión de gobiernos prevista en su ordenamiento interno, los demás Estados no tienen más que aceptarlo.

A) Doctrina Jefferson (1792)

Esta doctrina surgió en 1792 a raíz del pronunciamiento hecho por Thomas Jefferson, entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, quien dio instrucciones a Morris, Ministro del mismo en París, en relación con la actitud del gobierno norteamericano frente a los acontecimientos en Francia, que determinaron la muerte del monarca y el establecimiento de la República.

²⁷ Loretta ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, p. 94.

Jefferson manifestó “Va de acuerdo con nuestros principios determinar que un gobierno legítimo es aquel creado por la voluntad de la nación, sustancialmente declarada”. Posteriormente, en otra comunicación, le dijo a Morris: “Evidentemente, no podemos negar a ninguna nación ese derecho sobre el cual nuestro propio gobierno se funda: que cualquier nación puede gobernarse en la forma que le plazca, y cambiar de esa forma su propia voluntad; y que puede llevar sus negocios a naciones extranjeras a través de cualquier órgano que estime adecuado, sea monarca, convención, asamblea, presidente o cualquier cosa que escoja. La voluntad de la nación es la única cuestión esencial a considerar”.²⁸

De lo anterior se desprende que para Jefferson lo que debía regir el reconocimiento de gobiernos es la voluntad nacional, sin embargo, posteriormente este requisito dejó de ser suficiente, muestra de ello es la manifestación hecha por el embajador de los Estados Unidos en México, Foster, quien respecto del reconocimiento del gobierno del general Porfirio Díaz en 1877, dijo “[...] nuestro gobierno espera, antes de reconocer al General Díaz como Presidente de México, que se asegure que su elección está aprobada por el pueblo mexicano y que su administración posee la estabilidad para durar y disposición de cumplir con las normas de la cortesía internacional y las obligaciones de los tratados [...]”.

Así, Estados Unidos —en la práctica— exigía para el reconocimiento de un nuevo gobierno: a) el asentimiento de la voluntad popular, b) la efectividad y c) el interés de cumplir con los compromisos contraídos previamente.²⁹

B) Doctrina Tobar (1907)

Esta doctrina fue enunciada por el doctor Carlos Tobar, Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador, en una carta de 15 de marzo de 1907, dirigida al Cónsul de Bolivia en Bruselas:

Las Repúblicas Americanas, por su buen nombre y crédito, aparte de otras consideraciones humanitarias y altruistas, deben intervenir de modo directo en las decisiones internas de las repúblicas del continente. Esta intervención podría consistir, a

²⁸ SEPÚLVEDA, César, *Terminología usual en las relaciones internacionales. II. Derecho Internacional Público*, p. 39.

²⁹ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 95.

lo menos, en el no reconocimiento de gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra la constitución.

Esta fórmula se refería originalmente a la teoría europea de la legitimidad dinástica, sin embargo, la interpretación americana o moderna de la misma, se basa en el apego a las normas internas de organización política de un país y, en esencia, propugna que todo gobierno debe cumplir con el orden legal establecido en su país para la sucesión de gobiernos. Esta doctrina se reconoció en la Convención de Washington de 1907, suscrita por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en la cual se pactó:

Artículo 1º: Los gobiernos de las Partes contratantes no reconocerán a ningún gobierno, que surja en cualquiera de las cinco repúblicas por un golpe de Estado o una revolución contra un gobierno reconocido, mientras la representación del pueblo libremente electo no haya reorganizado al país en forma constitucional.

Esta misma disposición vuelve a aparecer en el Tratado General de Paz y Amistad, de 7 de febrero de 1923, firmado en Washington por las naciones centroamericanas a petición de Estados Unidos de América, el cual señala:

Y aún en ese caso se obligan a no otorgar el reconocimiento, si alguna de las personas que resultaren electas, presidente, vicepresidente o designado, estuviere comprendida en cualquiera de los casos siguientes:

- I. Si fuese el jefe o uno de los jefes del golpe de Estado o de la revolución;
 - II. Si hubiese sido Secretario de Estado o hubiese tenido alto mando militar, al verificarse el golpe de Estado o la revolución o al practicarse la elección [...]
- Tampoco será reconocido, en ningún caso, el gobierno que surja de elección recaída en un ciudadano inhabilitado expresa o indubitadamente por la Constitución de su país para ser electo Presidente, Vicepresidente o designado.

Acerca de esta doctrina, César Sepúlveda señaló que “ni la llamada Doctrina Tobar, ni los Tratados de 1907 y 1923, admitidos o no como representación práctica de aquélla, nunca fueron adecuados para el propósito que fueron concebidos”.³⁰

³⁰ SEPÚLVEDA, César, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, p. 72.

C) Doctrina Wilson (1913)

Esta doctrina sobre el reconocimiento *de facto* se desprende de un discurso del Presidente Wilson, de 11 de marzo de 1913, pronunciado en Mobile, Alabama, en el cual expresaba sus ideas sobre la naturaleza de un gobierno republicano justo, al señalar:³¹

La cooperación sólo es posible cuando está sostenida en todo momento por el proceso ordenado del gobierno justo, que se funda en el derecho, no sobre la fuerza arbitraria e irregular. Mantenemos, como estoy seguro que los líderes de los gobiernos republicanos mantienen dondequiera, que el gobierno justo reposa en el consentimiento de los gobernados, y que no puede haber libertad sin el orden basado en el derecho y sobre la conciencia y la aprobación públicas. Veremos que tales principios constituyan las bases de intercambios mutuos, y respeto y ayuda mutuos entre nuestras repúblicas hermanas y nosotros. El desorden, las intrigas personales y el desafío a los derechos constitucionales debilitan y desacreditan al gobierno. No tenemos simpatía por quienes buscan detentar el poder gubernamental para su ambición o interés personal... no puede haber paz estable y duradera en tales circunstancias. Como amigos preferimos a aquellos que actúan en interés de la paz y del honor, que protegen los derechos privados y respetan los límites de la disposición constitucional.

Posteriormente, en una circular dirigida a las misiones diplomáticas estadounidenses, manifestó:

El propósito de los Estados Unidos es única y exclusivamente asegurar la paz y el orden de Centroamérica, vigilando que el proceso de autogobierno no se interrumpa o abandone. Las usurpaciones como la del general Huerta amenazan la paz y el desarrollo de América como ninguna otra. No solamente vuelven imposible el desarrollo de un gobierno ordenado, sino que tienden a olvidar el derecho, amenazan constantemente la vida y la fortuna de nacionales y extranjeros, invalidando contratos y concesiones de la manera que el usurpador decida para su beneficio y para lastimar tanto al crédito nacional, como todos los cimientos de los negocios domésticos o extranjeros. Es el propósito de los Estados Unidos, consiguientemente, desacreditar y derrotar tales usurpaciones, en donde quiera que ocurran.

Uno de los problemas de esta doctrina, es que le otorga a la comunidad internacional la facultad de decidir si el nuevo gobierno cumple o no con

³¹ SEPÚLVEDA, César, *Terminología usual en las relaciones internacionales. II. Derecho Internacional Público*, p. 40.

el requisito de la legitimidad constitucional, siendo que el derecho de ésta se limita a cerciorarse de que la voluntad popular aprueba ese gobierno —como lo señala la doctrina Jefferson—. Al respecto, la Doctora Loretta señala que “la inconsistencia en la postura del gobierno de Wilson y la intervención constante de Estados Unidos [...], provocaron el debilitamiento de la práctica estadounidense de reconocimiento basado en la regla de legitimidad”.³²

D) Doctrina Estrada (1930)

Se conoce con este nombre a la declaración hecha por Genaro Estrada, Secretario de Relaciones Exteriores de México, el 27 de septiembre de 1930, en la que dijo:

Con motivo de cambios de régimen ocurridos en algunos países de la América del Sur, el Gobierno de México ha tenido necesidad, una vez más, de decidir la aplicación, por su parte, de la teoría llamada de “reconocimiento” de Gobierno. Es un hecho muy conocido el de que México ha sufrido como pocos países, hace algunos años, las consecuencias de esa doctrina, que deja al arbitrio de gobiernos extranjeros el pronunciarse sobre la legitimidad o ilegitimidad de otro régimen, produciéndose con ese motivo situaciones en que la capacidad legal o el ascenso nacional de gobiernos o autoridades, parece supeditarse a la opinión de los extraños. La doctrina de los llamados “reconocimientos” ha sido aplicada a partir de la Gran Guerra, particularmente a naciones de este continente, sin que en muy conocidos casos de cambios de régimen en países de Europa, los gobiernos de las naciones hayan reconocido expresamente, por lo cual el sistema ha venido transformándose en una especialidad para las repúblicas latinoamericanas. Después de un estudio muy atento sobre la materia, el Gobierno de México ha transmitido instrucciones a sus Ministros o encargados de negocios en los países afectados por las recientes políticas, haciéndoles conocer que México no se pronuncia en el sentido de otorgar reconocimientos, porque considera que ésta es una práctica denigrante que, sobre herir la soberanía de otras naciones, coloca a éstas en el caso de que sus asuntos interiores puedan ser calificados en cualquier sentido por otros gobiernos, quienes de hecho asumen una actitud de crítica al decidir, favorable o desfavorablemente, sobre la capacidad legal de regímenes extranjeros. En consecuencia, el Gobierno de México se limita a mantener o retirar, cuando lo crea procedente, a sus agentes diplomáticos y a continuar aceptando, cuando también lo considere procedente, a los similares agentes diplomáticos que las naciones respectivas tengan acreditados en México, sin calificar ni precipitadamente ni a

³² ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 98.

posteriori, el derecho que tengan las naciones extranjeras para aceptar, mantener o sustituir a sus gobiernos o autoridades. Naturalmente, en cuanto a las fórmulas habituales para acreditar y recibir agentes y canjear cartas autógrafas de Jefes de Estado y Cancillerías, continuará usando las mismas que hasta ahora, aceptadas por el derecho internacional y el derecho diplomático.³³

Los elementos principales de esta doctrina son:³⁴

1. México no se pronuncia en el sentido de otorgar reconocimientos.
2. México considera que el reconocimiento es una práctica denigrante que, además de herir la soberanía de otras naciones, coloca a éstas en el caso de que sus asuntos interiores puedan ser calificados en cualquier sentido por otros gobiernos.
3. El gobierno de México se limita a mantener o retirar, cuando lo crea procedente, a sus agentes diplomáticos y a confirmar aceptando, cuando también lo crea procedente, a los similares agentes diplomáticos que las naciones respectivas tengan acreditados en México, sin calificar, ni precipitadamente ni *a posteriori*, el derecho que tengan las naciones extranjeras para aceptar, mantener o sustituir a sus gobiernos o autoridades.

Una de las críticas que se hace a esta doctrina es que México, no obstante haber sido el primero en invocarla, ha sido incongruente en su aplicación, pues tenemos ejemplos claros en los que en lugar de respetar el derecho de los Estados, de organizarse internamente como mejor les convenga, ha utilizado un criterio político olvidándose de las normas jurídicas que proclaman el respeto mutuo.³⁵ Los siguientes casos son muestra de ello:

- a) El no reconocimiento del gobierno *de facto* encabezado por Francisco Franco; en su lugar, reconoció al gobierno de la República en el exilio en agosto de 1945.
- b) Las calificaciones de orden interno que hizo en 1989, en los conflictos entre los gobiernos de Estados Unidos de América y

³³ Disponible en: <http://www.mexicodiplomatico.org/genaroestrada.html>.

³⁴ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Internacional Público*, p. 21.

³⁵ SUÁREZ ESCALANTE, Ricardo, *Cuestiones Internacionales. El reconocimiento*, p. 43.

Panamá que desencadenaron la invasión, calificaciones que sólo le correspondían a los panameños.

Algunos autores consideran que para que la Doctrina Estrada hubiera sido realmente efectiva, se tendría que haber incluido en ella el reconocimiento por parte de México de los gobiernos *de facto*, independientemente de la simpatía o antipatía que pudiera sentir por sus respectivos gobiernos, manteniendo sus relaciones con dichos pueblos. De lo contrario, en la forma en la que está consagrada esta doctrina "si bien no existe un reconocimiento expreso, hay un reconocimiento implícito al decidir iniciar o mantener las relaciones diplomáticas o consulares con un nuevo gobierno".³⁶

E) Doctrina Díaz Ordaz (1969)

También llamada Tesis de la Continuidad, se deriva del discurso de 15 de abril de 1969, en el que el Secretario de Relaciones Exteriores de México, Antonio Carrillo Flores, al invocar las instrucciones del Presidente Díaz Ordaz, manifestó "[...] no debe faltar un puente de comunicación entre las naciones de la América Latina, y que con ese propósito México no desea que haya solución de continuidad, en sus relaciones con los demás países latinoamericanos, cualquiera que sea el carácter o la orientación de sus gobiernos".

México introducía un matiz a la doctrina Estrada, el cual consistía en enunciar el criterio del gobierno mexicano de la conveniencia de mantener la continuidad, de las relaciones diplomáticas con los países latinoamericanos. Sin embargo, era sólo una declaración de intención, no un compromiso firme de mantener la continuidad de las relaciones. La IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, que se llevó a cabo del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, adoptó con el título de "Ejercicio del derecho de legación" una resolución (XXXV), que ofrece un antecedente de esta doctrina, al declarar:

1. Que es deseable la continuidad de las relaciones diplomáticas entre los Estados Americanos.
2. Que el derecho de mantener, suspender o reanudar relaciones diplomáticas con otro gobierno, no podrá ejercerse como instrumento

³⁶ ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, p. 99.

para obtener individualmente ventajas injustificadas, conforme al derecho internacional.

3. Que el establecimiento o mantenimiento de relaciones diplomáticas con un gobierno no envuelve juicio acerca de la política interna de ese gobierno.

En realidad la Doctrina Díaz Ordaz no fue invocada posteriormente por México, quien se ha limitado a mantener o retirar a sus representantes diplomáticos sin hacer referencia a la tesis de la continuidad. Por el contrario, sí ha hecho referencia a la Doctrina Estrada como se aprecia cuando, con motivos del golpe de Estado en Chile que derrocó al presidente Allende —11 de septiembre de 1973—, se limitó a decir que “en aplicación de la doctrina Estrada continuaba manteniendo relaciones con el nuevo régimen [...]”.³⁷ Y es tal la relación entre estas dos doctrinas que incluso se ha sostenido, que “esta doctrina no significa el abandono de la Doctrina Estrada [...], es una modificación en el sentido de que México ya pone de manifiesto su deseo de continuar las relaciones, independientemente del ‘carácter u orientación de los gobiernos’”.³⁸

CONCLUSIONES

En primer lugar, en cuanto a la diferencia que se hace entre los gobiernos *de iure* y los *de facto*, ésta tendría que erradicarse, pues la forma en la que surgió un gobierno sólo es relevante en el ámbito interno; a nivel internacional lo realmente trascendental es que el régimen que pretende ser reconocido efectivamente, gobierne al Estado pues sólo de esta forma tendrá plenas facultades para comprometerse en nombre del Estado, cumplir con sus obligaciones y exigir los compromisos que tengan los demás Estados con el suyo.

Ahora bien, a pesar de que a lo largo de la historia se han creado diversas doctrinas, que establecen los requisitos necesarios para otorgar el reconocimiento a un nuevo gobierno, la práctica internacional ha demostrado que son los propios Estados precursores de las mismas los que se han encargado de contrariarlas. Con esto se pone a relucir, una vez más, que el reconocimiento de gobiernos es un acto político que los Estados utilizan a

³⁷ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, p. 162.

³⁸ *Ibidem*, p. 106.

conveniencia, sin que exista a la fecha alguna norma convencional o consuetudinaria que dirija, de forma obligatoria, su actuar.

En este sentido, existe una necesidad latente por marcar parámetros claros, para que un Estado otorgue el reconocimiento a un régimen que pretende gobernar a otro Estado, pues de lo contrario se seguirá abusando de esta figura utilizándola como medio de presión, por parte de Estados poderosos sobre los que se encuentran en una situación desventajosa —ya sea por circunstancias económicas, sociales o culturales—, poniendo en riesgo normas, incluso de *ius cogens*, como lo son la libre determinación de los pueblos, la igualdad soberana y el principio de no intervención.

El establecimiento de tales parámetros evitará que un Estado aplique cierto criterio en un momento específico y luego, sólo por ajustarse mejor a sus intereses del momento, aplique uno totalmente diferente cuando nuevamente se encuentre en la disyuntiva de manifestar su conformidad, o inconformidad para continuar las relaciones habituales de intercambio con un nuevo régimen. Asegurar la congruencia en el actuar de los Estados y dotar de certeza las relaciones entre los Estados y los nuevos gobiernos es un hecho imperioso.

OBRAS CONSULTADAS

- Annuaire de l'Institut de Droite International 1936.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Internacional Público*, editorial McGraw-Hill, México, 1997.
- BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Lexis Nexis, 8ª Ed., Santiago, Chile, 2004.
- DE ROSENZWEIG DÍAZ, José Maximiliano Alfonso, *Cómo entiende el gobierno de México la Doctrina Estrada*, México, 1982. http://www.mexicodiplomatico.org/aportadiplom/alfonso_rosenzweig.pdf
- Dictionnaire de la terminologie du Droit International.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 16ª Ed., Madrid, 2008.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Fundación Konrad Ademauer, México, 2005.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *et al.*, *Derecho Internacional Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.

- LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Univ. Press, Cambridge, 1947.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, Temis, 5ª Ed., Bogotá, Colombia, 2002.
- OPPENHEIM, L., *International Law*, 6ª Ed., tomo I, Longman, Londres, 1962.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, 3ª Ed., Oxford University Press, México, 2009.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 8ª Ed., Madrid, 2001.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, 23ª Ed., México, 2009.
- SEPÚLVEDA, César, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª Ed., México, 1974.
- _____, *Terminología usual en las relaciones internacionales. II. Derecho Internacional Público*, Acervo Histórico Diplomático Mexicano-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1993.
- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- SUÁREZ ESCALANTE, Ricardo, "Cuestiones Internacionales. El reconocimiento", *Revista Jurídica*, vol. IV, núm. 16, Departamento Autónomo de Prensa, México, marzo, 1939.

Marco Normativo

Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Convención de Washington de 1907.

Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional, Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625—XXV— de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970).

Resolución XXXV "Ejercicio del derecho de legación", de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia (llevada a cabo del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948).

Tratado General de Paz y Amistad (7 de febrero de 1923).

DECÁLOGO DE PROPUESTAS PARA LA ELABORACIÓN DE SENTENCIAS

Luis POMED SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *La sentencia debe identificar a su autor.* II. *Es preciso diferenciar claramente los antecedentes, aportados al tribunal, de la argumentación empleada por éste para justificar su decisión.* III. *La extensión no es sinónimo de calidad.* IV. *La sentencia debe hacer gala de sencillez en el empleo del lenguaje común y de precisión en el uso de los términos jurídicos.* V. *No debemos olvidar que la sentencia es la conclusión de un proceso.* VI. *La sentencia no sólo "decide" (parte dispositiva), sino que también "justifica" (parte argumentativa) la decisión.* VII. *Resulta necesario diferenciar los casos fáciles de los difíciles.* VIII. *La sentencia debe ser congruente.* IX. *La sentencia debe ser consistente.* X. *La sentencia está destinada a la ejecución de lo decidido.*

La preocupación por la calidad de las resoluciones jurisdiccionales es una de las manifestaciones, no precisamente la menor, de más amplia preocupación por la calidad de la Democracia. Hablamos, claro es, de la administración de justicia en el seno de un Estado democrático de Derecho, forma de organización política refractaria a la existencia misma de *arcana imperii* y en la que el ejercicio de todo poder público está sometido al escrutinio de los ciudadanos. Consecuentemente, la calidad de las resoluciones jurisdiccionales será un criterio a valorar por esos mismos ciudadanos, al examinar la probidad con que los servidores públicos desempeñan su función jurisdiccional, la función exorbitante por antonomasia por potencial —cuando no real—, incidencia sobre la libertad y derechos de los individuos.

Resulta por ello especialmente reseñable la creciente atención que la sociedad mexicana está prestando, y no sólo en términos de calidad, al

* Letrado del Tribunal Constitucional de España.

trabajo que desempeñan sus tribunales de justicia.¹ Las páginas que siguen representan un modesto testimonio de esa preocupación, pues son el fruto de diversos encuentros mantenidos con juristas mexicanos, que dedican sus esfuerzos a la realización del ideal colectivo de justicia, bien mediante la elaboración de resoluciones jurisdiccionales, bien sometiéndolas a un examen crítico.²

Sepa el lector que cuanto de provechoso pueda hallar en este decálogo de propuestas, es el resultado de los diálogos mantenidos durante esos encuentros y que quien lo firma no puede esgrimir otro título que el de cotidiano —y en ocasiones paciente— lector de jurisprudencia.

I. LA SENTENCIA DEBE IDENTIFICAR A SU AUTOR

Al respecto parece pertinente comenzar advirtiendo que el autor de la sentencia es, siempre, el órgano jurisdiccional que la dicta. No lo es el Letrado o Secretario de Estudio y Cuenta, que pudo intervenir en la fase de redacción del borrador, pero que no participó en la formación del órgano, y ni siquiera el ponente cuando la resolución emana de un órgano colegiado. Por lealtad hacia la institución unos y otros habrán de anteponer el interés del órgano al brillo o lucimiento personal.

Puede suceder, por otra parte, que el ordenamiento jurídico contenga una definición normativa, que establezca la forma que deben adoptar los

¹ Al respecto, baste citar el excelente artículo del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, J. R. Cossío Díaz y el Secretario de estudio y cuenta, R. Lara Chagoyán, “En el país de las sentencias institucionales”, publicado en el número del mes de abril de 2012 de la revista *Nexos* disponible en <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102720> (consultada el 15 de mayo de 2013).

² Concretamente, este trabajo tiene su origen en un seminario sobre redacción de sentencias que, a partir de una iniciativa del Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar, siempre preocupado por la mejora de la calidad de las resoluciones jurisdiccionales, tuvo ocasión de impartir en el Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación entre los días 19 a 21 de junio de 2012. Inmediatamente después, y gracias a la intermediación de Luis Efrén Ríos Vega, se me brindó la oportunidad de presentar el contenido de este decálogo ante los magistrados asistentes a una conferencia pronunciada el día 22 de junio de 2012 en el Instituto de Especialización Judicial del Consejo de la Judicatura del Estado de Coahuila de Zaragoza. El ciclo se ha cerrado con una nueva charla en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 25 de febrero de 2013, en cuya organización tantos esfuerzos pusieron Luis Alberto Trejo Osornio y Carlos Báez Silva.

Quiero agradecer, a cuantos asistieron a esos encuentros, las sugerencias críticas que formularon a mis intervenciones. También deseo expresar mi agradecimiento a quienes generosamente impulsaron la celebración de dichos encuentros, la relación de los ya citados en el párrafo anterior debe completarse con la mención a Luis Felipe Nava Gomar, promotor de esta y tantas iniciativas, y Roberto Niembro Ortega, a cuyo empeño personal se debe la publicación de este decálogo.

diferentes tipos de resoluciones jurisdiccionales. Así sucede en el Derecho positivo español y más concretamente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De acuerdo con el artículo 248.3 de este cuerpo legal, “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”.³ El antecedente legislativo de este precepto debe buscarse en el tercer párrafo del art. 668, de la benemérita Ley provisional sobre organización del poder judicial, de 15 de septiembre de 1870, donde se decía que “las sentencias definitivas se formularán con resultandos en que se exprese con claridad y con la posible concisión, los hechos importantes que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el Juez o Tribunal, y con considerandos en que se apliquen las leyes.” Si bien es cierto que podemos lamentar que quedara por el camino la sensata apelación a la claridad y “posible concisión” en la exposición de hechos relevantes para el caso, no lo es menos que debemos celebrar el abandono de la clásica distinción entre “resultandos” y “considerandos”, términos ahora sustituidos por los de “antecedentes” y “fundamentos jurídicos”. Cuando menos, se evita con ello incurrir en lo que algún autor ha denominado inquietante uso del gerundio como sustantivo.⁴

Interesa señalar que este cambio en la estructura de las sentencias no fue decisión libérrima de un legislador que, sabiamente, acertó a dar pleno respaldo a las innovaciones que en materia de elaboración de las resoluciones jurisdiccionales, se habían venido sucediendo desde la promulgación de la Constitución de 1978. En este punto, resulta obligado reconocer el papel dinamizador que representara el Tribunal Constitucional, órgano

³ En sus dos primeros apartados, el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene sendas definiciones de las providencias (art. 248.1: “La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario”. Adviértase, no obstante, que en el inciso final el legislador abre la puerta a la motivación de las providencias, al admitir que “podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente”; más allá de la discrecionalidad que se reconoce al autor de las providencias para motivarlas “cuando [lo] estime conveniente”, importa hacer hincapié en el enfoque argumentativo del Derecho que una previsión como ésta trasluce) y de los autos (art. 248.2: “Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva”). En términos sustancialmente idénticos, art. 206.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁴ R. LARA CHAGOYÁN, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 74.

que prescindió de la estructura tradicional de las sentencias en España y optó por una ordenación de las mismas en “antecedentes” y “fundamentos jurídicos”; además, se decantó por un uso más sobrio del lenguaje, abandonando los resabios arcaizantes propios de nuestro lenguaje forense.

Sea como fuere, y abstracción hecha de la existencia de una norma específica relativa a la estructura de las resoluciones jurisdiccionales en general, y de las sentencias en particular, es lo cierto que podemos convenir en la identificación de cuatro apartados fundamentales en las sentencias: encabezamiento, antecedentes, motivación fáctica y jurídica y decisión.⁵ Ni qué decir tiene esta división del discurso judicial, bebe en gran medida de las fuentes de la retórica clásica, que estructuraban el discurso en exordio, narración, demostración, refutación, conclusión y epílogo.⁶

Interesa destacar la relevancia de la primera de estas partes del discurso judicial: el encabezamiento, en la medida en que desempeña las funciones propias del exordio. A este respecto, Perelman y Olbrechts-Tyteca han proclamado que “en el exordio, el orador se esforzará por mostrar su competencia, imparcialidad y honestidad”.⁷ Obviamente, no se trata aquí de entender acreditadas estas cualidades del titular o componentes de la instancia jurisdiccional, individualmente considerados, sino del propio órgano. Lo que, en términos de constitucionalidad, nos remite a la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley como uno de los componentes del derecho a un proceso justo.

No se trata, por tanto, de una cuestión menor. Hasta el punto de que los ciudadanos harán bien en reclamar que las resoluciones jurisdiccionales, de los órganos judiciales respondan a una estructura general uniforme que permita constatar *ictu oculi* qué órgano judicial la ha dictado, con qué composición y en qué asunto. Función ésta que debe desempeñar el encabezamiento de las sentencias, del que, a los efectos que aquí interesan, forma parte también el preámbulo de las resoluciones.

Tomando como referencia las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de España, únicamente porque son aquellas con las que más

⁵ Al respecto, *vid.* PECES MORATE, J. E., “La Sentencia. Técnica de redacción”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 36 (1994), pp. 153 y ss.

⁶ *Id.* Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989, p. 747. Fiel a esas fuentes tradicionales, R. LARA CHAGOYÁN, *Argumentación jurídica, op. cit.*, p. 74 distingue cuatro partes en el discurso oratorio judicial: exordio, narración, argumentación y epílogo.

⁷ Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación, op. cit.*, p. 748.

familiarizado se halla el autor de estas páginas, cabe señalar que el encabezamiento de todas y cada una de ellas responde a un mismo esquema. Así, tras proporcionarse el número de resolución y la fecha en que se dictó (*vgr.* Sentencia 31/2010, de 28 de junio), se deja constancia de la concreta composición (Pleno, Sala o Sección), del Tribunal que ha dictado la resolución y de los magistrados que la integraron en el momento de deliberar y aprobar la sentencia, es decir de aquellos que “formaron sala” en la tradicional expresión forense (por continuar con el mismo ejemplo), en el encabezamiento de la STC 31/2010, de 28 de junio, leemos que fue dictada por el Tribunal en pleno y podemos saber qué concretos magistrados lo integraron:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Manuel Aragón Reyes, Magistrados, ha pronunciado.⁸

En el preámbulo de la sentencia se identifica —es deseable que con precisión— el objeto del proceso, quiénes fueron las partes que en él intervinieron y el nombre del magistrado autor de la ponencia que recoge la opinión del órgano jurisdiccional. Siguiendo con el ejemplo de la STC

⁸ La STC 31/2010, de 28 de junio, es la más consultada en el buscador de jurisprudencia existente en el portal de internet del Tribunal Constitucional de España (www.tribunalconstitucional.es). Las sentencias del Tribunal Constitucional de España se insertan en el “Boletín Oficial del Estado” precedidas de unos sucintos sumarios o índices descriptivo y analítico. Siguiendo con el ejemplo de la STC 31/2010, en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 172, de 16 de julio, al texto de la resolución se antepone la síntesis descriptiva, que identifica el tipo de proceso constitucional resuelto: “Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, y la síntesis analítica, que enumera someramente los aspectos sustantivos examinados en la resolución: “Función y contenido constitucional del Estatuto de Autonomía: Estatuto de Autonomía y sistema de fuentes; bloque de constitucionalidad, valor interpretativo del Estatuto de Autonomía; fundamento de la autonomía; derechos fundamentales y derechos estatutarios; sistema institucional autonómico, organización territorial y gobierno local; Poder Judicial; delimitación del contenido funcional y material de las competencias; relaciones de la Generalitat de Cataluña con el Estado y la Unión Europea; acción exterior; financiación autonómica y local; reforma del Estatuto de Autonomía. Eficacia jurídica del preámbulo; nulidad parcial e interpretación de preceptos legales. Votos particulares”. Adviértase que estas síntesis son elaboradas por los servicios del Tribunal Constitucional y únicamente tienen como único propósito el de facilitar la lectura de las resoluciones del Tribunal; no forman parte, por consiguiente, de las sentencias, ni han sido confeccionadas por el colegio de magistrados que pronunció la sentencia.

31/2010, de 28 de junio, en su preámbulo leemos que esta sentencia ha sido dictada:

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Han sido parte el Abogado del Estado, el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer del Tribunal.

Como ya se ha indicado, el exordio de las sentencias —integrado por su encabezamiento y preámbulo—, informan a los lectores de la “competencia, imparcialidad y honestidad” del órgano jurisdiccional que las dictó. No se trata, nótese bien, de defender que esas cualidades concurren en los miembros del órgano, cuestión que nos remite a otras categorías jurídicas, sino de algo mucho más modesto: suministrar al lector la información precisa para que pueda valorar que quien dictó, actuó en el ejercicio de sus competencias y desempeñó la potestad jurisdiccional honestamente y con imparcialidad.

Asumiendo el riesgo de una cierta simplificación, cabe afirmar que una adecuada elaboración del exordio de las sentencias, debe excluir por lo común cualquier duda que pudiera existir en torno a la competencia jurisdiccional del órgano que la pronuncie. En efecto, la precisa identificación del proceso (tipología), resuelto por la sentencia debe permitir concluir que el órgano que ha conocido de él es precisamente aquel al que las normas procesales han atribuido competencia al efecto.

En cuanto al desempeño de la función jurisdiccional con honestidad e imparcialidad podemos señalar, por un lado, que la relación de integrantes del órgano jurisdiccional que han “formado sala” y que, por consiguiente, han intervenido en la formación de la voluntad del órgano, es capital para descartar cualquier duda de que la eventual inobservancia de una causa de abstención de alguno de los jueces, haya podido “contaminar” al tribunal en su conjunto. Contemplada la cuestión desde su envés, interesa subrayar que el desempeño de la función jurisdiccional no es, en rigor, ejercicio de un derecho sino de una potestad, lo que conlleva el cumplimiento de un deber: el juez no es libre de resolver en Derecho una determinada controversia, sino que viene obligado a hacerlo en todos aquellos casos en los que revista la condición de tercero imparcial. Siendo ello así, las senten-

cias deben dar cumplida cuenta de la eventual concurrencia de un motivo de abstención, único supuesto que exime a los jueces del ejercicio de la función jurisdiccional. En caso contrario, nos hallaríamos ante una injustificada renuncia al ejercicio de la jurisdicción que representa una burla al Estado de Derecho.

Por otro lado, la publicidad de las resoluciones jurisdiccionales, consustancial al Estado democrático de Derecho, facilita que los ciudadanos puedan valorar el modo como se imparte justicia en su nombre. Los procesos judiciales tienen carácter público porque en ellos se realiza, siempre e inexcusablemente, uno de los valores superiores —parafraseando la fórmula empleada en el art. 1.1 de la Constitución española—, de esta forma de organización política: la Justicia. Una sociedad democrática reclama que la justicia se administre en la plaza pública y en unos términos tales que faciliten la completa intelección de las resoluciones por los ciudadanos. Correlato de todo ello es la difusión íntegra de las sentencias, sin tratamientos posteriores que distorsionen o alteren su contenido, pues sólo de este modo pueden los ciudadanos constatar que quienes administran justicia lo hacen con la probidad que les es exigible.

Como ha indicado el Tribunal Constitucional español, por referencia a sus propias resoluciones,⁹ esa difusión de las sentencias en su integridad comprende “por lo común, la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo, en tanto que permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional”. (STC 114/2006, de 5 de abril, fundamento jurídico 6). Obviamente, este criterio general puede ceder cuando entre en conflicto con otros valores o garantías

⁹ La STC 114/2006, de 5 de abril, predica la existencia de “una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales” del Tribunal Constitucional dimanante del art. 164.1 de la Constitución, conforme al cual “las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere”, lo que, en efecto, representa un plus de publicidad por comparación con el criterio general de publicidad de las actuaciones judiciales “con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” que figura en el art. 120.1 de la Constitución.

constitucionales, pero interesa subrayar que la resolución de ese conflicto, mediante la apreciación de las circunstancias concurrentes y la ponderación de los bienes jurídicos en presencia es, siempre, una decisión jurisdiccional. De nuevo es pertinente la cita de la STC 114/2006, donde se afirma que “result[a] inequívoco, desde la perspectiva de la concreta naturaleza de la cuestión que se suscita y el órgano al que corresponde resolver sobre la misma, que al aparecer referida al alcance de la publicidad de una resolución de este Tribunal y fundamentarse en la alegación del ejercicio de derechos fundamentales, sea una cuestión jurisdiccional de exclusiva competencia de este Tribunal, en tanto que juez del caso en el que se suscita y, a la vez, supremo intérprete de la Constitución y órgano jurisdiccional superior en cuanto afecta a garantías constitucionales (art. 123.1 CE).” (FJ 5), reiterándose más adelante que “este Tribunal puede excepcionar *mediante una decisión jurisdiccional*, adoptada de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales, que incorporan doctrina constitucional” (FJ 7, cursiva añadida). El conocimiento público de las circunstancias del caso, permite valorar hasta qué punto el órgano jurisdiccional actúa con imparcialidad y honestidad (*rectius*, con probidad), evitando así que se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam*.

En algunos ordenamientos jurídicos la identidad de las partes en el proceso se utiliza como método para la identificación del propio proceso. Así sucede no sólo en los países anglosajones, sino también en los más connotados órganos jurisdiccionales supranacionales (por todos, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2009 en el caso C.C. contra España, § 39).¹⁰

Sirva la constatación de esta realidad para insistir en la conveniencia de identificar las sentencias bien por referencia, exclusivamente o en combinación con otros elementos, a quienes fueron parte en el proceso [vgr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno c. España*; Sentencia del Tribunal Europeo

¹⁰ En el actual Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dedica el art. 33 a la publicidad del proceso (bajo la denominación de “carácter público de los documentos”), pudiendo solicitar las partes que se anonimicen las resoluciones (art. 47.3 e Instrucción práctica de la Presidencia del Tribunal de 14 de enero de 2010). El texto tanto del vigente Reglamento del Tribunal, que entró en vigor el pasado 1 de mayo de 2013, como de la Instrucción práctica citada puede hallarse en <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/Other+texts/Rules+of+Court/>, para la versión inglesa, y <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Other+texts/Rules+of+Court/>, para la edición en lengua francesa (consulta realizada el 20 de mayo de 2013).

de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*; *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)], bien mediante la asignación de un número correlativo y la indicación de la fecha en la que fue dictada (para el caso del Tribunal Constitucional de España, la ya mencionada STC 31/2010, de 28 de junio), o cualquier otro criterio distinto del número de expediente asignado al proceso sobre el que versa la resolución. Importa tanto tener un criterio uniforme de cita de sentencias pues, entre otras utilidades, sirve de opción de búsqueda y facilita su localización cuando el lector haga uso, como será frecuente, herramientas informáticas.

II. ES PRECISO DIFERENCIAR CLARAMENTE LOS ANTECEDENTES, APORTADOS AL TRIBUNAL, DE LA ARGUMENTACIÓN EMPLEADA POR ÉSTE PARA JUSTIFICAR SU DECISIÓN

Sin perjuicio de volver posteriormente sobre este punto, conviene no perder nunca de vista que la sentencia es la resolución con la que culmina, cuando menos provisionalmente, si es susceptible de recurso o definitivamente en otro caso, un proceso. Debe ser, pues, fiel reflejo de lo acaecido en ese proceso.¹¹

Pero esa fidelidad no pasa por una relación morosa de los antecedentes procesales, sino en la selección de aquellos que resulten efectivamente *relevantes* para la resolución del conflicto, sometido a la consideración del órgano jurisdiccional. Los antecedentes lo son de la sentencia, no del caso.

En términos positivos podemos afirmar que debe procurarse que todo el desarrollo del proceso reciba una sintética descripción en los antecedentes —resultandos, hasta tanto se abandone esta denominación arcaizante— de la sentencia. Cada antecedente o resultado debe dejar constancia de una fase del proceso, reseñando tan solo aquello que sea verdaderamente relevante para la adecuada comprensión del caso y de las tesis defendidas en el debate procesal por las partes; dicho de otro modo, para la adecuada intelección de la argumentación justificativa de la decisión a adoptar, que se plasmará posteriormente en los fundamentos jurídicos o de Derecho. Hay que evitar la mención de aspectos ajenos al debate procesal, no digamos su pormenorización.

¹¹ Como acertadamente ha señalado PECES MORATE, J. E., “La sentencia. Técnica de redacción”, *op. cit.*, p. 159, “la lectura de una sentencia [...] ha de permitir conocer en plenitud el pleito, cuya decisión aquella constituye”.

Hay que hacer hincapié en la importancia que entraña la precisa exposición, tanto de los hechos que se sitúan en el origen de la controversia sometida al órgano jurisdiccional, como de las posiciones defendidas por todas las partes que hayan intervenido en el proceso. Debe huirse tanto de la pura transcripción literal de los escritos de las partes, salvo que sea preciso dejar constancia, por las razones que fueren y que únicamente son legítimas en la medida en que se vinculen con la fundamentación de la sentencia (la redacción de una resolución no puede ser nunca ocasión para poner en evidencia, la imprecisión o pobreza lingüística de las representaciones de las partes), como de su enunciado telegráfico.¹² Sólo así se expone en sus justos términos la controversia trabada en un proceso dialogado de carácter público y se reflejan con la deseable precisión las razones —y la ilación entre ellas—, en las que fundamenta su pretensión la parte actora y aquellas otras que le oponga la contraparte.

No es preciso detenerse a exponer la importancia que, para lograr estos propósitos, tiene la asunción por el propio juez o magistrado ponente de la tarea de redactar los antecedentes de la sentencia. Sólo él está legitimado por el ordenamiento jurídico para ofrecer al órgano colegiado, la selección de hechos relevantes para el caso y para dar cuenta de las tesis sustentadas por las partes comparecientes en el proceso. Delegar esta labor en el personal auxiliar de los juzgados y tribunales, entraña el riesgo de renunciar a un adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues el juez o magistrado que así actúe se hurtará a sí mismo la posibilidad de reparar las deficiencias habidas en la tramitación del proceso y prestará un flaco servicio a los principios de inmediación y contradicción, pues no se enfrentará directamente con las tesis de las partes, sino con la exposición que de ellas haga un tercero no integrante del órgano jurisdiccional.

En cada uno de los fundamentos jurídicos o de Derecho debe examinarse un aspecto distinto del proceso. Conviene evitar la exposición minuciosa de aquellos puntos sobre los que no haya discrepancia entre las partes y su elucidación no plantee dudas al órgano jurisdiccional; en otro caso, el respeto a la esencia misma del proceso y la salvaguarda del principio de contradicción, habrá de llevar al planteamiento de la cuestión a las partes para que puedan expresar su parecer, antes de que el órgano judicial se pronuncie definitivamente sobre ella. En otro caso hay que ser

muy conscientes de que los ejercicios de vanidosa erudición, nada aportan a la adecuada intelección de la sentencia y distraen innecesariamente la atención del lector.

Evidentemente, los fundamentos jurídicos —cuya extensión no debiera superar en ningún caso el límite de las dos páginas—, deben responder a una estructura racional, de modo que primeramente habrán de examinarse los aspectos procesales de la cuestión, a fin de despejar los óbices que eventualmente pudieran impedir un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes y de los argumentos esgrimidos para fundamentarlas.

La Sentencia debe dar cuenta, asimismo, de las razones que inducen al órgano jurisdiccional a decantarse por un determinado orden en el análisis de los motivos de fondo, aducidos por las partes en defensa de sus pretensiones. Ese orden debiera inspirarse en el principio de reparación efectiva de la lesión padecida, anteponiéndose el estudio de los motivos cuya estimación dé lugar a una reparación íntegra, respecto de aquellos otros que conducen a una retroacción de actuaciones o al pronunciamiento de una Sentencia únicamente declarativa.

No participo de las críticas a la extendida práctica de dedicar el primer fundamento a identificar el objeto del proceso y sintetizar las posiciones defendidas por las partes comparecientes. Frente a quienes señalan que estos extremos hubieran debido quedar perfectamente delimitados, en las partes que preceden a la motivación,¹³ cabe sostener que en ese primer fundamento el órgano jurisdiccional no interviene como narrado de las actuaciones y opiniones vertidas por terceros, sino que pasa a representar un papel protagonista en la concreción del *thema decidendi* que ha de servir de presupuesto a toda la argumentación posterior.

Por el contrario, entiendo que resulta de todo punto rechazable la costumbre, que observan algunos tribunales, de ubicar en los fundamentos jurídicos la exposición íntegra de los argumentos de las partes personadas en el proceso. Ciertamente es que la sentencia debe dialogar en todo momento con las partes, pero no es menos cierto que no puede renunciar al señorío de ese diálogo; el órgano jurisdiccional no debe limitarse a replicar las tesis de los comparecientes, sino que ha de resolver la controversia con la vista puesta en la realización efectiva del Derecho objetivo y la protección de

¹² No puede sorprender la coincidencia en este punto de PECES MORATE, J. E., "La sentencia. Técnica de redacción", *op. cit.*, p. 162 y R. LARA CHAGOYÁN, *Argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 155.

¹³ PECES MORATE, J. E., "La sentencia. Técnica de redacción", *op. cit.*, p. 162.

los derechos subjetivos, lo que reclama la toma en consideración constante del interés general que se plasma en ese mismo Derecho objetivo.

III. LA EXTENSIÓN NO ES SINÓNIMO DE CALIDAD

No debemos perder nunca de vista que una sentencia de doscientas páginas de extensión, no es necesariamente diez veces mejor que otra de veinte; sólo es diez veces más larga.

El juez sustituto Pedro Sámano apenas necesitó 530 palabras para dictar la primera sentencia de amparo de la historia.¹⁴ Algo más al norte, llama nuestra atención el hecho de que dos de las sentencias, que más prestigio y reconocimiento han granjeado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos destacan, no alcanzan las 10,000 palabras, cifra a la que se aproxima la sentencia *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en la que el Presidente del Tribunal John Marshall acertara a sentar las bases del control jurisdiccional de los actos del legislador, correlato lógico de la fuerza normativa de la Constitución¹⁵ y de la que está muy distante —apenas la mitad de esa extensión— *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), resolución que, con ponencia del Presidente Earl Warren, puso fin a la segregación racial en las escuelas públicas estadounidenses. No deja de sorprender que además de su brevedad y concisión, ambas resoluciones tengan en común haber sido aprobadas por unanimidad, pues en ninguno de los dos casos se formularon votos particulares (opiniones en la terminología estadounidense) concurrentes ni discrepantes. Todo lo contrario sucede en el caso de *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), en la que el entonces Presidente del Tribunal Roger B. Taney, precisó casi 30,000 palabras para redactar la opinión mayoritaria menos honorable, de la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

No es preciso prolongar esta muestra comparativa de la extensión de algunas sentencias de indudable resonancia histórica, para poner de relieve que no hay una relación directa entre tamaño de la resolución y calidad

¹⁴ El texto de esta sentencia, precedido de un riguroso estudio de contextualización puede hallarse en H. Aldasoro Velasco, "La primera sentencia de amparo dictada a nivel federal el 13 de agosto de 1849 en el Estado de San Luis Potosí" (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/168/4.pdf>, consultado el 22 de mayo de 2013).

¹⁵ Es de justicia en este punto la cita de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión, ed. Civitas, 2006.

—e incluso acierto— de la misma. A contrario, tampoco parece necesario precisar que tampoco cabe sostener la existencia de una relación inversamente proporcional entre ambas magnitudes. Sucede, sin embargo, que, haciendo ahora abstracción de la hipotética concurrencia de un vicio de incongruencia omisiva, los órganos jurisdiccionales latinos suelen pecar más por acción, esto es por exceso en la argumentación, que por omisión o parquedad.

Conviene insistir, por tanto, que la extensión de las sentencias nada dice de su calidad; las resoluciones jurisdiccionales no son "mejores" ni "peores" (o lo que es igual, no están más o menos sólidamente argumentadas) en función de su extensión. La extensión será la que en cada caso requiera la adecuada y bien fundada respuesta a las pretensiones, oportunamente deducidas por las partes y a los fundamentos sobre los que aquellas se asienten.¹⁶ Sentada esta premisa, bueno será hacer siempre un esfuerzo de *concisión*, concepto que no es sinónimo de brevedad pues la concisión incluye una exigencia de *exactitud* en la expresión.¹⁷

En particular, es preciso evitar la vana erudición e incurrir en lo que podríamos denominar "venganza del investigador" (la necesidad, casi patológica, de dejar constancia de cuanto se ha estudiado y de los saberes adquiridos en el proceso de confección de la sentencia). La elaboración de una resolución judicial —como la de prácticamente cualquier obra humana—, conllevará un estudio de lo que ignoremos y la paralela revisión de aquello que creamos saber. Pero el resultado de esa empresa no tiene por qué proyectarse íntegramente en la sentencia.

La sentencia tiene que dar respuesta a las cuestiones planteadas, no a todas aquellas que quepa imaginar. Es preciso mostrar siempre un escrupuloso respeto a las partes intervinientes en el proceso, sin olvidar nunca que el órgano jurisdiccional es señor de la sentencia y que es él quien, en virtud del principio *iura novit curia*, debe concretar los términos de la respuesta que deban recibir las posiciones sostenidas por las partes en el debate procesal. Sólo desde ese principio es posible satisfacer la exigencia

¹⁶ Como muy bien ha advertido M. ATIENZA, "Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 79 (2006), p. 474, "no se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos".

¹⁷ El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra "brevedad" del siguiente modo: "Corta extensión o duración de una cosa, acción o suceso" y el término concisión con estas palabras: "Brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud".

de exhaustividad de las sentencias sin merma de los demás valores concurrentes en todo proceso jurisdiccional. Cuando menos, así puede inferirse de lo establecido en el art. 218.1 de la Ley de enjuiciamiento civil española, la Ley 1/2000, de 7 de enero:

Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho, distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Los tribunales están obligados, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia omisiva, a dar respuesta a todas y cada una de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes personadas en el proceso. Sin embargo, no están obligados a guardar ningún tipo de simetría o correspondencia entre la extensión de esa respuesta, salvada siempre la doble garantía de resolución jurídicamente fundada y motivada,¹⁸ y la que hubieran dedicado las partes a analizar la cuestión.

Las citas, tanto de legislación como de jurisprudencia, deben limitarse a lo estrictamente necesario. Las Sentencias no deben ser un directorio de resoluciones previas, una enumeración de cuantos pronunciamientos anteriores hayan podido resolver cuestiones similares o con un cierto “aire de familia”. La cita de resoluciones ha de ceñirse a aquellas que lo sean de supuestos “sustancialmente” iguales. En cuanto a la cita de legislación, es preciso identificar con claridad qué pasajes concretos son relevantes para la resolución del caso. Hay que evitar la cita de artículos extensos cuando sólo interesa un inciso o apartado. La sobrecarga de citas no refuerza la argumentación de la Sentencia sino que la debilita, al dar la impresión de que el órgano judicial ha buscado, afanosa y acaso infructuosamente, el precepto que contuviera la solución del caso.

Las citas doctrinales son relativamente frecuentes en algunos ordenamientos, no así en los latinos. Y la prudencia aconseja preservar nuestra

¹⁸ La primera de dichas garantías (resolución jurídicamente fundada), remite a la premisa mayor del silogismo judicial y demanda que la misma tenga carácter normativo; la segunda (resolución motivada) hace referencia al proceso discursivo encadenado, que enlace la premisa mayor con la consecuencia alcanzada en la resolución.

tradición, máxime si reparamos en que cuando las tesis sostenidas en los trabajos doctrinales, hayan sido asumidas por la comunidad jurídica en su conjunto, dichas tesis no serán ya exclusivas del autor que originariamente las formulara sino que formarán parte del acervo o patrimonio conceptual de esa comunidad. Por el contrario, si esas tesis son objeto de controversia no les corresponde a los órganos jurisdiccionales echar su cuarto a espadas.

Idéntica prudencia debe observarse con la cita del Derecho comparado, que puede servir, si acaso, para poner de manifiesto la existencia de una comunidad de soluciones inspiradas en unos principios también comunes. Ese carácter puramente descriptivo de las citas de Derecho comparado resulta, asimismo, de la consideración de las normas extranjeras como un “hecho” a los efectos de la resolución de los procesos jurisdiccionales nacionales.¹⁹ Distinto es el caso, obviamente, de las normas de Derecho internacional incorporadas al Derecho interno, que constituyen razones para decidir, como cualesquiera otras fuentes del Derecho.

Querría finalizar este punto con un apunte sobre la inconveniencia de los llamados *obiter dicta* de las sentencias. El respeto al proceso implica que el órgano judicial no deba pronunciarse en la resolución que pone fin al mismo, sobre cuestiones no debatidas por las partes ni hacer pronunciamientos que no guarden la debida conexión con las conclusiones alcanzadas. Los *obiter dicta* son, siempre, pronunciamientos ajenos al *thema decidendi* estrictamente considerado y remiten a la imaginación del autor de la sentencia, quien anticipa la materialización de un conflicto distinto a aquel sometido a su enjuiciamiento. Sólo cuando esa materialización tenga lugar, supuesto que así suceda, procederá la emisión de un pronunciamiento que tome en consideración las circunstancias —reales— del caso y no las eventuales de la elucubración.

IV. LA SENTENCIA DEBE HACER GALA DE SENCILLEZ EN EL EMPLEO DEL LENGUAJE COMÚN Y DE PRECISIÓN EN EL USO DE LOS TÉRMINOS JURÍDICOS.

Las sentencias responden a un propósito práctico pues con ellas se trata de resolver un conflicto, pero no sólo eso, también debe procurarse evitar la

¹⁹ Una aproximación prudente al respecto puede hallarse en G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Il Mulino, Bolonia, 2010.

reproducción del conflicto, particularmente en esos ámbitos —pensemos en el actuar de la Administración pública o de las grandes organizaciones—, en las que son habituales los actos en masa. Precisamente por ello, una Sentencia clara y concisa es más eficaz para prevenir la reiteración de problemas que una extensa, farragosa y de difícil comprensión.

La concisión, que, como ya se ha apuntado, exige de nosotros un esfuerzo de exactitud en la expresión, debe ser norte y guía de quien maneja el lenguaje. El estilo de las sentencias debiera tratar de combinar precisión y agilidad, evitando el barroquismo expresivo. La Sentencia debe resolver el caso en términos persuasivos —para un observador imparcial o para una comunidad, son extremos que ahora no procede examinar— y habremos de convenir en que no es persuasivo el empleo de un lenguaje “atormentado”, ni la utilización inadecuada de términos jurídicos.

El gran historiador anglosajón Tony Judt ha llegado a afirmar que “un libro de historia mal escrito es un mal libro de historia”.²⁰ Sin necesidad de examinar hasta qué punto, opinión tan concluyente pueda trasladarse a las resoluciones jurisdiccionales, podremos convenir en que una sentencia deficientemente redactada en poco contribuye, por decir lo menos, a la efectiva realización del principio de seguridad jurídica, en este caso por referencia a la vertiente de legibilidad del Derecho.

Uno de los medios más seguros para lograr el objetivo de elaborar resoluciones legibles, consiste en evitar las oraciones excesivamente largas, cargadas de signos de puntuación y de subordinadas en incisos que oscurecen el sentido de la frase.²¹ Conviene, asimismo, prestar la debida atención para no incurrir en algunos errores en la redacción que degradan la calidad del texto y dificultan la correcta comprensión del mensaje. En particular debe hacerse lo posible por evitar inconsecuencias en la construcción del discurso (anacolutos); confusiones resultantes del empleo de palabras con doble sentido (anfibiaología); las circunlocuciones, o rodeos empleados para expresar algo que podría decirse con menos palabras (un defecto que, al decir de Lázaro Carreter, “obedece, a menudo, a la dificultad, al temor que se experimenta al decir algo, girando en torno a ello y evitando la

²⁰ T. JUDT y T. SNYDER, *Thinking the twentieth century*, Penguin Books, 2013, p. 263.

²¹ Al respecto, F. PAREDES GARCÍA y otros, *El libro del español correcto*, Instituto Cervantes-Espasa, Madrid, 2012, p. 63 y A. C. BELUSCIO, “Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias. Reglas gramaticales”, p. 1 (<http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Htm/Boletin/Material/Material%20Redacci%C3%B3n%20Judicial/BELLUSCIO-REDACCION%20JUDICIAL.pdf>, consultado el 23 de mayo de 2013).

expresión directa”)²² o el solecismo que amenaza con generalizarse entre algunos hispanohablantes y que consiste en olvidar la existencia de unos verbos que denominamos defectivos, es decir, aquellos que no se usan en todos los tiempos, modos o personas.²³ Tampoco debemos olvidar que el uso indiscriminado de mayúsculas no es sólo ortográficamente incorrecto (es en alemán, no en castellano, donde todos los sustantivos se escriben con mayúscula) sino que además desconcentra al lector.²⁴ Interesa, en fin, recordar con *El libro del español correcto*, que el significado del adjetivo “mismo” es el de identidad o igualdad y “no es recomendable el uso anafórico del adjetivo *mismo* y sus variantes para referirse a otro elemento aparecido antes en el texto, rasgo frecuente en el lenguaje administrativo y jurídico”.²⁵

Mención aparte merece el empleo de expresiones latinas en las resoluciones jurisdiccionales. Se trata de una práctica habitual, en cuyo favor pueden aducirse tanto razones históricas, relativas al origen de determinadas instituciones, como la precisión de la lengua latina plasmada en no pocos brocados. Pues bien, coherentemente con esa búsqueda de la precisión expresiva, lo menos que puede reclamarse de quienes echen mano del latín es que sean respetuosos con esta lengua, que no por ser considerada “lengua muerta” merece el escarnio de su mal uso.

Ningún esfuerzo por incrementar la calidad lingüística de las sentencias es baldío, pues redundará en una mayor claridad expositiva y en una mejor comprensión de las resoluciones jurisdiccionales. El esfuerzo individual puede verse acompañado de un cierto respaldo institucional concretado en la confección de un “libro de estilo” que establezca las normas ortográficas, gramaticales y estilísticas uniformes a las que deben atenerse quienes redacten los textos de las sentencias.

El rigor en el uso de los conceptos jurídicos es exigencia irrenunciable, para la adecuada comprensión de las resoluciones jurisdiccionales en

²² F. LÁZARO CARRETER, *Diccionario de términos filológicos*, manejo la novena reimpresión de la tercera edición, editorial Gredos, Madrid, 1968, p. 92.

²³ En relación con los verbos defectivos no quiero dejar pasar la ocasión de sugerir la lectura del delicioso artículo de MASTRETTA, Ángeles, “¿Hubieron o hubo?”, en *Nexos*, febrero de 2013 (<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2103108>, consultado el 23 de mayo de 2013).

²⁴ Sobre el uso abusivo de las mayúsculas en relación con la calidad de las leyes, F. CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, “Algunas consideraciones sobre el uso de las mayúsculas en las normas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 81 (2010), pp. 7 y ss.

²⁵ F. PAREDES GARCÍA y otros, *El libro del español correcto*, op. cit., p. 227. Los autores recomiendan sustituir “mismo” por un demostrativo, un posesivo o un pronombre personal.

el seno de una auténtica comunidad jurídica. La intelección del Derecho, precondition de su capacidad para cumplir la función de mecanismo de resolución de conflictos, demanda que los miembros de la comunidad jurídica convengan, siquiera mínimamente, en el significado de los conceptos jurídicos y que este no quede a la libérrima disposición del emisor del mensaje (en nuestro caso, el autor de la sentencia).

V. NO DEBEMOS OLVIDAR QUE LA SENTENCIA ES LA CONCLUSIÓN DE UN PROCESO

Con independencia del alcance que cada ordenamiento pueda atribuir a los principios dispositivo y de justicia rogada, resulta evidente que el dictado de una sentencia debe venir precedido de la tramitación del correspondiente proceso jurisdiccional. El proceso es el contexto en el que se dicta la sentencia, dotándola de sentido. Importa hacer hincapié en este punto pues el sentido de las sentencias no es autosuficiente, sino que le viene dado por referencia al debate trabado entre las partes personadas en el proceso. La sentencia no resuelve cuantas potenciales controversias puedan suscitarse en relación con un hecho, negocio jurídico o norma, sino exclusivamente las controversias *actuales*.

Quien acude al juez para solicitar tutela no se dirige a un oráculo sino a una autoridad de la que espera, cuando menos, una respuesta cabal y comprensible a sus pretensiones. El proceso no brinda al juez la *oportunidad* de dictar sentencia, sino que ésta consuma el ejercicio de una función pública en interés de los derechos subjetivos de terceros y del Derecho objetivo. Precisamente por ello, la sentencia debe ser fiel al proceso que se ha desarrollado con antelación. Es capital que la justicia se administre de forma discursiva y dialogada, pues la esencia misma del proceso en un Estado de Derecho es la contradicción.

Sería deseable que las sentencias resolvieran el fondo de la cuestión controvertida y que sólo excepcionalmente se dictasen sentencias de inadmisión. La legislación procesal debe permitir que los órganos jurisdiccionales den pronta respuesta a aquellos asuntos que, con toda evidencia, se hallen incurso en alguna causa de inadmisión. Se consigue así racionalizar la prestación de un servicio público esencial en un Estado de Derecho, como es la dispensación de tutela judicial efectiva, en los términos

empleados tanto la Constitución española (art. 24.1) como por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 47).

Por el contrario, la conversión de las causas de inadmisión no apreciadas en el trámite establecido al efecto en motivos de desestimación de la pretensión, se antoja un castigo desproporcionado a la negligencia de la parte que ha incurrido en el óbice procesal. Hasta el punto de que dicha metamorfosis sólo parece de recibo cuando se trate de recursos objetivos, en los que su promotor no defiende un interés propio sino el interés de la ley y en los que, por consiguiente, la falta de estimación del recurso no tiene efecto de cosa juzgada material.

VI. LA SENTENCIA NO SÓLO "DECIDE" (PARTE DISPOSITIVA), SINO QUE TAMBIÉN "JUSTIFICA" (PARTE ARGUMENTATIVA) LA DECISIÓN

El 23 de junio de 1768 el rey Carlos III firmó en la localidad madrileña de Aranjuez, una real cédula cuyo apartado V prohibía a la Audiencia y demás jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias:

Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen, mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los tribunales del Reino; y que, a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado veinte y dos título segundo libro tercero duda primera, u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario.

Como se deja ver en el pasaje ahora reproducido (en el que, dicho sea de paso, se critica tanto la excesiva extensión de las sentencias como el vínculo que éstas guardaban con el proceso al que ponían fin), la prohibición de motivación de las sentencias se conectaba, ni siquiera implícitamente, con la comprensión de las resoluciones jurisdiccionales, sino con el

fundamento de la legitimidad de éstas.²⁶ El juez no necesitaba fundar sus decisiones porque, como bien ha señalado Malem Seña, “si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas [...] La garantía de la corrección de la sentencia descansaba en la calidad ética de la persona del juez que la emitía”.²⁷

El Estado democrático de Derecho se asienta sobre un paradigma diferente. En palabras del Tribunal Constitucional de España, la motivación de las resoluciones jurisdiccionales representa un “factor de racionalidad en el ejercicio del poder”, al tiempo que “facilita su control mediante los recursos que procedan. Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho a la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad”. (STC 166/1993, de 20 de mayo, FJ 2). En cuanto “factor de racionalidad en el ejercicio del poder, aquí en el desempeño de una función —la función jurisdiccional—, en garantía de intereses de terceros y del interés prevalente del Derecho en su propia realización, la exigencia de motivación de las sentencias se conecta con la esencia misma del Estado democrático de Derecho, que pretende la realización de una serie de valores; aquellos que el artículo 1.1 de la Constitución española ha identificado como “valores superiores” del ordenamiento: libertad, justicia, igualdad y pluralismo (adjetivado “político” en el caso español).

De suerte que en la actualidad la motivación de las sentencias no es un lujo del que pueda prescindirse por puro pragmatismo, como hiciera el rey Carlos III en la real cédula de 23 de junio de 1768, sino una característica inherente a este tipo de resoluciones jurisdiccionales. Hasta el punto de que, en ausencia de motivación, no puede hablarse de sentencias. En el Derecho español, la naturaleza motivada de las sentencias tiene carácter prescriptivo al incorporarse a la *Norma normarum*. Concretamente, la segunda frase del artículo 120.2 de la Constitución, arranca con la afirmación

²⁶ En relación con la comprensión de las sentencias, téngase presente que en el apartado VI de esa misma real cédula declaraba el monarca: “En la Audiencia de Cataluña quiero cese el estilo de poner en latín las Sentencias, y lo mismo en cualesquiera Tribunales Seculares donde se observe tal práctica, por la mayor dilación y confusión que esto trae, y los mayores daños que se causan, siendo impropio que las Sentencias se escriban en lengua extraña, y que no es perceptible a las Partes, en lugar que escribiéndose en romance, con más facilitada se explica el concepto, y se hace familiar a los interesados”.

²⁷ J. F. MALEM SEÑA, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 381 y s.

de que “las sentencias serán siempre motivadas”, dirigiendo así un mandato de motivación a todos cuantos ejercen funciones jurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico.²⁸

Como ha acertado a expresar Ferrajoli en relación con el proceso penal:

Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la ‘validez’ de las sentencias resulta condicionada por la ‘verdad’, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el ‘poder tan inhumano’ puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el ‘saber’, también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas.²⁹

La racionalidad en el ejercicio del poder no es una meta que se alcance sino un proceso constante. Por ello, las sentencias —cuya motivación, recuérdese, es un “factor de racionalidad en el ejercicio del poder”—, deben hacer públicas las razones para que puedan ser refutadas o asumidas en una deliberación entre ciudadanos libres e iguales.

Precisamente porque la motivación es consustancial a las sentencias y porque representa un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, no podremos entender satisfecha la carga de motivación con una simple *explicación* de la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional. Manuel Atienza ha puesto de relieve la diferencia entre explicar una decisión (“mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como efecto de esas causas”) y justificarla (“mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable”), concluyendo: “Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso —psicológico, sociológico, etcétera— que lleva a la decisión, al

²⁸ La Ley de enjuiciamiento civil (supletoria de las demás leyes procesales conforme dispone su propio art. 4) dedica el art. 218.2 a la motivación de las sentencias: “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

²⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, p. 623.

producto”.³⁰ De modo que en la justificación está presente la voluntad de persuadir, pues trata de lograr la adhesión a la decisión adoptada o, cuando menos, mostrarla como razonablemente aceptable. A este respecto parece oportuno señalar que la decisión judicial debe satisfacer, como mínimo, el requisito de la aceptabilidad: que las razones expuestas lo sean en Derecho y asumibles por un observador imparcial. Por ello mismo, debe evitarse el uso de pautas hermenéuticas no aceptadas por la comunidad jurídica, o extravagantes por ser contrarias a los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Pero no puede renunciar el autor de la sentencia a lograr la adhesión del lector.

Para lograr esos objetivos la sentencia debe respetar las pautas de la lógica formal, comenzando por los principios de coherencia y no contradicción. El primero apunta a la existencia de una relación lógica entre las diferentes partes de una afirmación o entre las diversas partes de un discurso. El segundo rechaza las quiebras lógicas, en especial la afirmación de una cosa y su contraria (aporías). También es preciso evitar incurrir en falacias (argumentos aparentemente buenos —en tanto que persuasivos o convincentes—, pero que no lo son porque quiebran la lógica del discurso).³¹

La consecución del ideal pasa por un adecuado manejo de las pautas interpretativas asumidas por la comunidad jurídica, entre las que cabe destacar la analogía y la inferencia, evitando siempre la más habitual de las paradojas que se producen en el razonamiento jurídico: la antinomia. El razonamiento por analogía permite colmar lagunas legales mediante la confrontación de regulaciones, que responden a unas mismas pautas teleológicas;³² el razonamiento por inferencia conlleva el establecimiento de un nexo lógico, racional y coherente entre el hecho base que se toma como premisa del razonamiento y el hecho consecuencia al que se llega. La inferencia no puede ser nunca demasiado abierta, lo que sucederá cuando la conclusión alcanzada sea sólo una de las muchas posibles y no necesariamente la más acorde con las exigencias formales de la lógica, ni con las materiales del orden jurídico de un país.

³⁰ M. ATIENZA, “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, en *Cuestiones judiciales*, segunda reimpresión, de 2008, Fontanamara, México, p. 12.

³¹ Al respecto, M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 107 y *passim*.

³² Sobre el razonamiento por analogía, *vid.* CH. PERELMAN Y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, *op. cit.*, pp. 569 y ss.

Precisamente porque la inferencia debe ser lógica, racional y coherente en la relación que une los hechos base y las consecuencias, debe evitarse la acumulación de citas de jurisprudencia y de legislación. Cada cita es una razón, motivo o argumento del que es preciso extraer las consecuencias relevantes para la resolución del caso. La amalgama de citas confunde e impide verificar la existencia de una conexión de sentido entre el precepto, jurisprudencia o tesis y la conclusión que de ella se pretende extraer.

VII. RESULTA NECESARIO DIFERENCIAR LOS CASOS FÁCILES DE LOS DIFÍCILES

Los casos pueden ser calificados de fáciles, bien porque puedan ser resueltos mediante la aplicación de la doctrina ya existente, bien porque no existan dudas sobre el sentido de la norma aplicable al caso (lo que conlleva la facilidad en la selección y aplicación de la norma). Un caso sometido a la consideración de un órgano jurisdiccional no es difícil por los elementos fácticos o metajurídicos (relevancia en los medios de comunicación, interés social por los sujetos implicados, etc.), sino por la complejidad que encierra la construcción de la premisa mayor del silogismo, la identificación de la norma de resolución o parámetro de enjuiciamiento (también llamado canon de validez cuando del control de normas, negocios o actos jurídicos se trata).

La distinción que aquí se apunta entre unos y otros casos es estrictamente formal, pues conviene no confundir al lector de jurisprudencia, haciéndole creer que todos los casos resueltos por un determinado órgano jurisdiccional, encierran idéntica complejidad. Existiendo, como existen, “familias” de asuntos sustancialmente idénticos y sentencias reiterativas de doctrina, los órganos jurisdiccionales deben ser honestos con sus lectores y dejar claramente marcada la diferencia entre sentencias que incorporen novedades doctrinales y aquellas otras que se limiten a aplicar y reiterar los criterios jurisprudenciales preexistentes. Cuando el autor no acierta a identificar lo novedoso, el lector puede sospechar que quizás aquel no lo haga por no ser consciente de cuándo está modificando su doctrina anterior, sospecha cuya sola formulación deslegitima a cualquier órgano jurisdiccional en un Estado democrático de Derecho, que proscribe el cambio inadvertido de jurisprudencia.

La diferencia entre unos y otros casos nada tiene que ver con el método que deba emplearse para su resolución.³³ Antes al contrario, la identidad metodológica es presupuesto de la distinción entre casos fáciles y difíciles. En todos los casos los órganos jurisdiccionales están llamados a resolver controversias en Derecho, de modo que sus márgenes de decisión están normativamente prefigurados:³⁴ sólo pueden decidir fundándose en razones prácticas de carácter jurídico.

Esas razones pueden buscarse en las normas escritas, cuya interpretación constituye uno de los principales quehaceres de los operadores jurídicos, en especial de los órganos jurisdiccionales. En la interpretación de las normas debe concederse primacía a los criterios teleológicos (*intentio operis*), pues de lo que se trata es de que la norma cumpla la función para la que fue aprobada: la ordenación del sector de la realidad social al que debe aplicarse.

Los casos constitucionales suelen ser casos difíciles por la naturaleza misma de la norma constitucional (su textura especialmente abierta) y el hecho de que la resolución de tales casos, entraña una selección de premisas de moral social. En la resolución de estos casos no debe perderse nunca de vista la distinción entre poder constituyente y poder constituido. En tanto que las potestades de éste lo son por delegación, las de aquél son originarias, de suerte que las decisiones del poder constituido contrarias al marco constitucional representan un intento ilícito de reforma de la Norma Suprema. Conclusión que es igualmente aplicable a las decisiones adoptadas por los propios órganos jurisdiccionales, parte siempre del poder constituido por más que su función pueda ser preservar las decisiones del poder constituyente (tribunales constitucionales y órganos con jurisdicción equivalente). Dicho de otro modo: los órganos jurisdiccionales carecen de poder para “descubrir” nuevos derechos fundamentales o para “completar” la obra del constituyente pues reconocerlo de otro modo supondría atribuir a un órgano jurisdiccional una potestad normativa supralegal, dotada de tal fuerza pasiva que sólo la decisión consciente y expresa del propio poder constituyente podría derogarla.

Es en la resolución de los casos difíciles donde se muestra especialmente útil el recurso a técnicas, como el juicio de proporcionalidad y la ponderación. El juicio de proporcionalidad dota de mayor precisión al exa-

³³ Vid. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1991, p. 354.

³⁴ M. ATIENZA, “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, *op. cit.*, p. 10.

men de la validez de las medidas —en particular, normativas—, limitativas de derechos y conlleva la realización de un doble análisis. En el primero de ellos es preciso identificar el fin legítimo —en términos tanto de legalidad como de constitucionalidad, pues *todos* los órganos jurisdiccionales están llamados a formular un juicio de constitucionalidad, con independencia de que tengan o no facultad para inaplicar o expulsar del ordenamiento las normas contrarias a la Constitución—, que se persigue con la medida controvertida. En el segundo se analiza la *idoneidad* de la medida para lograr el fin perseguido, la *necesidad* de adoptarla, al no existir otra menos gravosa para los derechos en presencia y, finalmente, se valora su proporcionalidad *stricto sensu*, es decir, que la medida no represente un daño para los derechos afectados superior al interés general que justifica su adopción³⁵.

El juicio ponderativo permite resolver los conflictos entre bienes, derechos o intereses y su formulación precisa de la asignación de un peso específico a cada uno de ellos. Como atinadamente ha advertido Rodríguez de Santiago, la ponderación no constituye en sí misma un criterio que sirva para alcanzar soluciones por vía lógico-deductiva, ni está dotada de un contenido material que ayude a adoptar decisiones,³⁶ pero contribuye a dotar de racionalidad a la justificación de la decisión. Bien entendido que debemos evitar que el recurso a la ponderación acabe por asimilar todas las normas del ordenamiento jurídico, transmutando las reglas en principios realizables, en tanto que mandatos de optimización, en la medida de lo posible. El uso de la ponderación entraña otro riesgo pues puede arrojar resultados poco “ponderados”; para evitarlo, bueno será completar su uso con la aplicación del principio de concordancia práctica, de modo que el valor, derecho o bien que deba ceder en la ponderación únicamente lo haga en la medida necesaria para la realización de la contraparte preponderante.³⁷

³⁵ En relación con el juicio de proporcionalidad, *vid.*, por todos, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

³⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 136.

³⁷ Un ejemplo de aplicación de este principio puede hallarse en la STC 154/2002, de 18 de junio, en el que se resuelve un conflicto entre la libertad religiosa y el derecho a la vida de un menor.

VIII. LA SENTENCIA DEBE SER CONGRUENTE

Si la función propia de la sentencia es la de poner fin a un proceso, resolviendo en Derecho una controversia, habremos de convenir en que una sentencia que adolezca de un vicio de incongruencia no satisface ese propósito. Para ser fiel con la esencia del proceso, y con las garantías individuales e institucionales que lo integran (que conforman el denominado “debido proceso”), la sentencia ha de ser congruente respecto de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Ahora bien, el respeto al carácter deliberativo del proceso, impide que pueda entenderse satisfecha la expectativa de recibir una respuesta fundada en Derecho, cuando ésta tenga por objeto exclusivo las pretensiones. A este respecto, el Tribunal Constitucional español ha declarado que “la congruencia exige dar respuesta no sólo a las pretensiones, sino también a las alegaciones sustanciales”, noción que es aplicable a aquellas alegaciones “que vertebran el razonamiento de las partes, esto es ‘cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión’, en cuyo caso ‘dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia”. (SSTC 4/2006, de 16 de enero, FJ 3; 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5 y 176/2007, de 23 de julio, FJ 3). Dicho de otro modo, no puede recibir cumplida respuesta una pretensión —*petitum*—, si no se examina su fundamento —*causa petendi*. Ni qué decir tiene que la respuesta jurisdiccional no tiene por qué guardar perfecta simetría, con los términos en que haya planteado su pretensión la parte, hasta el punto de que, como señala el Tribunal Constitucional español en el pasaje ahora reproducido, esa respuesta puede ser únicamente implícita, cuando así resulte de la sistemática empleada por el órgano jurisdiccional en su sentencia y no suponga merma alguna de la regla de congruencia.

En el caso de la incongruencia *extra petitum*, concurren dos graves defectos: de una parte, aquello que hubiera debido a lo sumo razonamiento *obiter dictum* se erige en auténtica *ratio decidendi* y al producirse esa conversión se materializa la pérdida de imparcialidad del órgano jurisdiccio-

nal, que introduce de oficio una pretensión que ninguna de las partes ha ejercitado y se pronuncia sobre ella en una resolución que reviste, cuando menos potencialmente, el valor de cosa juzgada material. Por su parte, la incongruencia por error constituye una manifestación singular del error judicial.

Es preciso distinguir, en todo caso, la incongruencia de la argumentación jurisdiccional que hace explícito lo que se halla implícito en las posiciones de las partes. En este caso no hay quiebra alguna de las garantías del proceso debido, sino realización del principio *iura novit curia*. Por lo demás, suele ser habitual que la legislación procesal prevea un trámite para que el órgano jurisdiccional pueda dialogar al respecto con las partes personadas, planteándoles incluso la concurrencia de motivos distintos de los alegados que puedan sustentar las pretensiones deducidas. Debe brindarse a las partes procesales la oportunidad de debatir sobre estos extremos, acaso determinantes de la suerte que haya de correr el propio proceso.

IX. LA SENTENCIA DEBE SER CONSISTENTE

La necesidad de que las resoluciones jurisdiccionales sean consistentes encuentra su fundamento último en el principio de universalidad³⁸ y se proyecta en una doble vertiente: diacrónica y sincrónica.

En relación con la primera, debe señalarse que la consistencia de las resoluciones jurisdiccionales, debe examinarse con la vista puesta tanto en el pasado como en el futuro. El órgano jurisdiccional ha de tomar en cuenta los precedentes, casos sustancialmente iguales decididos previamente en un determinado sentido. Importa mucho, como ya se ha indicado con anterioridad, evitar el cambio inadvertido de doctrina o criterio jurisprudencial. Si bien es cierto que la apertura al cambio es consustancial al dinamismo del Derecho en una sociedad avanzada, no es menos cierto que los órganos jurisdiccionales deben expresar que son conscientes de estar procedido a un cambio. La exigencia de consistencia atiende también al futuro, porque el cambio de criterio no lo es exclusivamente por referencia al caso concreto, sino con la vista puesta en la definición de una nueva línea jurisprudencial. Desde este punto de vista, todo cambio de doctrina es fruto de una valoración “prospectiva”.

³⁸ Al respecto, R. LARA CHAGOYÁN, *Argumentación jurídica*, op. cit., pp. 3 y ss.

La consistencia hace referencia también al componente axiológico del Derecho y apunta a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales, no sólo sean conscientes del criterio que vienen aplicando ellos mismos en casos sustancialmente idénticos, sino también de las decisiones que adoptan otros órganos jurisdiccionales y de las motivaciones que las sustentan. A los ojos de los ciudadanos, destinatarios últimos de la acción de todos los poderes públicos en un Estado democrático de Derecho, existe una sensación unidad material de la jurisdicción, que no es lícito ignorar ni menospreciar (como tampoco es lícito sobrevalorar en perjuicio de la independencia de cada uno de los órganos jurisdiccionales y de los miembros que los integran). Contemplada en su faceta dinámica, esa unidad material de la jurisdicción hace recaer sobre los órganos jurisdiccionales, la carga de estar especialmente atentos a la evolución de las líneas jurisprudenciales. No sólo porque éstas concretan razones de decidir un determinado proceso y, en cuanto tales, pueden ser de aplicación, a través del sistema de recursos establecidos por la legislación procesal, a las resoluciones que dicten los diferentes jueces y tribunales, sino también porque esas razones representan argumentos del debate entre ciudadanos libres e iguales, consustancial a la vertiente deliberativa de toda democracia.

Evidentemente, la exigencia de consistencia reclama que los órganos jurisdiccionales nacionales, presten la debida atención a la doctrina emanada de los tribunales supranacionales. Su labor puede ser motor de innovación, en la medida en que la apertura al exterior permite la adaptación de la doctrina jurisprudencial a los cambios de una sociedad “en red”.³⁹

³⁹ A esa sociedad “en red” correspondería un nuevo modelo de juez, representado, en opinión de F. OST, en la figura de Hermes, “mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos [...] Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados” [F. OST: “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14 (1993), p. 171]. Conviene obra con prudencia en la adopción de este modelo de juez porque, como nos recuerda U. ECO, *Interpretación y sobreinterpretación*, Cambridge University Press, 1992, pp. 39 y ss., “en el mito de Hermes encontramos la negación de los principios de identidad, de no contradicción y del tercio excluido, y las cadenas causales se enroscan en sí mismas en espiral; el ‘después’ precede al ‘antes’, el dios no conoce límites espaciales y puede, bajo diferentes formas, estar presente en diferentes lugares al mismo tiempo.”

X. LA SENTENCIA ESTÁ DESTINADA A LA EJECUCIÓN DE LO DECIDIDO

La Sentencia representa una resolución heterónoma de un conflicto entre partes, una reparación del orden jurídico quebrantado que afecta, además, a los derechos o intereses de una de las partes intervinientes en el proceso. Esa reparación ha de ser efectiva. Por ello mismo, no basta con precisar, con eficacia prescriptiva, cuál sea el contenido del Derecho (heterotutela declarativa) sino que es necesario, igualmente, asegurar la recomposición del orden quebrantado (heterotutela ejecutiva).

A este respecto, en uno de sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional de España tuvo ocasión de advertir que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución española “no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.” (STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2; recientemente, STC 10/2013, de 28 de enero, FJ 2).

La sentencia persigue transformar la realidad, restituyendo el orden de cosas querido por el Derecho frente a una ruptura de la legalidad, que se ha concretado en la primacía de lo fáctico, de la vía de hecho —en la medida en que toda acción contraria a Derecho puede ser calificada como tal. La ejecución de las sentencias satisface, en los términos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, el derecho a la tutela judicial de la parte que ha obtenido una resolución estimatoria de su pretensión, pero también el interés general ínsito en la recomposición del orden jurídico violentado. El proceso es un instrumento para la ponderada realización de los intereses individuales y generales, pero esa realización no se agota con la declaración de cuál sea la voluntad de la ley en el caso concreto sino que

exige, además, la puesta en práctica del programa normativo del Derecho transgredido en el caso concreto.

La parte dispositiva de las sentencias debe redactarse teniendo siempre a la vista esa finalidad: la transformación de la realidad. Hay que tratar de evitar las imprecisiones de todo tipo y en especial las remisiones a futuro, de aquello que debe acordarse definitivamente en la sentencia. Significa ello que no es de recibo trasladar al incidente de ejecución de sentencia la concreción de extremos, que deben quedar fijados en la resolución que pone término al proceso en el que se han debatido. El ideal a perseguir ha de ser, lógicamente, la redacción de la parte dispositiva de tal modo que pueda llevarse a efecto la ejecución de la sentencia "en sus propios términos". Aun cuando la sentencia no sea un ejercicio estilístico de redacción, los problemas que puedan surgir con ocasión de su ejecución serían indicios bastantes de un lenguaje gárrulo, pura charlatanería al hablar mucho para no decir nada, pues ese decir no es sólo ruido, sino las palabras que permiten la realización efectiva del Derecho reparado y de los derechos protegidos.

CRÍTICA DE LA IDEOLOGIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Ideología, crítica e historización. 2.1 Sobre el método de historización de los conceptos. 2.2 La historización de derechos humanos. III. La inversión ideológica de Derechos Humanos. 3.1 Un ejemplo: la inversión ideológica en John Locke. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La crítica de la ideología de derechos humanos ha sido desarrollada desde diversas posturas del pensamiento crítico. Como bien se sabe, gran parte de estas posturas tiene una referencia a la crítica que realiza Marx a los “derechos burgueses”, a los derechos del hombre egoísta, a los del hombre centrado en sí mismo.² En este sentido, para Manuel Atienza, la postura de Marx en sus obras juveniles y en *La cuestión judía* acerca de los derechos humanos podría resumirse de la siguiente forma: ante la contradicción existente entre la sociedad civil (el hombre burgués) y el estado político (ciudadano abstracto), se debe superar a través de la emancipación humana; así, los Derechos Humanos son un momento importante en el proceso total de realización del hombre, de superación de la alienación, aunque su momento de libertad real no necesita ya asumir formas jurídicas y políticas.³ En otras obras, como en *La ideología alemana*, Marx ve el *carácter ideológico* de los derechos humanos en que son ideas que aparecen como

¹ Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

² Un texto clásico al respecto es el que encontramos en: MARX, Karl, *Sobre la cuestión judía*, Prometeo, Buenos Aires, 2004, p. 19.

³ Cf. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Marx y los derechos humanos*, Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 44-54.

independientes de la práctica material y, por eso, tienen un carácter ilusorio, pues plantean la emancipación del hombre en el mundo de las ideas y no en el de la praxis material.

En este artículo abordaremos la manera en que la Filosofía de la Liberación (FL), desarrolla la crítica de los Derechos Humanos cuando estos se convierten en un instrumento ideológico de opresión. Esto responde a la función liberadora de la filosofía que Ignacio Ellacuría defiende,⁴ pues el horizonte propio de la FL es una liberación integral que, entre otras dimensiones, busca la *liberación de las ideologías y de las instituciones jurídico-políticas deshumanizantes*. Pues bien, los derechos humanos pueden llegar a ser parte de esas ideologías e instituciones que niegan *humanidades*. No obstante, es importante comprender el objetivo de esta crítica para la FL.

Ante el uso ideológico de los derechos humanos pueden darse diversas reacciones. Una es la actitud de la postmodernidad que rechaza la noción de “derechos humanos” por considerarla uno de los “metarrelatos” modernos que se deben desechar. Otra es la proveniente de una tradición marxista (dogmática), que continúa viendo a derechos humanos exclusivamente como expresión de la ideología de la burguesía. Para esta postura se trataría de un discurso a eliminar, pues no responde a los auténticos intereses de las masas populares. No obstante, sin negar la razón que pueden tener los argumentos de estas reacciones, suelen quedarse por lo general en el ámbito de la denuncia, y carecen de una reflexión profunda sobre la posibilidad de que derechos humanos sean una herramienta para la liberación integral.

Para la FL es posible esta función de los derechos humanos. Por eso, su crítica es sólo un paso, una etapa del proceso, pues comprende que es una mala estrategia política y deja pasar una forma de hacerse cargo de la realidad, que los sujetos de la praxis, comprometidos con la producción, reproducción y desarrollo de la vida de los pueblos, entreguen ingenua y acríticamente la materialidad y el discurso de los derechos humanos al pensamiento hegemónico y funcional al neocolonialismo. Para la FL es claro que una cosa es el uso ideologizado y perverso que se hace de los derechos humanos y otra cosa es que derechos humanos sean tal uso. Por eso se apuesta por el uso de derechos humanos por parte del sujeto vivo,

⁴ Cf. ELLACURÍA, Ignacio, “Función liberadora de la filosofía”, en *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). Escritos políticos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 1993.

práxico e intersubjetivo,⁵ y cuando esto no se da, entra en escena la dimensión crítica de la función liberadora de la filosofía.

Dividiremos este artículo siguiendo a dos de los principales autores de la FL. Cada una de las secciones analiza una manera en que la crítica del derecho y en específico de derechos humanos, se hace presente en esta filosofía. Iniciaremos con el estudio del método de historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría, y después veremos el análisis que de la “inversión ideológica” de los derechos humanos realiza Franz Hinkelammert.

II. IDEOLOGÍA, CRÍTICA E HISTORIZACIÓN

Una aplicación de los principales aspectos de la FL elaborada por Ellacuría —realidad histórica, criticidad, creatividad, praxis y liberación—⁶ es el “método de historización de los conceptos”. En el fondo se trata de nueva cuenta de la reivindicación de un *logos* histórico ante un *logos* meramente especulativo y ahistórico, y como un instrumento crítico de la ideologización.

Cabe aclarar que Ellacuría comprende el término “ideología” como equívoco, pues tiene un sentido positivo y necesario, y otro negativo. El primero consiste en entender la ideología como “una explicación coherente, totalizadora y valorizadora, sea por medio de conceptos, de símbolos, de imágenes, de referencias, etcétera, que va más allá de la pura constatación fragmentada, tanto de campos limitados como, sobre todo, de campos más generales y aun totales”.⁷ Cada pueblo, en cierta forma, necesita de una tradición que le permita hacerse cargo de la realidad, que posibilite, como hemos visto, que un ser humano desde el inicio de su vida vaya humanizándose a través de la presencia de los otros. El llamado “sentido de la vida” será otorgado por estas tradiciones que son, en última instancia, una ideología; no es algo negativo, sino necesario. Toda sociedad cuenta con una instancia ideológica que es, como lo ve Ellacuría, *un subsistema del sistema social* o una de las fuerzas de la historia. Esto influye en el

⁵ Para la fundamentación de derechos humanos en esta vertiente, véase: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, “Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 36, Escuela Libre de Derecho, México, 2012.

⁶ Para ver una introducción a estos conceptos: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2008.

⁷ ELLACURÍA, Ignacio, “Función liberadora de la filosofía”, *op. cit.*, p. 98.

momento intelectual del ser humano, pues la praxis debe ir acompañada de una serie de representaciones, justificaciones y valoraciones que le dan sentido, que la empujan, y producen de éstas un determinado sistema totalizador.

Por otra parte, el sentido negativo reside en el factor de *ideologización* existente en toda ideología, que consiste en expresar visiones de la realidad que lejos de manifestarla, la esconden y deforman, presentando como verdadero y justo lo que es falso e injusto.⁸ La ideologización no es un reflejo objetivo de lo que la sociedad es desde una visión idealista de lo que se afirma como bueno, sino un reflejo distorsionado de la misma sociedad que no permite apreciarla en su auténtica realidad. Puede decirse que la sociedad como un todo tiende a autojustificarse, a racionalizar su estructura y su modo de funcionamiento. La ideologización, según Ellacuría, contiene los siguientes elementos:⁹

- a) Una visión totalizadora, interpretativa y justificativa de cierta realidad, tras la cual se esconden elementos importantes de falsedad e injusticia.
- b) Dicha deformación de la realidad, tiene un cierto carácter colectivo y social que opera pública e impersonalmente. Además, responde inconscientemente a intereses colectivos, que son los determinantes de la representación ideologizada en lo que dice, en lo que calla, en lo que desvía y deforma.
- c) Se presenta como verdadera, tanto por quien la produce como por quien la recibe.
- d) Se muestra usualmente con caracteres de universalidad y necesidad, usando abstracciones y principios, aunque la referencia es siempre a realidades concretas que quedan justificadas en las grandes formulaciones generalizadas y ahistóricas.

Este fenómeno es peligroso porque se encuentra estrechamente conectado con realidades sociales, configuradoras de las conciencias tanto colectivas como individuales. Si los sistemas o subsistemas sociales buscan una legitimación ideológica como parte necesaria de su subsistencia o de su funcionamiento, entonces cuando ese sistema o subsistema es injusto,

⁸ Cf. *Ibidem*, p. 99.

⁹ Cf. *Idem*.

su aparato ideológico va más allá, el carácter de ideología para configurarse en el de ideologización. Entonces, señala Ellacuría, se intenta mantener el orden de las cosas por simple razón de supervivencia o de inercia social, y el propio sistema genera productos ideologizados que son el reflejo de donde proceden y, por lo tanto, aparecen como connaturales. La estructura ideológica de un determinado sistema se presenta como un marco teórico que muestra a la realidad legitimada como la mejor forma de organización posible y aceptable para el ser humano, como lo más racional, como lo conforme a las leyes naturales o a las leyes divinas.

La relación con Marx en esta comprensión de la ideología es clara, y así lo reconoce el propio Ellacuría,¹⁰ pero con la diferencia que para él la ideología no es un puro reflejo de la base económica de la sociedad. Marx otorga distintos sentidos al concepto "ideología". Éste significa, en parte, una percepción o pensamiento distorsionado que opera una inversión peculiar de la realidad, una "conciencia falsa" determinada por las relaciones sociales y que es funcional al dominio de una clase o grupo, tal como lo expresa en la *Ideología Alemana*,¹¹ en *El Capital* al abordar la teoría del fetichismo de la mercancía,¹² y en el prólogo de la *Contribución a la economía política*.¹³ En la primera obra, la ideología se conceptúa como un conjunto de ideas que domina en determinados grupos sociales y que explica ciertos aspectos de la realidad social y al mismo tiempo esconde y deforma otros. Se trata de ideas que presentan intereses particulares, de clase, como intereses generales. Marx identifica la ideología con una función de dominio, pues afirma que los pensamientos de la clase dominante son en cada época los pensamientos dominantes, y estos no son más que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes. Así, la ideología colabora con el poderío de una clase a través del dominio de las ideas. En la segunda, la ideología es la percepción espontánea que fetichiza las relaciones sociales, les da sustantividad propia, las cosifica; es cuando la mercancía aparece como si fuera una cosa independiente del proceso productivo y de las fuerzas de producción. La mercancía se presenta como una "cosa" que tiene

¹⁰ *Ibidem*., p. 100.

¹¹ Cf. MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Ideología alemana*, Trad. Wenceslao Roces, Cultura Popular, México, 2006.

¹² Cf. MARX, Karl, *El Capital*, Tomo I, Trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pp. 36-47.

¹³ Cf. MARX, Karl, "Prólogo" en *Contribución a la economía política*, Trad. Marat Kuznetsov, Progreso, Moscú, 1989, pp. 6-10.

como cualidad en sí misma el valor, ocultándose su carácter de producto de un trabajo. Es decir, los productos se presentan como cosas o cualidades independientes de su proceso de creación, y éste se explica por esos productos “cosificados”. Por último, en la tercera obra, la ideología es una de las instancias de la subestructura social, siendo la esfera de las ideas y de las representaciones colectivas, donde se puede ubicar todo el sistema de ideas colectivas, sean políticas o jurídicas como religiosas o estéticas. Se trata de creencias condicionadas por las relaciones sociales de producción.

Por su parte, Ellacuría reconoce una cierta autonomía a lo ideológico, yendo más allá de ser un reflejo del sistema de producción. En su *Filosofía de la realidad histórica* señala que “la negación que las ideologías tomadas en sí mismas no tengan proceso ni historia supone tan solo la negación de un idealismo histórico a la manera de Hegel, pero no la negación de la autonomía derivada de lo ideológico y, mucho menos, la negación de la autonomía de los factores sociales de la conciencia”.¹⁴ Por lo tanto, por mucho que se considere como última instancia lo económico, se tiene que reconocer la existencia de instancias relativamente autónomas que generan líneas de poder y de dominación. En este sentido, el poder será una categoría que domina en los procesos de ideologización; es decir, es muy difícil que el grupo o la clase social que goza de las ventajas de una sociedad determinada se vean libres de ideologización, como parte de su proceso de dominación y predominio.¹⁵

Siguiendo el análisis sobre “ideología” realizado por Luis Villoro¹⁶, podemos señalar que Ellacuría establece un concepto de ideología tanto en su faceta gnoseológica como sociológica. Por un lado, es un concepto epistemológico, pues se trata de presentar como verdadero algo que es falso, es decir, se trata de enunciados que distorsionan el conocimiento de la realidad, que generan una falsa conciencia, que son ideas sin suficiente fundamento, etc. Por otro lado, como concepto sociológico, los procesos

¹⁴ ELLACURÍA, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, op. cit., pp. 269-270.

¹⁵ Cf. ELLACURÍA, Ignacio, “Ideología e inteligencia” en *Cursos universitarios*, UCA Editores, San Salvador, 2009, pp. 327-378.

¹⁶ Cf. VILLORO, Luis, *El concepto de ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 15-37. A partir de Marx, y tomando en cuenta las facetas gnoseológica y sociológica de ideología, este autor la define como: “Las creencias compartidas por un grupo social son ideológicas si y sólo si: 1) No están suficientemente justificadas; es decir, el conjunto de enunciados que las expresan no se funda en razones objetivamente suficientes. 2) Cumplen la función social de promover el poder político de ese grupo; es decir, la aceptación de los enunciados en que se expresan esas creencias favorece el logro o la conservación del poder de ese grupo”, p. 27.

de ideologización tienen que ver con la categoría de “poder”, es decir, tienen como función promover el poder político, económico, religioso o social de un grupo, al presentar sus ideas, valores, intereses, etc., como generales y universales a pesar de su particularidad.

El método de historización de los conceptos es, como hemos dicho, una manera de ejercer la función crítica de la FL. Se trata de una forma de realizar una crítica de la ideologización desde el lugar de las víctimas de los sistemas.

2.1. Sobre el método de historización de los conceptos

El método de historización de los conceptos busca descubrir el uso interesado de los conceptos que justifican un orden establecido; es decir, develar aquellas falsedades que han sido institucionalizadas y promovidas como verdaderas y que, como parte de las fuerzas históricas, han afectado el desarrollo de la historia. En este sentido, la historización de los conceptos es un principio de desideologización, y es parte de la comprensión de la historia que realiza Ellacuría.

El ser humano no utiliza su facultad de conocer sólo para determinar cómo son las cosas, sino para defenderse en la lucha por la vida. Señala Ellacuría que este carácter biológico o material es raíz de las ideologizaciones: “la supervivencia individual y grupal, con su forzoso carácter de preeminencia y dominación, determina y condiciona las posibilidades del conocimiento objetivo, sobre todo cuando esa supervivencia está en peligro”.¹⁷ La historización de los conceptos se fundamenta en este condicionamiento, acepta que todo conocimiento es un conocimiento interesado, y que ese condicionamiento radical (biológico y material), sólo puede ser superado si se le reconoce como tal y se le enfrenta críticamente. Un proceso de desideologización debe tener muy en cuenta cuál es la ideología hegemónica y cómo esa ideología funciona y perpetua la estructura social.

Un concepto historizado se contrapone a un concepto abstracto y universal, y busca situar el contenido del concepto en relación con la praxis histórica y descubrir cómo opera en el proceso social. Al contrario, la ideologización busca dar como conceptos reales e históricos a conceptos

¹⁷ ELLACURÍA, Ignacio, “La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización”, op. cit., p. 588.

abstractos y universales, que como tales “son admitidos por todos: aprovechándose de ello, se subsumen realidades que, en su efectividad, histórica, son negación de lo que dicen ser”.¹⁸

Un concepto histórico, entonces, es aquel que responde en sus contenidos a la realidad histórica; esto es así porque se entiende por concepto *un momento ideológico de la praxis humana*. Al surgir de situaciones concretas, los conceptos históricos adquieren diversos significados según sea la situación en la cual se proclaman como verdaderos; son *conceptos operativos*, pues su verdad se puede *verificar* en sus resultados y su contenido debe ir cambiando aunque siga manteniendo su sentido esencial.¹⁹ El carácter histórico tiene que ir, por su propia naturaleza, a reconformar los conceptos que respondieron a otros contextos y a otros momentos del proceso. Esto aunado a que la historicidad forma parte de la estructura del conocimiento. Es decir, esto tiene que ver con la inteligencia sentiente,²⁰ pues los conceptos son productos de la intelección ulterior que parte de la aprehensión primordial de realidad; por lo tanto, aún los conceptos abstractos son elaborados desde la *praxis* histórica.

La historización como método tiene en cuenta lo que toda acción e interpretación se deben a las condiciones reales de una sociedad y a los intereses sociales que la sustentan, y tiene como propósito medir no “cuál es un determinado sentido crítico, sino cómo ha podido surgir realmente un determinado sentido a partir de un *desde dónde* físico”,²¹ y por eso la hermenéutica deber ser una hermenéutica real e histórica. La circularidad a la que se fija la historización de los conceptos es una circularidad real, histórica y social; no es una circularidad de un horizonte teórico y de unos contenidos teóricos, que se entienden desde él y lo conforman, sino la de un horizonte histórico-práctico y de unas realidades estructurales socio-históricas que fluyen desde aquél y también lo reconforman si es que hay transformación de las realidades concretas.

Al ser momentos ideológicos de la praxis humana, los conceptos pueden convertirse en momentos ideologizados cuando ocultan o protegen intereses y privilegios ilegítimos e injustos. Las ideologías dominantes se

¹⁸ *Ibidem.*, p. 591.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Cf. ZUBIRI, Xavier, *Inteligencia y Logos*, 1982; *Inteligencia y Razón*, 1983; *Inteligencia y Realidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

²¹ ELLACURÍA, Ignacio, “Hacia una fundamentación del método teológico latinoamericano” en *Escritos Teológicos*, Tomo I, *op. cit.*, p. 216.

perpetúan de una falacia fundamental: la de dar como conceptos reales e históricos, como valores efectivos y operantes, como pautas de acción eficaces, unos conceptos o representaciones, unos valores y unas pautas de acción, que se formula de manera abstracta y universal. En este carácter son admitidos, y se subsumen realidades que, en su efectividad histórica, son la negación de lo que dicen ser.

Es así como la historización hace una función de desideologización, pues cuestiona y desfundamenta aquellos conceptos que, por ejemplo, presentados como inmutables e invariables por una supuesta naturaleza humana son negación, en la realidad, de lo que dicen ser. En efecto, el método de historización responde a la necesidad de hacer históricos unos conceptos abstractos y universales que, probablemente, pueden estar protegiendo los intereses de los sectores privilegiados de una sociedad. En este sentido Ellacuría señala que “[m]ostran qué van dando de sí en una determinada realidad ciertos conceptos, es lo que se entiende por historización”.²²

Dicho método fue aplicado de manera explícita por Ellacuría al analizar tres conceptos: bien común, derechos humanos y propiedad privada. Sobre la base de estos tres ensayos, podemos sostener que historizar un concepto consiste en²³ a) verificar si en una realidad determinada se da lo que formalmente se presenta en el concepto; b) descubrir si lo que hace el concepto en esa realidad determinada está al servicio de los intereses de grupos privilegiados, que son precisamente los que más reivindican dicho concepto; c) identificar cuáles son las condiciones que impiden la realización efectiva del concepto y cuáles son las que pueden poner en marcha el proceso de esa realización; y d) cuantificar el tiempo prudencial para constatar un grado aceptable de cumplimiento de lo planteado en el concepto como un *deber ser*.

El método de historización no se detiene en conocer cómo se actualiza en la realidad histórica un concepto, en verificar su contenido histórico, sino también busca colaborar en su realización y a orientar su deber ser. Supone que los conceptos tienen que ver con realidades y no con abstracciones. Esto está estrechamente relacionado con el *logos* histórico —o la historicidad de la inteligencia—, pues los conceptos deben ser operativos,

²² ELLACURÍA, Ignacio, “La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización”, *op. cit.*, p. 591.

²³ Cf. SERRANO, Omar, “Sobre el método de la historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría” en AA.VV., *Para una filosofía liberadora*, UCA Editores, San Salvador, 1995, p. 44.

es decir, deben ser conceptos cuya verdad se pueda medir en sus resultados y cuyo contenido debe ir cambiando en función del momento procesual de la realidad histórica y según el contexto histórico en que se dan. En el caso de los conceptos históricos es muy claro que su verdad está en su realización.

Las ideologizaciones tienen una raíz primariamente biológica y material. Y esto se debe a que el ser humano entiende primariamente la realidad no por el mero gusto de hacerlo, sino porque a través de su comprensión es que se puede viabilizar y optimizar la producción de la vida. De ahí que toda filosofía corre el riesgo de ser un instrumento de ideologización, por lo cual es necesaria una *praxis* vigilante que sea capaz de corregir lo que de ideologizado tienen las elaboraciones teóricas que se vayan proponiendo como explicaciones de lo real. Para lograr esto, es necesario que quien piensa no se aparte de las *praxis* de liberación y sea capaz de ubicarse en el *lugar-que-da-verdad*, es decir, desde la perspectiva de las grandes mayorías, como principio de desideologización y de crítica.

Ellacuría nos propone, como señalamos, una *hermenéutica histórico-realista*, en contraposición a una idealista, que busca adecuarse a lo que es la realidad histórica como proceso englobante de toda la realidad humana, personal y colectiva-estructural; esto tomando en cuenta el carácter práxico de la historia. En la hermenéutica idealista del sentido, el método histórico es un recorrido temporal del que se busca su significación, mientras que una hermenéutica histórica-realista se adecua al proceso histórico real que engloba a toda la realidad: "Frente al concepto de historia como relato histórico con su propia hermenéutica está el concepto de historia como acción histórica, como proceso real histórico, con la hermenéutica social e histórica, que le corresponde".²⁴

El momento intelectual de la *praxis* de liberación es necesario, aunque no tiene la prioridad sobre la acción. Si bien entre la teoría y la *praxis* se da un círculo hermenéutico, es necesario que la inteligencia se comprenda como un *logos* histórico, si realmente quiere ejercer su función liberadora, tanto en su dimensión crítica como creativa. En efecto, este *logos* histórico debe comprenderse como una síntesis entre el *logos* contemplativo y el *logos* práxico, buscando contribuir desde su propio dinamismo a la transformación de la historia. No se trata de defender un relativismo o un

²⁴ ELLACURÍA, Ignacio, "Hacia una fundamentación del método teológico latinoamericano", *op. cit.*, p. 199.

historicismo epistemológico, sino de afirmar que la verdad se actualiza en su cumplimiento y por ello históricamente.

Frente a la abstracción que realiza la ideologización, el método de la historización de los conceptos busca la verificación histórica para mostrar si es verdad y en qué sentido lo es, cualquier principio, formulación o discurso abstracto, pues la puesta en práctica de cualquiera de ellos muestra lo que esconde o descubre, o las insuficiencias de los métodos utilizados para realizar sus contenidos.

Cabe reafirmar la importancia del método de historización de los conceptos dentro del esquema de la FL. Desde un *logos* histórico, este método realiza importantes críticas al sistema de explotación y exclusión que viven las víctimas de los sistemas. Su aplicación muestra que la historización de los conceptos debe ser crítica, procesual, negativa y dialéctica.²⁵ Es crítica pues cuestiona lo que está detrás de los conceptos, los presupuestos ideológicos y materiales que subyacen a las formulaciones teóricas, y las maneras en que encubren la materialidad de la realidad histórica. Es *procesual* en la medida que la verificación histórica de un concepto pretende colocar las bases para orientar el proceso para la realización efectiva de lo predicado y planteado en el concepto. Es *negativa* porque descubre la negatividad en la que se encuentran las víctimas de los sistemas que buscan legitimarse a través de la ideologización. Es *dialéctica* porque si bien la historización parte de la negación de la producción y reproducción de vida de las víctimas, busca establecer la orientación para superar esa negatividad. Esto, aplicado al ámbito del derecho, Ellacuría lo explica de la siguiente forma:

...el método adecuado para encontrar y realizar un derecho efectivo y dinámico, un derecho que sea en su realización histórica lo que pretende ser en su teoría ideal —ser lo verdadero, lo justo y lo ajustado—, es el negar superadoramente aquella condición de debilidad, esclavitud y opresión, que es lo que se da de hecho, aunque no sea el dato primario de lo que corresponde al hombre en su esencial ideal. Se trata, por tanto, de un proceso negativo, crítico, y dialéctico, que busca no quedarse en la negación sino que avanza hacia una afirmación nunca definitiva, porque mantiene en sí misma, como dinamismo real total más que como dinamismo lógico, el principio de superación.²⁶

²⁵ Cf. SERRANO, Omar, *op. cit.*, pp. 49-50.

²⁶ ELLACURÍA, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *op. cit.*, p. 436.

2.2. La historización de derechos humanos

Ahora bien, dentro de una praxis de liberación, es necesario historizar el concepto formal de derechos humanos pues corre el riesgo de ser ideologizado; se trata de pensarlo desde un *logos* histórico. Ellacuría reconoce el valor del planteamiento formal tanto de los derechos humanos como del bien común, pero sostiene la insuficiencia de estos enfoques formales, ya que sus aspectos positivos tienen que ser reasumidos dentro del proceso de historización, de lo contrario serán postulados abstractos sin ninguna incidencia en la realidad.

Se debe ser consciente de que los derechos humanos son momentos ideologizados de la praxis humana y por eso necesitan de su historización. De lo contrario, se convierten tan sólo en una abstracción sobre la que se predicen principios que nada tienen que ver con la realidad, y aunque esos principios sean parte de su "deber ser", el darlos por asentados sin realizar su verificación histórica conlleva a un uso ideologizado. Tal es el caso de la "universalidad" que se predica sobre estos derechos.

La necesidad de historizar los derechos humanos surge de su complejidad, pues en ellos no sólo confluye *la dimensión universal* del ser humano con la situación realmente distinta en la que desarrollan su vida los seres humanos, sino que además con facilidad son utilizados ideológicamente no al servicio de la producción, reproducción y desarrollo de vida, sino a los intereses de ciertos grupos de poder que al totalizar la manera en que ellos producen y acceden a los bienes para la satisfacción de necesidades, niegan este acceso al otro. La historización denuncia el peligro que se corre cuando la teoría y la práctica de derechos humanos tienden a tomar la forma de una normatividad absoluta y abstracta, independiente y ajena a la realidad histórica, para convertirse en una forma velada de legitimar los sistemas aún por encima de su producción de víctimas.

La historización de los derechos humanos no consiste formalmente en contar la historia del concepto, ni tampoco en relatar la historia real, sino que sigue las pautas ya expuestas del método de historización de los conceptos; estos son:²⁷

- a) La verificación práctica de la verdad-falsedad, justicia-injusticia, ajuste-desajuste que se da del derecho proclamado.
- b) La constatación de si el derecho proclamado sirve para la seguridad de unos pocos y deja de ser efectivo para los más.
- c) El examen de las condiciones reales, sin las cuales no tienen posibilidad de realidad los propósitos intencionales.
- d) La desideologización de los planteamientos idealistas, que en vez de animar a los cambios sustanciales, exigibles para el cumplimiento efectivo del derecho y no sólo para la afirmación de su posibilidad, se conviertan en obstáculo de los mismos.
- e) La introducción de la dimensión, tiempo para poder cuantificar y verificar cuándo las proclamaciones ideales pueden convertirse en realidades o alcanzar, al menos, cierto grado aceptable de realización.

La universalidad es una de las características de los derechos humanos que con mayor facilidad puede caer en la abstracción, en una mistificación semejante a lo que sucede con el bien común y, por tanto, en la ya tan reiterada ideologización. En efecto, Ellacuría nos da cuenta de que las primeras declaraciones de derechos humanos, aún cuando se proclamaron *para todos los hombres* y se sostuvo su *universalidad*, en la práctica son derechos limitados a una forma determinada de ser hombres (*freemen* ingleses, hombres blancos del pueblo de Virginia, burgueses franceses, etc.).²⁸ Esto debido, en parte, a que en el proceso real de surgimiento de los derechos humanos se aprecia el siguiente esquema: situación de agravio comparativo, conciencia de ese agravio comparativo (desigualdad, hechos de opresión, formas de explotación, entre otras), apropiación de esa conciencia por una clase social, objetivización de esa protesta y, cuando tras una lucha se ha logrado el triunfo, *justificación con referencias ideales de todo tipo*. En este sentido, las declaraciones como la Carta Magna (1215), el *Bill of Rights* (1689), o la Declaración de Virginia (1776) son productos de las luchas de determinados grupos que, contando ya con la base material y la conciencia suficientes, se consideraban privados de algo que les pertenecía, que les era debido, pero que después sus referencias ideales no concordaron con la realidad y fueron usadas ideológicamente para la defensa de sus intereses. Por eso, Ellacuría establece que este proceso es positivo

²⁷ Cf. ELLACURÍA, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares", en *Escritos Filosóficos*, Tomo III, *op. cit.*, p. 434.

²⁸ Cf. *Ibidem*, p. 437.

pero a la vez limitado y muestra claras referencias al carácter ambiguo e ideologizado de esta concepción de los derechos humanos, pues “aunque abren un ideal positivo y muestran un método eficaz de lucha para hacer que el derecho sea real, muestran al mismo tiempo su carácter inhumano y se vuelven a convertir en la fuerza legitimadora de los poderosos”.²⁹ Desde su nacimiento esa ha sido la dinámica de esta concepción pues, por ejemplo, el mismo ejército francés que servía a la burguesía revolucionaria francesa —orgullosa de su proclama “universal” de derechos del hombre—, reprimió a los esclavos de Haití que se sublevaron enarbolando una bandera tricolor y cantando, al igual que los franceses en 1789, *la Marseillesa*. Y es que la mera condición de ser humano parece no ser todavía suficiente para poder exigir y disfrutar de derechos humanos. Se necesita ser miembro reconocido de una sociedad o de una clase social, que cuente con las condiciones materiales para ejercerlos efectivamente; es decir, vale más contar con la ciudadanía de cierto país o la pertenencia a una clase social que el hecho de ser persona.

Lo anterior muestra que para alcanzar una perspectiva y una validez universal de los derechos humanos, es necesario tener en cuenta el *para quién* y *para qué* se proclaman. Para Ellacuría, consecuente con los postulados de la FL, estos *para quién* deben ser desde los pueblos oprimidos y desde las mayorías, y para o en busca de su liberación. Esto en función de que constituyen la realidad más universal y donde los derechos humanos son negados por una estructura e institucionalización del mal común.

A partir del lugar epistemológico elegido por Ellacuría, se adquiere una posición crítica sobre la doctrina de los derechos humanos; desde la cual, por ejemplo, no se acepta ingenuamente una “posición eurocéntrica” que identifique el proceso de los países primermundistas con la dirección del proceso histórico global, y es capaz de denunciar “la mentira de los países ricos y de las clases poderosas dominantes, que tratan de aparentar el que en ellos se da el pleno cumplimiento de los derechos humanos, cuando lo que se da es el disfrute de derechos nacionalistas, mediante la negación efectiva de los derechos que competen a la humanidad en su conjunto”.³⁰

La historización exige buscar la raíz más profunda de la negación de los derechos humanos, que debe verse desde dos polos: desde la realidad negada, que no puede llegar a ser aquello que podría y debería ser preci-

samente porque se lo impiden, y desde la realidad negadora, sea personal, grupal, estructural o institucional. Este es un proceso dialéctico donde la teoría interviene para descubrir la historicidad del derecho negado y deseable, y donde la praxis debe ir dirigida al establecimiento de estructuras e instituciones justas para lograr superar la realidad negadora de dicho derecho. Es la lucha por los derechos humanos como expresión más clara de una conciencia madura al respecto. Ellacuría afirma en este contexto:

[L]os derechos humanos deben ser primariamente derechos de los oprimidos, pues los opresores no pueden tener derecho alguno, en tanto que opresores, y a lo sumo tendrán el derecho a que se les saque de su opresión. Sólo haciendo justicia a los pueblos y a las clases oprimidas se propiciará su auténtico bien común y los derechos humanos realmente universales.³¹

Queda claro que la historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos muestra que el problema radical es “la lucha de la vida en contra de la muerte, es la búsqueda de lo que da vida frente a lo que la quita o da muerte”.³² Una lucha contra la muerte en diversos grados —social, personal, estructural—, no sólo restringiendo la vida a su dimensión biológica sino al tipo de vida, y que se expande a diversos planos: la libertad, la justicia, la dignidad, la solidaridad, etcétera. La historización genera un proceso dialéctico donde en la teoría hay que descubrir, por negación superadora, cuál es el rostro histórico del derecho deseable y posible, mientras que en la práctica se debe luchar para que el derecho consiga que se haga justicia y llegue a anular la realidad negadora.

La historización de derechos humanos nos permite visualizar que el enfoque liberal al respecto es limitado. No porque se rechacen los frutos de las luchas por la libertad, ni su contribución a la construcción de sociedades justas, sino porque es insuficiente y su discurso se ha vuelto un instrumento ideológico funcional para la estructura capitalista; aunque el liberalismo político es diferente ideológicamente, e intenta conservar cierta autonomía, en relación con el liberalismo económico, en las condiciones materiales de la actual configuración de la realidad histórica, muchos de sus presupuestos son utilizados interesadamente para impedir la

³¹ ELLACURÍA, Ignacio, “Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida”, *op. cit.*, p. 223.

³² ELLACURÍA, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares”, *op. cit.*, p. 439.

²⁹ *Ibidem*, p. 437.

³⁰ *Ibidem*, p. 443.

superación de estructuras injustas: “La libertad burguesa, que subyace en muchos de los anuncios de la libertad, está fundada en la propiedad privada, y más en concreto en la riqueza; sin el desequilibrio de unos pocos que tienen mucho y de unos muchos que tienen poco, apenas puede hablarse de libertad”.³³ No basta la liberalización para conseguir la libertad, sino que son necesarios diversos procesos de liberación que se constituyan en la negación superadora del mal estructural.

La verificación de los derechos humanos debe realizarse no desde lo que se dice sino desde las prácticas reales de los pueblos;³⁴ es decir, no basta el discurso ni la implementación de los derechos humanos en textos legales nacionales o internacionales, debido a que se corre el peligro de que los derechos humanos se reduzcan a una normatividad absoluta y abstracta, independiente de toda circunstancia histórica, y que probablemente consista en una forma velada de defender lo ya adquirido o adquirible en el futuro por los más fuertes.

La conceptualización que realizó Ellacuría respecto a los derechos humanos, en coherencia con su filosofía de la realidad histórica, coloca a la vida humana como su fundamento, en cuanto los derechos, deben ser medios para la satisfacción de las necesidades que posibilitan la viabilidad de la especie humana. La existencia de un estado respetuoso y promotor de los derechos humanos es bien visto por Ellacuría, al grado de que su construcción la consideró necesaria y urgente en la realidad que le tocó enfrentar; pero no lo considera como un proceso autosuficiente ni absoluto, pues siempre los poderes corren el riesgo de ser instrumentos de ideologización. Además, limitar los derechos humanos al marco jurídico dado por un estado, tiene como consecuencia, en muchos casos, que aquellos pierden su dimensión utópica y fácilmente se vuelven parte de discursos *utopistas* o *cínicos* que atacan la capacidad humana de replantearse continuamente la realidad de la que se hace cargo.

La historización conduce a comprender los derechos humanos como parte de la praxis de liberación de los oprimidos y de las mayorías populares, pues sólo desde ellos queda verificada la realidad de su cumplimiento:

³³ ELLACURÍA, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, *op. cit.*, p. 644.

³⁴ Cf. SENENT, Juan Antonio, “Los derechos humanos desde los pueblos oprimidos”, en Ignacio Ellacuría. *Aquella libertad esclarecida*, *op. cit.*, p. 165.

No se puede querer rectamente ningún bien particular y ningún derecho, si no se refiere ese bien y ese derecho a conseguir el bien común de la humanidad y la plenitud humana del derecho. Ahora bien, en un mundo dividido y conflictivo, no radicalmente por las guerras, sino por la injusta distribución de los bienes comunes, esa comunidad y esa humanidad no son estáticas ni unívocas, por lo cual debe ponerse en vigor el principio de la prioridad de lo común y de lo humano sobre lo particular. Esto se logra dando prioridad teórica y práctica a las mayorías populares y a los pueblos oprimidos a la hora de plantear con verdad, con justicia y con justeza el problema de los derechos humanos.³⁵

Esto tiene importantes repercusiones para pensar los derechos humanos más allá de la modernidad capitalista y de su componente individualista, para ubicarlos en una auténtica perspectiva universal respetuosa de las diferencias.

La historización de derechos humanos nos reafirma la necesidad de entenderlos dentro de la pluralidad social y cultural de la sociedad mundial. Es necesario un verdadero diálogo intercultural entre la concepción moderna de derechos humanos, otras concepciones de dignidad humana, procesos de lucha a favor de ella y la estructuración social de otras culturas. Esto sin presuponer que alguna de ellas sea el marco inicial de este diálogo. La concepción clásica de derechos humanos sigue teniendo miedo a la diversidad. Por más que predique su dimensión de tolerancia, ésta se limita a aquellas expresiones culturales que no cuestionan de fondo su razón ilustrada y liberal. Se puede aceptar todo aquello que sea *folklórico*, *accesorio* y *colorido* de una cultura, siempre que no cuestione los principios liberales y su individualismo y, mucho menos, la lógica del libre mercado. El proceso de globalización se ha convertido en un proceso de occidentalización, aun en sus versiones “multiculturalistas”. Estas últimas, cabría anotar, tratan de la nueva expresión del capitalismo para expandir su campo de influencia aceptando elementos culturales no-occidentales que no ponen en riesgo su lógica de producción y acumulación.³⁶ Cuando las diferencias —expresadas en éticas religiosas, comunitarias, etcétera— son capaces de distorsionar el funcionamiento del libre mercado capitalista, entonces “son *criminalizadas* y pasan a ser calificadas como enemigos que se deben eliminar, en cuanto que son consideradas como enemigos del pro-

³⁵ ELLACURÍA, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares”, *op. cit.*, pp. 444-445.

³⁶ Cf. DÍAZ POLANCO, Héctor, *Elogio a la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Siglo XXI, México, 2006. p. 174.

greso infinito de la civilización *cristiana y mercantil* occidental”.³⁷ La FL impone la tarea de desarrollar, como parte de la historización de derechos humanos, una teoría social y una antropología que asuma la diversidad del ser humano y denuncie todas aquellas idealizaciones que impidan que esta diversidad se exprese, y sea parte de la manera en que la realidad histórica va dando de sí.

La historización de los derechos humanos desde la realidad negadora y desde una perspectiva que descubra cuál es el rostro histórico del derecho deseable y posible, constituye una dialéctica que le otorga un gran valor a la utopía:

Se da aquí una relación entre utopía y denuncia que mudamente se potencian. Sin una cierta apreciación, al menos atemática de un ideal utópico, que es posible y es exigible, no puede darse la toma de conciencia de que algo puede ser superado; pero sin la constatación efectiva, cuyo origen puede ser múltiple y complejo en el orden biológico, psicológico, ético, social, cultural, político, etcétera, de que se da una negación, que es privación y violación, la toma de conciencia no se convierte en exigencia real y en dinamismo de la lucha.³⁸

En este contexto, la utopía no se trata de un sueño imposible sino de un horizonte de esperanza. Para no convertirse en idealismo enajenante, en un idealismo inoperante, es necesaria la profecía. La profecía entendida como denuncia y negación de los males presentes, y que por la vía creada, apunta y lanza hacia un futuro de esperanza. Se trata de una esperanza “que mucho tiene que ver con el presente, porque lo que se pretende es sacarnos de él, sacarnos de la tierra de la esclavitud, a través de un éxodo histórico, como proceso de la liberación conducente a la tierra prometida”.³⁹

III. LA INVERSIÓN IDEOLÓGICA DE DERECHOS HUMANOS

El método de historización de los conceptos es la propuesta más general de crítica ideológica que realiza la FL a derechos humanos, pero existen otras propuestas, que se centran en algún aspecto concreto del proceso de

³⁷ FARIÑAS DULCE, María José, “Fundamentalismo económico” en Juan José Tamayo y María José Fariñas, *Culturas y religiones en diálogo*, Editorial Síntesis, Madrid, 2007, p. 68.

³⁸ ELLACURÍA, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pobres oprimidos y las mayorías populares”, *op. cit.*, p. 438.

³⁹ ELLACURÍA, Ignacio, “La construcción de un futuro distinto para la humanidad”, *op. cit.*, p. 351.

ideologización. Una de ellas es el análisis de la “inversión ideológica” realizada por Franz Hinkelammert. Si bien puede aplicarse al derecho en general, a nosotros nos importa lo relativo a derechos humanos.

El análisis de la inversión ideológica guarda relación con el método de historización de los conceptos porque denuncia el uso ideologizado que se le da a derechos humanos. Pero, en cambio, descubre en este uso un carácter estructural, es decir, que dicho uso responde a una estructura propia del dominio y la explotación de un grupo de seres humanos sobre otros. Es utilizada para abordar la perversión que esconden los discursos y prácticas hegemónicas, y también forma parte de un discurso que ha acompañado el proceso de dominio moderno-capitalista.

Como una noción básica y general de esta propuesta podría enunciarse así: “Los derechos humanos son utilizados para violentar derechos humanos”. De ahí que se dé una inversión en función de un uso ideologizado. El proceso de esta inversión es el siguiente:

- a) Se generan ciertas reivindicaciones de parte de un sujeto corporal y vivo, desde su contexto e identidad.
- b) Al lograr el cumplimiento de esas reivindicaciones, y si además asume una posición hegemónica, defiende sus logros a través de invisibilizar las tramas sociales y de poder que les dieron origen.
- c) Entonces el sujeto vivo y concreto desaparece, y se abstrae de la historia; se señala que sus reivindicaciones son valores universales, racionales, aptas para todo tiempo y lugar.
- d) No obstante al contenido que se predica como universal, esos valores no se desprenden de las tramas sociales y de poder que las generaron, y son funcionales a ellas.
- e) Esos valores universales se asumen como el criterio único de acción racional que debe guiar el proceso de la historia; desde ellos se juzga la praxis humana, abstrayéndola de la historia, de los contextos propios y de las identidades específicas.
- f) El grupo que ha logrado establecer sus valores como hegemónicos, los institucionaliza y se asume defensor de ellos; en efecto, aunque los reconoce como universales, en defensa de ellos se justifica negarlos a quienes se les oponen.

- g) Unos “valores” van teniendo mayor peso e importancia que otros, no tanto por su esencia o racionalidad, sino en razón de las relaciones sociales, políticas y económicas instauradas y hegemónicas.
- h) Así, se da una inversión ideológica, pues el hecho de afirmar y defender valores universales justifica al mismo tiempo su defensa, al grado de negar esos mismos valores a aquéllos que los cuestionan.

En su *Crítica de la imaginación jurídica*, Norman Solórzano señala que la inversión ideológica no es una noción dogmática, no se desprende del mero análisis de la legislación, según un método de exégesis positiva y sincrónica; tampoco es una *categoría aristotélica*, ya que no refiere a ninguna cualidad del ser, ni en sentido kantiano pues no se trata de ninguna de las formas del pensamiento o del acto cognoscitivo. En cambio, en términos epistemológicos, la inversión ideológica adquiere un perfil más preciso, según este autor, en la medida que se refiere a una condición del mismo proceso de categorización. Los efectos que produce la inversión ideológica son un real obstáculo epistemológico. También señala que se trata de una manera de explicar la dinámica de los procesos sociales en el tiempo, pues considera que es la forma que mejor explica cómo se van asentando, anquilosando, en el proceso de normalización las instituciones, valores, normas, etc.⁴⁰

La inversión ideológica tiene que ver con el proceso de normalización de instituciones y valores. Pero va más allá de la noción de “institucionalización”, pues no se queda en el momento de normalización, sino asume la crítica. Como señala Norman Solórzano, “con institucionalización sólo captamos el proceso que lleva hasta la normalización (la historia *previa a*), y no contiene un elemento crítico (revisión) que provea a su evaluación permanente (particularmente que se haga cargo de la historia *posterior a*). En cambio, con la noción de “inversión ideológica” (y la exigencia de su *elucidación*) captamos ambos momentos, o, lo que es lo mismo, se capta el momento de normalización y se activa el elemento crítico (*autopolémica*) frente a su absolutización”.⁴¹ En cierta manera, este proceso es semejante en cuanto a la re-visión con el método de historización de los conceptos propuesto con Ellacuría. De ahí que podrías afirmar que la *elucidación* de

la inversión ideológica es una superación del *logos* abstracto por medio del *logos* histórico.

3.1. Un ejemplo: la inversión ideológica en John Locke

Hinkelammert señala que, entre las diversas tradiciones de derechos humanos, es la inaugurada por John Locke la que muestra y pone en operación la inversión ideológica. Se trata del *relato fundante* de la Modernidad capitalista en cuanto derechos humanos, y que aún se encuentra como sustento de las políticas neocoloniales de los Estados Unidos y de algunos países europeos. Haremos un breve repaso de esta lectura del *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, ya que ejemplifica la *elucidación* del proceso de inversión ideológica.⁴²

Para Hinkelammert existe un método que ha guiado esta inversión del mundo y cuyo resultado es que las víctimas son consideradas culpables y los victimarios se autoproclaman jueces universales. En el caso que nos ocupa, a John Locke más que verlo como “padre de los derechos humanos” —caracterización común en las filosofías hegemónicas—, se le descubre como quien elaboró conceptualmente una interpretación de derechos humanos en un momento clave del proceso de colonización del mundo: el mundo anglosajón comenzaba su hegemonía por medio del Imperio inglés que nacía principalmente en virtud de la piratería y la esclavitud.⁴³

La situación a la que se enfrenta Locke está marcada, según nuestro autor, por la búsqueda de legitimidad de las acciones imperiales de Inglaterra, pues las líneas de expansión de esta nación ya estaban claramente dibujadas en su tiempo, es decir, en 1690 cuando aparece el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Bajo esta perspectiva, ese es un texto “fundante sobre todo para la tradición anglosajona, y define hasta hoy la política imperial primero de Inglaterra y, posteriormente, de EE.UU.”.⁴⁴ Además, fue la formulación entonces de la teoría política correspondiente a hechos como la Revolución Gloriosa de 1688, y la declaración de derechos en el

⁴² Enrique Dussel realiza una lectura sobre el “estado de guerra” en el pensamiento de Locke que guarda estrecha relación con la propuesta de Hinkelammert (Cf. DUSSEL, Enrique, “Estado de guerra permanente y razón cínica: John Locke” en *Materiales para una política de la liberación*, op. cit., pp. 275-292).

⁴³ HINKELAMMERT, Franz, “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke” en *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, op. cit., p. 93.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁰ Cf. SOLÓRZANO, Norman, *Crítica de la imaginación jurídica*, op. cit., pp. 129-130.

⁴¹ *Ibidem*, p. 130.

Habeas corpus (1679) y la *Bill of rights* (1689). Entonces si por un lado se declaraba la igualdad humana frente a la ley y la protección de la libertad y la propiedad privada, por otro, Inglaterra se encontraba en un periodo fundante y en expansión de su imperio. Un crecimiento que se realizaba hacia las tierras de América del Norte, hacia el oriente para entrar en conflicto con Francia por la India, y la lucha por el control del mercado de tráfico de esclavos.⁴⁵ Es decir, la teoría de Locke respondió a las necesidades de la expansión del Imperio Inglés, no sólo en sus conflictos con los imperios existentes entonces, España y Holanda, sino también en su ocupación de las tierras de América del Norte y en el Lejano Oriente. Además, era necesaria una teoría que fuera apta para que Inglaterra consiguiera el control del comercio de esclavos.⁴⁶

El Imperialismo español en América era justificado por el derecho divino de los reyes o por la concesión papal. Pero después de una revolución burguesa antimonárquica, esa clase de títulos perdían legitimidad para los nuevos conquistadores. Se requería de una nueva ideología que justificara el colonialismo, pero ya no basado en el derecho divino de los reyes, pues ésta había sido la ideología que la misma burguesía había combatido. Ésta no podía renunciar a los derechos fundamentales establecidos en el *Habeas corpus* y en el *Bill of rights*, pues eran la respuesta antagónica al derecho divino. Y es que siendo congruentes, la universalidad de los derechos de libertad, seguridad y propiedad excluía la posibilidad del trabajo forzado por esclavitud y de la expropiación de tierras de los indígenas de América del Norte.

Para Hinkelammert, Locke encontró una solución ante la disyuntiva entre la declaración de la igualdad humana frente a la ley y el poder de la burguesía. No buscó una solución aplicable a excepciones, sino que “invertió por completo el concepto mismo del derecho humano tal como había estado presente en la primera revolución inglesa”.⁴⁷ Locke reconoce la

⁴⁵ Conquistas que va logrando en el siglo XVIII. Enrique Dussel afirma que en el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, John Locke, “opuesto a la Iglesia anglicana y al absolutismo monárquico del partido *torv*, expresó de manera secularizada y agresiva la nueva posición burguesa de los *whigs*. La trata de esclavos era un comercio en auge, lo mismo que el establecimiento de colonias en América, donde Inglaterra competía con Portugal y España, e igualmente con Holanda” (DUSSEL, Enrique, “Estado de guerra permanente y razón cínica: John Locke”, *op. cit.*, p. 279).

⁴⁶ Recordemos que John Locke había invertido su fortuna en el comercio de esclavos (Cf. CRANSTON, Maurice, *John Locke, a biography*, Oxford University Press, New York, 1985).

⁴⁷ HINKELAMMERT, Franz, “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, *op. cit.*, p. 84.

igualdad natural de todo hombre en los siguientes términos: “...la igualdad de la que todos los hombres participan respecto de la jurisdicción o dominio de uno sobre el otro, (...), es decir del derecho que todo hombre tiene de disfrutar de su libertad natural, sin estar sometido a la voluntad o la autoridad de ningún hombre”.⁴⁸ No obstante, la inversión ideológica aparece cuando esta declaración de igualdad incluye las prácticas imperiales; es decir, que afirmar la igualdad es lo mismo que legitimar la esclavitud; y respetar la propiedad privada conlleva a expropiar las tierras a los pueblos indígenas de Norteamérica.

Como bien se sabe, Locke desarrolla su argumentación a partir del estado natural que subyace en el estado civil. Por eso, el estado natural existe ahí donde el estado civil no se ha constituido, como es el caso de América del Norte; se trata de un estado de libertad y de igualdad, pero no “lo es de licencia”, y por lo tanto existe una “ética”:

...pues aunque el hombre en tal estado tenga una libertad incontrolable para disponer de su persona o de sus posesiones, no tiene, sin embargo, libertad para destruirse a sí mismo ni a ninguna criatura de su posesión, excepto cuando algún fin más noble que su mera preservación se lo demande. El estado de naturaleza está gobernado por una ley de la naturaleza que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. (...) Y así, al haber sido todos dotados con iguales facultades y compartir una comunidad de naturaleza, no puede suponerse ninguna subordinación entre nosotros que nos autorice a destruirnos recíprocamente, como si hubiésemos sido creados para usarnos el uno al otro, según lo fueron las criaturas de rangos inferiores al nuestro. Por la misma razón que cada uno está obligado a preservarse a sí mismo y a no renunciar a su estado voluntariamente, y cuando su propia preservación no esté en juego, deberá, en la medida de lo posible, **preservar al resto de la humanidad** y no podrá, a menos que se trate de hacer justicia con quien ha cometido una ofensa, quitar una vida o dañarla, o menoscabar lo que tiende a la preservación de la vida, la libertad, la salud, los miembros o los bienes de otro.⁴⁹

Ésta es para Locke la ley de la naturaleza que se preocupa por la paz y la preservación de toda la humanidad. Para que la ley natural sea efectiva, los medios para ejecutarla están en manos de todos los hombres, “de modo que todos y cada uno tienen el derecho de castigar a quienes transgreden

⁴⁸ LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, *op. cit.*, no. 55, p. 41.

⁴⁹ *Ibidem*, no. 6, p. 11 (negrillas mías).

la ley en la medida en que ésta sea violada”.⁵⁰ Esto porque el estado de naturaleza es un estado de perfecta igualdad, donde no hay superioridad ni jurisdicción de uno sobre otro. Así, no sólo la víctima a la que le fue transgredido su derecho puede colocarse en calidad de juez, sino cualquier hombre.

Si cada hombre tiene calidad de juez, entonces habría que determinar al culpable. Éste será quien violente la ley de la naturaleza, quien actúe de manera irracional y, por tanto, se convierte en una amenaza para “la humanidad”. En este contexto, el culpable se convierte en un verdadero monstruo que debe ser eliminado:

Al transgredir la ley de la naturaleza, el ofensor declara que vive según otra regla que la de la razón y la equidad común, que son las medidas que Dios ha establecido para regular las acciones de los hombres, en beneficio de su mutua seguridad. Y así, el ofensor se vuelve peligroso para **la humanidad**, pues ha ignorado y roto las ataduras que protegían a los hombres del daño y la violencia. Lo cual, al ser una transgresión contra **toda la especie** y la paz y la seguridad garantizadas por **la ley de la naturaleza**, permitirá que cada hombre, según esta medida y en virtud del derecho que tiene de preservar al **género humano** en general, pueda poner límites o, cuando sea necesario, **destruir cosas dañinas para la humanidad**, y así castigar a cualquiera que haya transgredido esa ley, de modo que se arrepienta de haberlo hecho y se abstenga de cometerlo nuevamente y, mediante su ejemplo, disuada a otros de cometer el mismo delito. Y en este caso y sobre este fundamento, todo hombre tiene derecho de castigar al ofensor y de ser ejecutor de la ley de la naturaleza.⁵¹

Y en otro párrafo más adelante continúa:

en el estado de naturaleza, tiene el poder de matar a un asesino, tanto para disuadir a otros de cometer un crimen similar —al que ninguna reparación puede compensar—, mediante el ejemplo del castigo que debe aplicársele, como para preservar a los hombres de los intentos de un criminal que, habiendo renunciado a la razón, la regla y la medida común que Dios ha dado a la humanidad ha declarado, por medio de la injusta violencia y asesinato que ha cometido matando a un hombre, **la guerra contra toda la humanidad**. Por lo tanto, puede ser destruido como si fuera un león o un tigre, o una de esas bestias salvajes con las que los hombres no pueden tener sociedad ni seguridad.⁵²

⁵⁰ *Ibidem*, no. 7, p. 11.

⁵¹ *Ibidem*, no. 8, p. 12.

⁵² *Ibidem*, no. 11, p. 14.

El culpable de violentar la ley de la naturaleza se convierte en algo semejante a un animal. Aquí no interesa si Locke está simplemente señalando la necesidad de establecer penas —y en concreto la pena de muerte— como consecuencia de un delito. Lo que se constituye como parte del proceso de inversión ideológica está en que el delito se comete “contra toda la humanidad”. No se habla de una relación concreta, con seres humanos vivos y tramas sociales específicas, sino de “la humanidad”, y a la vez, se le comienza a negar como parte de esa “humanidad” al culpable. Se le excluye de quienes pueden legítimamente disfrutar de los derechos que concede la ley de la naturaleza. De hecho, Locke señala que el último juez es Dios⁵³; lo que para Hinkelammert “no es nada más que transformar a la burguesía en el último juez, la cual en nombre de la anticipación del último juicio condena y castiga al mundo en nombre de la ley de la naturaleza, que es género humano y ley de la razón a la vez”.⁵⁴

No obstante, para poder atacar al culpable de actuar contra la racionalidad es necesario pasar del mero “estado de naturaleza” al “estado de guerra”, que para Hobbes se daba simultáneamente. Pero para Locke, el “estado de naturaleza” no es el “estado de guerra”: se entra a éste cuando hay alguien que se opone a la ley natural u odia a “nosotros” sin motivo. La “humanidad” debe sentirse constantemente bajo amenaza de aquellos seres que continúan sin constituir el estado civil y, por tanto, continuamente pueden caer en la violación de la ley de la naturaleza. Por eso, hay que luchar para “civilizar” el mundo, y donde no haya estado político ahí establecerlo.

Dicho estado de guerra significa para los que defienden a la “humanidad”, un derecho de guerra, la facultad de realizar una guerra justa. Para Hinkelammert, el “nosotros” de Locke son explícitamente “la humanidad”, pero en realidad es la nueva clase dominante en Inglaterra, los burgueses, con tendencias de expansión colonialista. Los enemigos con quienes se está en “estado de guerra” son, por un lado, las monarquías absolutas de su tiempo fundamentadas en el derecho divino de los reyes, y también aquellos que viven en el estado natural pero se oponen a la transformación al estado civil. En efecto, la principal abstracción y uno de los pasos de la inversión ideológica están en que el “nosotros” no son los burgueses

⁵³ Cf. *Ibidem*, no. 21 y 176, pp. 23 y 126.

⁵⁴ HINKELAMMERT, Franz, “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, *op. cit.*, p. 91.

ingleses, sino “todos aquellos que defienden el género humano, la ley de la razón que Dios ha puesto en el corazón humano; en fin, aquellos que imponen la ley de la naturaleza”.⁵⁵

La ley de la naturaleza que contiene la igualdad, la libertad y la propiedad como derechos del género humano es invertida en el pensamiento de Locke, según Hinkelammert, para negarle esos mismos derechos a quienes violen esa ley. El estado de guerra conlleva una serie de consecuencias que benefician a quien sale victorioso de la batalla, siempre y cuando su guerra sea justa. ¿Y cuándo es justa esa guerra? Pues básicamente, como ya hemos apuntado, cuando se realiza para castigar a quien violenta la ley de la naturaleza o actúa en contra de ella. Quien es derrotado en una guerra justa pierde su derecho a la libertad, a la vida, y a la propiedad, pero *no por haber sido derrotado* sino porque es una amenaza a la humanidad por violentar la ley de la naturaleza y, por lo tanto, por actuar de manera irracional.

El carácter imperial de la ley de la naturaleza en la argumentación de Locke aparece claramente en el siguiente párrafo:

Aquellos que tienen el poder supremo de hacer leyes en Inglaterra, Francia u Holanda son, para un indio o un nativo de cualquier parte del mundo, hombres sin autoridad. Y por lo tanto, si no fuera que por la ley de la naturaleza todo hombre tiene el poder de castigar las ofensas cometidas contra ella, tal como serenamente juzgue que lo requiere el caso, no veo cómo los magistrados de cualquier comunidad podrían castigar a un extranjero, nativo de otro país, dado que, en lo que a él se refiere, no tienen más poder que el que, por naturaleza, cualquier hombre puede tener sobre otro hombre.⁵⁶

Locke piensa en los poderes europeos en relación con los indios o nativos, muy probablemente de América pues son referidos varias veces durante el texto. Sería incongruente que pretendiese otorgar autoridad sobre los nativos a esos poderes políticos, debido a que aquellos no habían participado en ningún contrato o acuerdo para constituir el estado civil, y tampoco podría argumentar el derecho divino de los reyes que era la ideología que combatió la burguesía. La solución era la ley de la naturaleza, cuya sanción no requiere de ningún pacto o acuerdo que constituya al poder político, y donde cualquier hombre puede establecerse de juez. Si los

indios violan la ley de la naturaleza, cualquier hombre puede castigarlos *por naturaleza*.

En este contexto, Locke busca una manera de comprender la esclavitud no sólo como una expresión de la violación a la ley de la naturaleza (como sería la violación de la libertad en las monarquías absolutas que combatían los burgueses), sino también como consecuencia del cumplimiento y de la defensa de esa ley contra quienes la violaran o pretendieran hacerlo (como el tráfico de esclavos que dominaría comercialmente la burguesía triunfante). Así, el filósofo inglés reconoce el derecho humano de no ser esclavo de nadie.⁵⁷

El poder despótico no es otorgado por la naturaleza, pues no está permitido que ningún ser humano atente contra la vida de otro. Tampoco puede constituirse por pacto o contrato alguno, porque el hombre no tiene arbitrio sobre su propia vida y no puede darla a otro hombre este poder sobre ella. No obstante, a partir de esto, Locke concluye exactamente lo contrario, es decir, que el poder despótico sólo puede generarse cuando el agresor haya renunciado a su propia vida poniéndose en estado de guerra con otro. Y esto trae como consecuencia lo siguiente:

Pues, habiendo renunciado a la razón, que Dios nos ha dado para que sea la regla entre los hombres, y a los caminos pacíficos que ella enseña, y habiendo hecho uso de la fuerza para imponerle sus fines injustos a otro hombre, sobre el cual no tiene derecho, se convierte en susceptible de ser destruido por su adversario cuando éste pueda, como cualquier otra criatura dañina y brutal que es destructiva para su ser. Y así los cautivos tomados en una guerra justa y legítima, y sólo ellos, están sometidos a un poder despótico, el cual, como no surge del pacto no es capaz tampoco de establecer ninguno, sino que es el estado de guerra continua. Pues, ¿qué pacto puede hacerse con un hombre que no es amo de su propia vida? ¿Qué condición puede cumplir? Y si alguna vez se le permitiera ser amo de su propia vida, el poder despótico y arbitrario de su amo cesa. Aquél que es amo de sí mismo y de su propia vida tiene derecho, también, a usar los medios para preservarla; de manera que apenas hay pacto, cesa la esclavitud, y aquel que pacta con su cautivo, abandona su poder absoluto y pone fin al estado de guerra.⁵⁸

El ser humano no sólo es libre sino que está obligado a serlo, pues por su voluntad no puede hacerse esclavo. No obstante, si no se puede renunciar a la libertad, se puede perderla por entablar una guerra injusta contra

⁵⁵ *Ibidem*, p. 89.

⁵⁶ LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, op. cit., no. 9, p. 13.

⁵⁷ Cf. *Ibidem*, no. 22, p. 23.

⁵⁸ *Ibidem*, no. 172, p. 125. Ver también no. 181, p. 132.

“la humanidad”. Es decir, nadie le quita su derecho humano a la libertad sino que él mismo se lo quita por hacer una guerra injusta.⁵⁹ Pero además, la esclavitud puede interpretarse como un beneficio para quien, por violar la ley de la naturaleza, merece la muerte.⁶⁰

El poder despótico, que es el ejercido sobre el esclavo, no es dado por la naturaleza, pues ésta sólo permite el poder paternal⁶¹ y, por medio del acuerdo o pacto, el poder político,⁶² sino que es generado por el triunfo de quien en guerra justa defiende la ley natural: “...el poder que un conquistador obtiene sobre aquellos a los que vence en una guerra justa es perfectamente despótico. Tiene un poder absoluto sobre las vidas de quienes, al ponerse en estado de guerra, han perdido la garantía de conservarlas, pero no por ello tiene derecho a sus posesiones”.⁶³

Salta a la vista que el poder despótico justifica, hasta este punto, la privación de la vida y la libertad, pero no de las posesiones. ¿Entonces el derecho de propiedad no se pierde por rebelarse a la ley de la naturaleza? En cuanto a este derecho, ¿no se da la inversión ideológica en Locke? Sí, se da, pero se requería de otra argumentación, debido a que no se podría justificar el pillaje común en las prácticas de las monarquías absolutas. Locke señala:

No dudo de que esto [que el derecho de las posesiones se conserve en el conquistado], a primera vista, parecerá una doctrina extraña, al ser tan contraria a la práctica del mundo, pues no hay nada más familiar, cuando se habla de dominar países, que decir que alguien conquista una nación y ello le da, sin más, derecho de posesión. Pero las cosas cambian cuando consideramos que la práctica de los fuertes y poderosos, por universal que sea, pocas veces se ajusta al derecho, y lo que de hecho sucede es que a los conquistados se les impone, como parte de su sujeción, no discutir las condiciones estipuladas por las armas conquistadas.⁶⁴

En esta afirmación, comienza a verse uno de los elementos de la inversión ideológica en Locke: los derechos humanos dejan de ser del ser vivo, corporal y necesitado para convertirse en derechos del “propietario”. Sorprende ver cómo la vida y la libertad pueden perderse con mayor faci-

⁵⁹ Cf. *Ibidem*, no. 23, p. 23.

⁶⁰ Cf. *Ibidem*, no. 22, p. 23.

⁶¹ Cf. *Ibidem*, no. 174, p. 126).

⁶² Cf. *Ibidem*, no. 171, pp. 124-125.

⁶³ *Ibidem*, no. 180, p. 131.

⁶⁴ *Idem*.

lidad que la propiedad.⁶⁵ Ésta ocupa un lugar especial en el pensamiento de Locke, jerárquicamente por encima de la vida y la libertad. Tiene que asegurar el respeto a la propiedad privada, aún contra el poder despótico que nace de la conquista, pero por otro lado debe dejar la posibilidad para que la nueva clase hegemónica pueda expropiar las tierras de los pueblos sujetos al colonialismo. El argumento irá en dos sentidos. El primero es lógico y consecuencia de la guerra justa: el derecho a la reparación de los daños. Para Locke, existe este derecho en los siguientes términos:

De manera que quien, por conquista, tiene derecho sobre la persona de un hombre, no tiene por ello derecho a poseer y disfrutar de sus propiedades. Pues es la fuerza bruta que el agresor ha utilizado lo que le da a su adversario el derecho de quitarle la vida y destruirlo, si así le place, como criatura dañina. *Pero es sólo el daño inferido lo que le da derecho a los bienes de otro hombre; pues aunque puedo matar a un ladrón que me ataca en el camino, sin embargo no puedo —cosa que parece menor— sacarle su dinero y dejarlo en libertad, pues sería robo de mi parte. Su agresión y el estado de guerra en el que se pone hacen que renuncie a su vida, pero no me dan a mí ningún derecho de apoderarme de sus bienes.*⁶⁶

El conquistador no roba, sino cobra los costos en los cuales ha incurrido por conquistar, por defenderse del agresor, por convertirse en un defensor de la humanidad a través de proteger la ley de la naturaleza. Entonces, a final de cuentas, en la práctica se le niega el derecho a su propiedad a aquellos que actúan contra lo racional.

El segundo argumento muestra con mayor claridad la “inversión ideológica” en cuanto al derecho de propiedad. En primer lugar, Locke señala que Dios “ha dado la tierra a la humanidad en común”. Lo que no significa que haya dado la tierra en común a todos los hombres, sino que pertenece en común a la “humanidad”. El detalle no es menor, pues en esta abstracción del sujeto se fincará la inversión ideológica; busca “demostrar cómo los hombres pueden llegar a tener en propiedad varias parcelas de lo que Dios dio a la humanidad en común, y eso sin que haya ningún pacto expreso entre los miembros de la comunidad”.⁶⁷

Locke señala que Dios dio la razón al hombre para que haga uso de ella para mayor ventaja y beneficio de la vida. La tierra y todo lo que hay en

⁶⁵ “...tampoco tiene el conquistador ningún derecho a quitárselos por el mero hecho de haber sometido a quien, por la fuerza, intentó su destrucción” (*Ibidem*, no. 182, p. 132).

⁶⁶ *Ibidem*, no. 182, pp. 132-133.

⁶⁷ *Ibidem*, no. 25, p. 24.

ella fueron dados a los hombres para sustento y comodidad de su existencia. Al ser común a la humanidad, pero también para ser aprovechados, entonces necesariamente debe haber algún medio de apropiarse de ellos antes de que puedan ser utilizados, o resulten beneficiosos para algún hombre en particular. Así, para Locke, en un inicio, el hombre es propietario de tanta tierra labre, plante, mejore, cultive, y cuyo producto pueda usar. No sería lícito que un hombre poseyera más tierra de la que puede utilizar pues los frutos que de ella obtiene se desperdiciarían. Pero, con la invención del dinero, es posible y viable acumular tierras.⁶⁸

Ahora bien, estos argumentos a favor al derecho de la propiedad privada son, a su vez, la base para violentar el derecho de propiedad de quienes no acatan la ley de la naturaleza; y en concreto, se trata de los pueblos indígenas de América del Norte. Para estos pueblos no es lícito que acumulen más tierras de la que pueden cultivar; el resto “es común a la humanidad” y por lo tanto, ingleses y franceses pueden ir a utilizarlas. Además, al estar los pueblos indígenas en un estado de naturaleza, sin haber constituido ningún acuerdo o pacto para el uso del dinero, la acumulación de más tierra que la que ellos pueden cultivar no es justificable.⁶⁹

Bajo esta perspectiva, los conquistadores tienen el mismo derecho que los indígenas de ocupar las tierras no cultivables en América, y si estos las defienden, desconocen que la tierra ha sido dada en común a la humanidad. Pero, además, violentan la ley de la naturaleza pues no aprovechan de la mejor manera la propiedad. En diversos textos, Locke hace ver que el burgués europeo tiene mayor derecho sobre la tierra que las culturas americanas.⁷⁰

La propiedad común no logra el uso efectivo de los bienes y la tierra, según la perspectiva de Locke. Entonces lo que está en concordancia con la ley de la naturaleza es la propiedad privada que permite obtener el mayor beneficio.⁷¹ Los pueblos indígenas actúan contra la ley de la naturaleza al no producir de la manera en que produce el burgués inglés, ya que no benefician de igual manera “a la humanidad”.

Por tanto, esta argumentación le permite, según Hinkelammert, por un lado sostener “el derecho del conquistador derivado del estado natural

—toda tierra pertenece al género humano—, con el otro derecho de romper los límites de este mismo estado natural. Por el estado natural, todo es común. Sin embargo, ocupa la tierra, deja de serlo gracias a este acuerdo sobre el uso del dinero. El conquistador puede aprovechar el estado natural, pero no está limitado por él, aunque no se haya formado un estado civil. Pero los indígenas no pueden rechazar este acuerdo y están ahora sometidos a él. Si no se someten, están otra vez levantados en contra del género humano y son tratados como fieras salvajes”.⁷²

La argumentación de Locke produce una inversión ideológica que oculta la realidad. Su silogismo puede resumirse de la siguiente manera:

- a) En el “estado de naturaleza” todos son iguales y libres.
- b) Si alguien incumple la ley de la naturaleza se transforma en un irracional, en el enemigo que puede ser muerto como animal, por ser peligroso para la humanidad. Por tanto, deja de ser sujeto de igualdad y libertad.
- c) Sólo en el estado civil existe el juez con autoridad. En la relación entre los Estados (y especialmente referido al mundo colonial), no hay autoridad suprema, y por lo tanto, nos encontramos en un estado de guerra.
- d) Cuando un estado juzga que otro lo ha agredido, lo haya tratado con injusticia, o simplemente lo odia, y entonces considera a dicho estado como agresor y por ello lo define como enemigo fuera de la ley y la razón, puede declararle una guerra justa. Sólo Dios puede juzgar sobre este juicio.
- e) El vencedor —que será el más fuerte, el más armado, y no el que “tenga la razón”— puede entonces esclavizar al vencido, pues hay derecho de constituir un poder despótico sobre él. Además, los bienes de los vencidos que participaron en la guerra pasarán a propiedad del vencedor para resarcir las pérdidas de la guerra.

Hinkelammert no niega los logros contra el absolutismo y la sensibilidad de derechos humanos que hubo en las revoluciones burguesas; como bien señala la utopía de Locke “era una sociedad de pequeños productores, en la cual cada uno tendría acceso a la propiedad independiente. Por eso en

⁷² HINKELAMMERT, Franz, “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁸ Cf. *Ibidem*, no. 50, p. 39.

⁶⁹ Cf. *Ibidem*, no. 36, pp. 36-37; no. 49, p. 39.

⁷⁰ Cf. *Ibidem*, no. 41, p. 34; no. 43, p. 35.

⁷¹ Cf. *Ibidem*, no. 40, p. 33.

el centro de su reivindicación de la igualdad estaba el ser humano concreto y necesitado, que aspiraba a una sociedad, en la cual todos podían vivir dignamente y satisfacer sus necesidades por igual, basándose en el derecho de propiedad privada”.⁷³ No obstante, la inversión ideológica aparece a través de un proceso de normalización y de su uso ideologizado. El ser humano concreto y vivo se abstrae de la historia (“la humanidad”), se sustituye por un sujeto abstracto (“propietario”) y sus intereses se establecen como valores universales. Se predica de forma universal y natural el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad pero su ejercicio se vincula con una expresión concreta de ser humano: el propietario capitalista.

Por eso, para Locke, a final de cuentas, la sociedad civil está para proteger la propiedad privada.⁷⁴ Con eso los derechos humanos como medios de dignificación de la persona humana, como sujeto vivo con necesidades concretas, es sustituido por la sacralización de la propiedad. Pero no de cualquier propiedad, sino de la propiedad como sistema de competencia y eficacia. Por eso, la propiedad de los indios no podía ser protegida por la ley de la naturaleza, como lo debía ser, efectivamente, la propiedad privada del burgués inglés.

La inversión ideológica presente en la obra de Locke, funcionó para que la nueva clase hegemónica pudiera realizar conquistas en nombre de los derechos naturales, y pudiera realizar guerras por defender a la humanidad y la ley de la naturaleza. Se podía entonces violentar los derechos naturales sin negarlos; muy al contrario, se podían violentar en nombre de la defensa de esos mismos derechos. Se podía negar la propiedad de los pueblos indígenas a sus tierras, en nombre de defender el derecho de propiedad de los burgueses, pues aquella propiedad no cumplía con los beneficios que establecía la ley de la naturaleza. En otras palabras, los derechos naturales defendidos por Locke estaban institucionalizados por la formación capitalista que estaba en formación.⁷⁵

Se puede estar o no de acuerdo con la lectura que de Locke realiza Hinkelammert, pero no es nuestro objetivo en este momento entrar a esta disputa. Valoramos la lectura en cuanto una *propedéutica* para comprender el discernimiento de la “inversión”, como un método de crítica de los

⁷³ *Ibidem*, p. 103.

⁷⁴ Cf. LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, op. cit., no. 85, p. 61.

⁷⁵ Cf. HINKELAMMERT, Franz, “La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke”, op. cit., pp. 78-79.

derechos humanos. Si las intenciones del filósofo inglés eran o no las que establece esta lectura, no es nuestro punto a discusión, sino cómo este tipo de discursos muestran la inversión ideológica en los derechos humanos. Por eso, nosotros hemos destacado la lectura en función de presentar con mayor claridad esta crítica de derechos humanos. Una crítica que señala que “los derechos humanos se transforman en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan”.⁷⁶

IV. CONCLUSIÓN

La crítica del uso ideologizado de derechos humanos es desarrollada por la FL desde diversas perspectivas. Una es la superación del *logos* abstracto por medio de un *logos* histórico, concretado en el método de la historización de los conceptos. Éste busca la verificación histórica para mostrar si es verdad y en qué sentido lo es, cualquier principio, formulación o discurso abstracto. En efecto, la necesidad de historizar los derechos humanos surge de su complejidad, ya que no pocas veces son utilizados ideológicamente no al servicio de la producción, reproducción y desarrollo de vida, sino a los intereses de ciertos grupos de poder que al totalizar la manera en que ellos producen y acceden a los bienes para la satisfacción de necesidades, niegan este acceso al *otro*. Otra manera de realizar la crítica de la ideologización es a través del análisis de la inversión ideológica, propuesto principalmente por Hinkelammert; en él se descubre un carácter estructural del uso ideologizado, es decir, que dicho uso responde a una estructura propia del dominio y la explotación de un grupo de seres humanos sobre otros. Una crítica que señala que los derechos humanos se transforman en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan.

Considerar derechos humanos como conceptos históricos que deben ser historizados para verificar su efectividad y su sentido en la realidad histórica, nos permite asumir que su lucha debe consistir no sólo en un triunfo de la razón sobre la fuerza, sino en hacerle justicia al oprimido, al débil, contra el opresor. No se trata de una lucha que genere odio, sino de una praxis que supere las realidades negadoras de los derechos humanos, que proporcione los medios para el acceso a los bienes materiales para el disfrute de la libertad, pero de manera histórica, no meramente idealista y

⁷⁶ *Ibidem*, p. 78.

abstracta. En efecto, es necesario comprender la justicia —y los derechos humanos como una de sus concreciones— como el objetivo primario del proceso de liberación; pero una “justicia de todos para todos, entendiendo por justicia que cada uno sea, tenga y se le dé, no lo que se supone que ya es suyo, porque lo posee, sino lo que le es debido por su condición de persona humana y de socio de una determinada comunidad y, en definitiva, miembro de la misma especie, a la que en su totalidad psico-orgánica corresponde regir las relaciones correctas dentro de ella misma y en relación con el mundo natural circundante.

Puede decirse que no hay justicia sin libertad, pero la recíproca es más cierta aún: no hay libertad para todos sin justicia para todos”.⁷⁷

⁷⁷ ELLACURÍA, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, *op. cit.*, p. 647.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS IDEAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE AGUA POTABLE EN EL DERECHO INDIANO, EN PUEBLA (1521-1700)

Juan Pablo SALAZAR ANDREU*

ABSTRACT: El presente trabajo de investigación, aborda la problemática del suministro del agua potable que tuvo la ciudad de Puebla de los Ángeles, durante el periodo de los Austria (1521-1700). Se analizan los instrumentos legales y medidas que adoptaron las autoridades municipales indianas, para hacer frente a la problemática ya enunciada.

INTRODUCCIÓN

En ocasión a la realización en la Ciudad de Puebla, del Congreso Internacional de Servicio Públicos Municipales, he querido escribir unas líneas de investigación históricas-jurídicas, relativas a las ideas que en el periodo comprendido entre los años 1521-1700, se tenían respecto al concepto de servicios públicos municipales de agua potable. Es menester destacar que con esto no pretendo establecer que ya se conocía dicho concepto, sino más bien analizaría los precedentes jurídicos que se esbozaron por medio de la costumbre jurídica, la normatividad y desde luego la doctrina. Para tal efecto, abordaré el trabajo en la etapa de los Austria (1521-1700).

* Profesor de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Universidad Panamericana, Benemérita, Universidad Autónoma de Puebla, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1.

IDEA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES EN EL PERIODO DE LOS AUSTRIA (1521-1700)

Siguiendo en este punto a mi maestro, Don Ismael Sánchez Bella, cuando aborda el asunto relativo a las nuevas poblaciones hispánicas, que se asentaron en tierras americanas afirma que: "Las primeras normas son para su elección del lugar: ha de ser saludable, fértil, bien comunicado, con agua cercana, y estar habitado por indios para poder predicarles; no en lugares marítimos, salvo puertos".¹ La anterior disposición tomada de las ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones de 1573, destaca como elemento esencial para asentar poblaciones de Las Ciudades, Villas y Pueblos de la Recopilación de las Leyes de Indias, tomo II se establece: "Porque será de mucha conveniencia que se funden los pueblos cerca de ríos navegables, para que tenga mejor trajín y comercio, como los marítimos. Ordenamos que así se funden, si el sitio lo permitiere, y que los solares para, carnicerías, pescaderías, tenerías y otras oficinas, que causan inmundicia y mal olor, se procuren poner hacia el río o mar, para que con más limpieza y sanidad se conserven las poblaciones."²

De lo anteriormente expuesto, queda claro que era del todo estratégico ubicar los centros urbanos, preferentemente cerca de ríos o del mar, con el propósito de arrojar los desperdicios surgidos del quehacer cotidiano en sus aguas.

La Ciudad de Puebla de los Ángeles es un claro ejemplo de lo contemplado en la legislación Indiana, toda vez que al Río de San Francisco, eran arrojados desperdicios de tocinerías, peleterías, obrajes, carnicerías, tenerías, entre otros establecimientos comerciales, tal y como consta en el archivo histórico municipal. Dicho río dividía a La Ciudad y en época de lluvias era muy caudaloso, tal y como ocurrió el día de Santa Teresa del año 1697, en el que sus bravas aguas quebraron represas y causaron grandes daños a edificaciones.³

Desde el siglo XVI el Ayuntamiento de la Ciudad de los Ángeles, reguló establecimientos comerciales que dañaran y perjudicaran la salud de los vecinos de la ciudad, prohibiendo hornos de cal y ladrillo, por los humos que arrojan. A esta ordenanza deben agregarse otras relacionadas con la

¹ I. SÁNCHEZ BELLA, 1987, 18.

² Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias (1681) T. 11, 1987, 91.

³ M. DE ALCALÁ Y MENDIOLA, 1997, 70.

cría de cerdos, lavado de ropa en fuentes públicas, carpinterías y basura existente en la vía pública. De tal manera que el Cabildo municipal se preocupó por la higiene y salubridad de la Ciudad.⁴ Si bien es cierto, dentro de la traza urbana se procuraba evitar malos olores, lodazales y contaminación del agua en la ciudad, esto se hacía expulsando los desperdicios al río San Francisco que corría paralelo a la urbe. Hay que agregar también la circunstancia que desde los balcones de las casas, se arrojaban a las calles las bacinicas que contenían orines con el tradicional y mañanero grito de ¡Aguas!

También la escasez de agua fue un problema cotidiano en la Angelópolis. Un ejemplo de ello es la queja del clérigo José de la Mota y Priego, quien en el año de 1694, en representación del Barrio del Carmen, envió al Virrey un vasto documento en el que manifestó las necesidades que tenían los vecinos pobres y desvalidos del barrio y sus entornos, toda vez que afirma que por sus acueductos y pilas se debió de abastecer las fuentes de dicho barrio, aunque sólo gozaban de agua una o dos horas cada tercer día, por lo que su población tenía que salir a buscarla. El Barrio del Carmen fue uno de los sitios de la Ciudad de Puebla que más dificultades tuvo para abastecerse de agua, pese a disponer de una pila en la plazuela ubicada frente al templo. También los Barrios de San Sebastián y Santiago padecieron el problema de escasez de agua.⁵ La carencia de agua potable de Barrio del Carmen, contrasta con la abundancia que había en la ribera oriental del Río de San Francisco. En el año de 1537 se proyectó un lote de 24 huertas.⁶

Indudablemente que La Ciudad de Puebla de los Ángeles del Periodo de los Austria, fue una urbe de contrastes entre quienes tenía y no tenía agua potable. A pesar de contar con numerosos ríos y arroyos es paradójico, que varios barrios padecieran el problema del suministro del vital líquido.

De lo antes expresado se puede concluir que Los Cabildos Municipales atacaron la problemática del desabasto del agua, la basura, la contaminación de fuentes del núcleo urbano pese a las precarias condiciones de salubridad.

Sólo resta decir que el gremio de aguadores en Puebla (responsables de acarrear el agua), tuvo un papel preponderante en la vida cotidiana de la

⁴ M. A. CUENYA, MATEOS, 1994, 72-73.

⁵ C. CONTRERAS Y M. CUENYA, 2012, 36.

⁶ A. CARABARIN GRACIA, 2000, 37.

Angelópolis, a tal grado que en el atrio principal de la Basílica Catedral contaron con un panteón especial para ellos.

Para que la Ciudad de los Ángeles tuviera agua para sus habitantes, fue necesario la limpieza y el mantenimiento, así como el buen estado de conservación de las fuentes de agua y pilas públicas, ya que de estos medios de abastecimiento dependía que hubiese suficiente agua, para los moradores de la urbe Angelopolitana, pese a no comprenderse los graves problemas que causaba a la salud pública, la contaminación de los ríos donde provenía el vital líquido. Desde el siglo XVI se procuró mantener con limpieza precaria el sistema de distribución del agua. Sin embargo, los esfuerzos realizados por Los Cabildos Municipales fueron insuficientes para evitar la contaminación del agua. Al concluir el citado siglo, la suciedad de pilas y fuentes públicas se había agravado, en atención a que éstas eran utilizadas como lavaderos públicos, por lo que Cabildo en funciones determinó el 3 de Diciembre de 1599: "Que por cuenta en la plaza pública de estas ciudad hay una fuente de agua, de donde todas las personas de ella se proveen de agua y de otras fuentes que hay en esta ciudad, la cual conviene que esté con mucha limpieza y como por experiencia, se ha visto que algunas personas, negros, indios, mulatos, mestizos y otros de servicio, van a lavar ropa junto a las dichas fuentes y pilas y sacan agua de ellas con jícaras y otras vasijas, que tienen enjabonaduras se recrecen enfermedades y aunque se ha pregonado muchas veces y se ha puesto pena para que no lo hagan, no se guarda y para remediar lo susodicho, por vía de ordenanza, mandaron que ninguna persona lave cosa alguna junto a dicha fuente y pilas de la ciudad, que ahora están hechas, adelante se hicieron junto a las casas y almacenes de agua so pena de que por la primera vez, recurrieran en pena de diez pesos de oro común y por la segunda la pena doblada".⁷

Con el paso de los años, el problema del agua potable en Puebla, lejos de atenuarse prosiguió, destacando dos importantes problemáticas: el desabasto constante de agua en sitios estratégicos de la ciudad, Mención aparte la falta de atención a la limpieza de los medios de distribución del agua. En este sentido, el 30 de Junio de 1675, el Alcalde Ordinario de la Angelópolis, José de Veira y Quiroga informa al Cabildo: "Lo fétido de los vapores que exhalan los rebalios de agua de azufre, mayormente don-

⁷ C. CONTRETAS Y M. CUENYA, 2012, 110.

de a estos se agregan los desaliñados acueductos por donde desaguan las viviendas".⁸

El mantenimiento, reparación y limpieza del sistema distribuidor de agua en la urbe, constituyó uno de los problemas más delicados para los ayuntamientos poblanos desde el siglo XVI. A esta circunstancia hay que adicionarle las quejas y conflictos motivados por la distribución, además de la necesidad de reparar y mantener casi constantemente acueductos y cañerías, cuyas erogaciones fueron cuantiosas, debido a las frecuentes roturas (toda vez que las cañerías eran de barro), filtraciones, pérdidas entre otros problemas que se presentaban. Para poder remediar la problemática antes señalada, el Ayuntamiento designaba al iniciar cada año con el cargo de Obrero Mayor, a uno de sus propios regidores para responsabilizarlo de las obras de la ciudad, entre las que destacaban el mantenimiento de la red de agua.⁹

Volviendo a los problemas que se mencionaron en los anteriores párrafos, el asunto de la suciedad de pilas y fuentes, específicamente cuando se establecía el mercado en el corazón de la ciudad, debido a que mujeres de los puestos y otras personas durante la noche lavaban ropa sucia, obligaron al cabildo a nombrar a un Alcalde de Pila (1743), que se convirtió en la autoridad responsable para el cuidado exclusivo de pilas y de fuentes existentes en el centro urbano y para que vigile de que no falte agua en la ciudad, ni en la cárcel pública, además de que mantenga el aseo de la pila y la plaza.¹⁰

Un problema de gran envergadura representó el financiamiento de las obras hidráulicas como puentes o acueductos, ya que derivó en la suposición de ciertos derechos sobre el uso del agua. El conflicto se originaba cuando más de una institución financiaba tales obras. Esto también sucedió cuando estuvo en pleito el usufructo de los ojos de agua y jagueyes situados en los suburbios de la ciudad, donde el agua era conducida para el riego de las huertas o ranchos. La solución casi siempre fue el reparto por horas y tandas durante determinados días, mediante acuerdos que se llevaban a cabo ante las autoridades para legitimarlas.¹¹

⁸ M. A. CUENYA, 2003, 19.

⁹ *Ibidem* 23.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ R. LORETO, 1994, 12.

En cuanto al abastecimiento de agua en la Ciudad de Puebla, siguiendo a Alberto Carabarán: "El primer ordenamiento municipal para el abastecimiento y uso del agua, dio respuesta provisional y urgente, solución que no preveía en lo inmediato el proyecto de obras edilicias. Con fines más bien urbanísticos, regularon los capitulares donde no podían permitirse horadar el suelo para alumbrar agua, concediéndose al mismo tiempo el aprovisionamiento particular, a través de la apertura de pozos en el interior de los solares, es decir en los dominios particulares y no en los públicos, ... que ninguna persona o personas, vecino ni morador de esta ciudad, sea osado de tener ni hacer hoyo, ni hoyos para tener agua, ni para ninguna otra cosa, dentro de la traza de esta dicha ciudad, ni en las calles ni plaza en ella /.../ Si alguna persona quisiere hacer algún hoyo, lo haga dentro, en su solar".¹²

De lo antes expresado por Carabarán y atendiendo a sus comentarios acertados:

No se dejó perder el dominio sobre el agua, pues los vecinos más antiguos tenían como su horizonte visual a la cultura latina, que hizo del agua una propiedad común. El derecho civil o romano (*ius commune*) ejerció una gran influencia en las Indias Occidentales, sobre todo en materias donde se apelaba a la razón, aunque existía un orden de prelación eminentemente castellano. Corrigieron pues, o hicieron aclarar el inmediato anterior mandamiento privado. La enmienda o aclaración del 4 de Diciembre de 1534, permitió sentar firmemente el principio de municipalidad sobre la práctica hidráulica por venir, ... acordaron que a dichas fuentes, de que se sirve esta ciudad y espera servirse, que ninguna persona o personas sean osadas en las cercas ni apropiarse para sí, puesto cabo caiga en alguna tierra o suerte, huerta o sitio alguno que el cabildo de esta ciudad le haya dado o diere; antes los dejen libres y desembargados para que esta ciudad use de ellas como hasta hoy ha usado, y so pena que el que lo tal cercare o adjudicare incurra en pena de cincuenta pesos de oro de minas /.../, de más que derribaran las tales cercas y edificios que sobre ellas hicieron a su costa.¹³

Analizando las políticas de abastecimiento de agua de los cabildos municipales, cercanos a la fecha de fundación de la ciudad (1531), se puede observar una improvisación legislativa, ya que los primeros habitantes de la Angelópolis, pese a cumplir cabalmente lo preceptuado en las ordenanzas de población, así como en las ulteriores leyes de Indias, no imaginaron el gran crecimiento poblacional de la urbe, tal y como se puede constatar

¹² A. CARABARIAN, 2000, 51-52.

¹³ *Ibidem* 52.

a través del otorgamiento de títulos a la Ciudad de Puebla durante el siglo XVI. De manera que la contradicción entre la normativa jurídica municipal Indiana, refleja precisamente la no adecuación del Derecho Indiano a la realidad de la urbe.

Como señala Loreto:

El agua contribuía a definir la distribución y jerarquización de los espacios urbanos. Su distribución delimitó el espacio que básicamente coincidía con el asentamiento español en las parroquias del Sagrario y San José. Por medio de las alcantarillas se hizo llegar el agua al resto de la traza urbana excluyendo, hasta entrando el siglo XVIII, a los barrios de indígenas ubicados en la zona poniente de la ciudad... Por medio de cañerías se conducía el agua procedente de las derramas del agua de las alcantarillas y de las fuentes, una vez que éstas habían sido llenadas. De esta forma el fluido llegaba al interior de las casas y de los establecimientos productivos como temazcales, confiterías y panaderías. Alrededor de estos sitios se desarrollaron formas de sociabilidad, en las plazuelas y patios donde se ubicaban los surtidores de agua.¹⁴ Así pues, los indígenas estaban excluidos de la distribución del vital líquido.

La primera obra pública para la distribución de agua en Puebla, fue iniciada en el año de 1535 por los religiosos de la Orden de San Francisco, cuyos integrantes habían escogido la vega donde se extendería la urbe, toda vez que tenían en los solares del convento una fuente o manantial de agua. Es muy posible que se tratara del más antiguo y primer Convento Franciscano, ubicado en el denominado Barrio del Alto.¹⁵ Al respecto Carabarán apunta:

El mandamiento de municipalización de las fuentes de agua, aseguró la regimentación de las obras hidráulicas, que fueron ocurriendo como episodios de la técnica en la trama de la vida social, convirtiendo a cada merced de agua municipal en un instrumento para planificar, construir pilas y privilegiar el aprovisionamiento vecinal. La ciudad desembarazó las fuentes de agua del usufructo mezquino de la exclusividad, las liberó al hacerlas públicas, como puntualizaban lúcidamente los señores justicia en su mandamiento, ... por cuanto está una ordenanza en este libro hecho que habla sobre la libertad de las fuentes de esta dicha ciudad.¹⁶

Como se desprende de lo asentado en líneas anteriores, aparte de prohibir el establecimiento de pozos particulares en las propiedades privadas,

¹⁴ R. LORETO, 1994, 13.

¹⁵ A. CARABARÍN, 2000, 53.

¹⁶ *Idem*.

a la vez se les otorga el carácter de públicas a las fuentes, sean del clero regular que en el siglo XVI tuvo más importancia en la Angelópolis, o del clero secular.

Otro problema que tuvieron los poblados del siglo XVI y que pervive hasta nuestros días es el de la calidad de agua. Al respecto Rosalva Loreto afirma:

Toda zona sur poniente estaba dotada de este último tipo de líquido (agua sulfúrea y nitrosa) y aprovisionaba a las numerosas huertas y molinos ubicados en esta zona. Al respecto refiere un documento de cabildo que se acordó remediar el problema del agua hedionda (azufrosa), con que se abastecen los vecinos porque su consumo causa que los niños naturales... Y no sin razón se desconfiaba de ella pues según sus opiniones de la época, si el agua no estuviera muy pura y libre de toda mezcla, de todo sabor y de todo olor, sin duda que dañara mucho a la salud cerrando los poros de pulsos y limando las venas y encerrando y apagando los espíritus. Sin embargo era recomendada y utilizada para baños, pues se ha experimentado saludable para sarna, pústulas y otras erupciones cutáneas y accidentales en que se necesita purificar la sangre.¹⁷

Ya en el periodo borbónico (1735), llegó el agua potable a la zona sur-poniente de la ciudad por medio de cañerías de barro y atarjeas. El útil líquido provino de la cieneguilla en el Cerro de Loreto, hasta llegar al Barrio de Santiago.¹⁸

CONCLUSIONES

Primera: La contaminación del agua potable de la ciudad, fue un dolor de cabeza constante para las autoridades municipales, quienes a través del orden jurídico combatieron esta mala práctica.

Segunda: Existió falta de limpieza en los medios de distribución del agua potable, tales como acueductos y fuentes, entre otros.

Tercera: El abastecimiento del vital líquido se complicó debido al alto costo de financiamiento del agua potable.

Cuarta: La distribución del agua no fue uniforme en la ciudad debido a la mala calidad de agua en la zona sur-poniente. Los indígenas fueron excluidos del abasto del agua en el periodo de los Austria.

¹⁷ R. LORETO, 1994, 14-15.

¹⁸ *Ibidem*, 15.

Quinta: Las problemáticas apuntadas en las conclusiones subsisten hasta el día de hoy, pese al ataque que se da a las causas de los problemas por medio del orden jurídico.

FUENTES

Fuentes impresas

Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias. 1681. Tomo Segundo, México, 1987.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Dos Estudios sobre el Código de Ovando*. Pamplona, España, 1987.

Bibliografía

CARABARÍN GARCÍA, Alberto, *Agua y confort en la vida de la antigua Puebla*, México, 2000.

CONTRERAS CRUZ, Carlos y CUENYA, Miguel Ángel, *Puebla de los Ángeles. Una ciudad en la historia*, México, 2012.

CUENYA MATEOS, Miguel Ángel, "Ayuntamiento, contaminación, salubridad y política sanitaria en la Puebla de los Ángeles 1531-1833", en *Cabildo, Sociedad y Política Sanitaria en la Ciudad de Puebla 1750-1910*, México, 2003, pp. 9-50.

DE ALCALÁ Y MENDIOLA, Miguel, *Descripción en Bosquejo de la Imperial Cesárea, Muy Noble y Muy Leal Ciudad de Puebla de los Ángeles*, México, 1997.

LORETO LÓPEZ, Rosalva, "De aguas dulces y aguas amargas o de cómo se distribuía el agua en la Ciudad de Puebla durante los siglos XVIII-XIX", en *Limpiar y obedecer. La basura, el agua y la muerte en La Puebla de los Ángeles (1650-1925)*. México, 1994, pp. 11-68.

EL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL, EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

Reconocimiento

El presente artículo se realizó con la colaboración de los alumnos del grupo 2º C, curso 2012-2013, quienes fueron los promotores del debate al que se refiere el ensayo.

De manera particular menciono a Montserrat González jefa de grupo, a Teresa Cueva, Selma González, Fernanda Ramírez y a Ana Paola Name, quien hizo la labor de relatoria del debate.

Siempre existe un especial valor universitario cuando las actividades académicas tienen el ingrediente de la participación y la visión de los alumnos.

SUMARIO: 1. *Presentación.* 2. *La Reforma al Artículo 1º Constitucional.* 3. *El debate en torno al alcance que se le debe dar al Artículo 1º Constitucional.* 4. *Del Estado de Derecho al Estado de Derechos.* 5. *Conclusiones.*

1. PRESENTACIÓN

El 30 de abril del año en curso se realizó un evento de debate en el auditorio Emilio Portes Gil de la Escuela Libre de Derecho, anunciado como “Alcances de la Reforma al Artículo 1º Constitucional”, con la principal finalidad de ofrecer a los alumnos mayor información sobre las distintas perspectivas de este debate y poder, desde nuestra institución académica, ofrecer algunos insumos que favorezcan a la discusión nacional.

La iniciativa surgió de los alumnos del 2° C en la materia de Teoría Política Constitucional, desde la cual, durante los tres últimos años, hemos dado seguimiento al proceso primero de aprobación (2011), y posteriormente de implementación (2012—2013). Durante la sesión, que tuve la oportunidad de moderar, asumimos al compromiso de redactar un artículo que recogiera los puntos más relevantes de la discusión. Hoy, a través de esta colaboración en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela, se da cumplimiento al mismo.

Para lograr un panel plural y rico en contenido, se invitaron académicos, especialistas y algunas autoridades. Los ponentes que asistieron al panel fueron: el Dr. Pedro Salazar Ugarte, el Dr. Jean Claude Tron Petit, el Maestro Fernando Gómez Mont Urueta y el Maestro Santiago Corcuera C. El evento fue inaugurado por el Rector de la Escuela, D. Fauzi Hamdan A.

El resultado del panel fue muy enriquecedor y despertó inquietudes entre los asistentes, algunas de las cuales se plantearon en la sesión de preguntas prevista al final de la discusión. Cabe subrayar que tratándose de un tema vivo y vigente, que se encuentra en pleno proceso de discusión en el seno de los poderes federales —e incluso locales—, el debate tuvo como telón de fondo, vincular las importantes actividades académicas de nuestra Escuela, con los temas más trascendentales de la evolución de nuestro sistema jurídico. Ese fue el propósito final y confiamos en haberlo conseguido.

El presente ensayo recopila partes de la argumentación que se planteó durante el panel de discusión, a la vez que recoge planteamientos doctrinales y jurisprudenciales relacionados con este debate, lo cual se hace con el fin de dar una visión amplia de la discusión.

2. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1° CONSTITUCIONAL

El 10 de junio de 2011 se publicó la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que incluyó la modificación a 11 artículos constitucionales, se trató de la reforma constitucional más trascendental en la materia desde la vigencia del texto constitucional en 1917.

Dentro de esta reforma que se puede calificar de integral, lo central se encuentra en la modificación al artículo 1°, ya que los principios y conceptos incorporados en el texto del artículo, suponen una transformación en la regulación constitucional de los derechos humanos. Este cambio además

no tiene solamente implicaciones teóricas, sino prácticas y por lo tanto sus consecuencias son de gran importancia en el sistema jurídico mexicano.

Es por este contexto, por el que se puede comprender que el mayor reto que se presenta ahora, es de lograr su efectiva implementación en todos los órdenes de gobierno y en todas las áreas de posible desarrollo de los derechos humanos.

a) Las principales reformas

Aunque la reforma implicó la modificación a 11 artículos constitucionales, como el debate se refirió exclusivamente a las modificaciones al artículo 1°, sólo nos referiremos a ellos. Los principales cambios hechos a este artículo, pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Modificación al encabezado del Título Primero.
- b) Sustitución del término *garantías individuales* por el de *derechos humanos*.
- c) Sustitución del término *individuo* por *personas*.
- d) Incorporación de las normas de derechos humanos de fuente internacional, al más alto nivel constitucional.
- e) Incorporación del principio de interpretación conforme.
- f) Incorporación del principio *pro persona*.
- g) Incorporación del mandato constitucional amplio de cumplimiento de los derechos humanos para todas las autoridades.

Cabe aclarar que en el artículo 1°, también se modificó el párrafo 5° que es el que corresponde a la cláusula de no discriminación, sin embargo como el debate convocado tampoco se refirió a esta parte, no lo mencionaremos dentro de nuestro análisis.

Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

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 sexuales, 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.

Comenzando por los términos, la modificación constitucional es un giro en el enfoque proteccionista de esta disposición constitucional: se sustituye al término garantías individuales por el de derechos humanos, el de individuo, por el de personas y el de otorgamiento, por el de reconocimiento. Se trató pues de adoptar el enfoque de reconocimiento a los derechos humanos desde el reconocimiento a su dignidad inmanente.

Vale la pena resaltar que en el título se ordenan adecuadamente los conceptos de derechos humanos, con sus garantías, colocando a las segundas como instrumento para la salvaguarda de los primeros.

Sin ser una cuestión sexista, como se ha llegado a debatir; o sin ser la distinción enfocada a que las personas morales o jurídicas puedan gozar de los derechos fundamentales, el cambio de "todo individuo" a "todas las personas" hace más incluyente el término que el anteriormente contemplado, y el debate no se centra en personas morales o jurídicas, lo que se pretende con este término es por un lado contraponer a todo lo no-persona con los seres humanos y por otro a volver más incluyente su texto.

En el fondo de esta modificación, está el interés de subrayar que la dignidad del ser humano es el fundamento de los derechos, por ello se utiliza el término persona, el cual, conforme a la evolución que han tenido las escuelas filosóficas en los últimos años, este término es el que mejor significa al ser humano desde su dignidad. *Individuo* fue el término cumbre del individualismo del siglo XVIII y XIX, pero hoy esto ha sido claramente superado, lo cual fue tomado en cuenta en la redacción del artículo 1º.

En el mismo sentido se ubica la sustitución del término *reconocer* por el de *otorgar*, que era el utilizado por la Constitución desde 1917. Las implicaciones ideológicas de estos cambios son más que evidentes y es lo que nos lleva a considerar, que se trata de una reforma que cambió las bases ideológicas o filosóficas del sistema constitucional.

En el segundo párrafo, se establecen los principios aplicables a la interpretación constitucional de las normas de derechos humanos, señalando primeramente el principio de interpretación conforme y, en segundo término, el principio *pro persona*, como dos principios complementarios. Esta disposición indica cuál debe ser la pauta para dilucidar los posibles conflictos de normas de derechos humanos.

Una mención especial merece la inclusión del párrafo tercero del artículo 1º en el que se incluye, un mandato general a todas las autoridades de cumplir con las obligaciones de derechos humanos, añadiendo explícitamente que esto debe hacerse bajo el marco de los principios reconocidos internacionalmente, como lo son el principio de universalidad, de interdependencia, de indivisibilidad y de progresividad.

Esta mención se puede considerar como un reforzamiento a la incorporación de los estándares internacionales al texto constitucional. De hecho en la exposición de motivos de la reforma, se incluyen definiciones de estos principios, que se pueden considerar perfectamente acordes con lo establecido en la doctrina internacional de los derechos humanos.¹

El sentido de este texto no puede considerarse solamente como una reiteración de las obligaciones, que tienen las autoridades de satisfacer los derechos humanos, lo cual no tendría sentido en la voluntad del órgano revisor constituyente, sino que debe leerse —como toda norma constitucional—, como un texto directamente aplicativo que, entre otras cosas, señala la obligación para todas las autoridades de ajustar su actuación a los principios de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo de las autoridades legislativas, las cuales quedan obligadas a llevar a cabo un proceso de armonización integral, o de las autoridades administrativas, para quienes,

¹ Así por ejemplo, el principio de Universalidad que es reconocido en el preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* & quinto; o el principio de Interdependencia fundamentado en el 76 inciso c de la *Carta de las Naciones Unidas*, el principio de Indivisibilidad en el preámbulo de *Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos*, y, finalmente, el principio de Progresividad consagrado en el artículo segundo del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

en todos los órdenes de gobierno, deben desarrollar políticas públicas de derechos humanos que les permitan no solamente reparar las violaciones a los derechos humanos, sino prevenir estas violaciones.

Otro de los aspectos que fueron reformados en el artículo 1° es el referente a la armonización, de la terminología aplicable a la suspensión o restricción de derechos con el nuevo enfoque de derechos humanos. Por un lado se especifica claramente que la autoridad puede tomar dos medidas respecto a los derechos humanos: la suspensión o la restricción, tomando en cuenta que son dos situaciones diferentes. Sin embargo la modificación de fondo es que el artículo es cuidadoso al señalar, que la suspensión o la restricción es sobre el ejercicio del derecho y no sobre el derecho en su integralidad. Esto implica una distinción necesaria al momento de adoptar el concepto de derechos humanos y no el de garantías individuales. Los derechos humanos no se suspenden, en todo caso se limita o suspende su ejercicio. Esta es la terminología adecuada al concepto universal de derechos humanos. Paralelamente el nuevo texto del artículo 29 constitucional hace referencia a los derechos, que no pueden ser suspendidos o limitados en su ejercicio, bajo ninguna circunstancia.

Realmente el punto sobre el que ha existido mayor debate, es el que se refiere a la incorporación de las normas de derechos humanos de fuente internacional, que están incluidas en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, particularmente sobre los alcances que tiene su asimilación a los derechos de fuente constitucional, cuando pueda darse una contradicción o al menos una diferencia en los términos de su reconocimiento. Este se puede plantear como un problema de jerarquía formal, aunque bien es cierto que como la reforma no alteró los términos del artículo 133, se trata más bien de una norma sobre la regulación material de los derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía entre Constitución, leyes y tratados que sigue orientándose por la jurisprudencia de la Suprema Corte relativa al artículo 133.²

Conforme al sentido integral de la reforma puede interpretarse —haciendo una interpretación doctrinal—, que entre las posibilidades que tenía el constituyente, para instalar en la Constitución este nuevo sistema de

² [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Noviembre de 1999; p. 46.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

reconocimiento y protección de derechos humanos, eligió una vía prudencial, gradual, y eligió la vía de la función judicial para ello. Es decir, prefirió que fuera el juez y no el legislador constitucional mismo, o el ordinario, quien definiera qué derechos o qué tratados eran los que se incorporarían a nivel constitucional. Otras constituciones³ han seguido otros caminos, pero queda bastante claro, por lo dispuesto en el párrafo segundo, que la nuestra eligió éste que implica la posibilidad de ejercer mucho mayor control en su implementación.

Es precisamente este párrafo el que establece los principios de interpretación constitucional, aplicables a las normas de derechos humanos. El principio de interpretación conforme y el *pro persona*, al que hemos hecho referencia anteriormente. Merece una ampliación mayor en su análisis ya que el debate al que nos referimos, tiene directa aplicación con dichos principios.

En cuanto al primero, dice Ferrer que *La cláusula contiene un "principio de armonización" entre la Constitución y el tratado internacional. Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita "armonizar" la "norma nacional y la internacional". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado internacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas.*⁴

La apertura constitucional que se genera con esta modificación es de grandes dimensiones, ya que obliga a los intérpretes a hacer un ejercicio —siempre—, de búsqueda en todo el bagaje de normas de derechos humanos, para lograr la mayor conformidad entre todas las aplicables al caso concreto. Está de más mencionar las implicaciones que tiene esto, respecto a la necesidad de ampliar el conocimiento de los jueces respecto de las normas internacionales, pero más aún importa conocer las reglas de aplicación de este principio.

En cuanto al principio *pro persona*, también llamado *principio pro homine*, este debe entenderse, dentro del sistema constitucional mexicano,

³ La Constitución Española (art. 53) estipula núcleos esenciales de derechos humanos, la Constitución Argentina (Art. 73.4) establece que los instrumentos internacionales de derechos humanos tendrán rango constitucional y la Constitución de Venezuela (Art. 23), en donde es reconocido el principio *pro persona*.

⁴ FERRER, Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano* p. 365 disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=eduardof>

como un principio complementario al principio de interpretación conforme, entre otras razones por el modo como se encuentra ubicado en el artículo y por la redacción que parece así indicarlo.

La aplicación de este principio, hace referencia a la prevalencia de la norma que dé mayor protección a la persona con relación al derecho tutelado, sin importar la posición de la ley de la que emane, con relación a lo antes mencionado en la explicación del modelo garantista, lo importante es que la norma vaya acorde con la validez sustancial de la norma primigenia, pues en tratándose de derechos humanos ninguno prevalece sobre otro. Siempre debe subsistir la norma más favorable y que brinde mayor protección al derecho, y no así aquella que se encuentre en una mejor posición respecto de la jerarquía normativa. Esto ha sido recogido así por la Suprema Corte de Justicia, en el siguiente criterio:

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.⁵

⁵ [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; p. 799.

En síntesis y siguiendo nuevamente a Ferrer, podemos afirmar que el nuevo texto del artículo 1º, *se convertirá en la principal herramienta para lograr la apertura del derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos; en una "llave de acceso" a un territorio novedoso y de amplio espectro (más allá de lo regional), incluso al derecho internacional en general, toda vez que el párrafo primero de ese mismo precepto otorga rango constitucional a los derechos humanos previstos en cualquier tratado internacional, sea cual sea su denominación y especificidad (bloque constitucional).*⁶

Antes de pasar al contenido concreto del debate, al que se refiere este ensayo, quisiéramos introducir una explicación un tanto más detallada, sobre el párrafo tercero del artículo 1º, que se refiere a las obligaciones generales en materia de derechos humanos para todas las autoridades.

La mención que se hace en este párrafo a las obligaciones de la autoridad, deriva de la correlación que existe entre los derechos humanos positivizados y las obligaciones de la autoridad. El artículo sigue las directrices internacionales, conforme a lo cual establece que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, deben:

- a) *Promover*. Lo cual se realiza con políticas públicas por parte de todo tipo de autoridad.
- b) *Respetar*. Lo cual significa no interferir en la esfera de los derechos de los particulares.
- c) *Proteger*: Lo cual implica impedir o evitar que alguien más, otro particular, infrinjan los derechos humanos de las personas.
- d) *Garantizar*. Es decir, establecer medios para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos y evitar que sean violados.

Este elenco de obligaciones debe entenderse de conformidad con los principios propios de los derechos humanos, como lo establece el texto constitucional, el de universalidad, el de interdependencia, el de indivisibilidad y el de progresividad.

El dispositivo constitucional concluye que, frente a las violaciones a derechos humanos, en el entendido de que son a la vez excepcionales pero posibles, las autoridades, dentro del marco general de cumplimiento de

⁶ *Idem*, pp. 344-345.

derechos humanos, deben *investigar, sancionar y reparar* los derechos humanos.

Como puede observarse se trata de una disposición de índole general que compila y, por lo mismo, refuerza las obligaciones que en materia de derechos humanos corresponden a las autoridades. No se trata por tanto de obligaciones añadidas a las que se establecen en los instrumentos internacionales, pero al quedar incluidas de manera expresa en la Constitución tienen como efecto, el reforzamiento de las mismas y de todo el sistema de protección de derechos humanos. Hay impactos que puede presumirse resultarán de gran beneficio práctico para la protección de los derechos humanos, como es el hecho, por poner sólo un ejemplo, de que el artículo comienza utilizando el término *todas* anteponiéndolo al sustantivo *autoridades*, para referirse a las obligaciones. Este énfasis despeja cualquier duda de que quedan incluidas también las autoridades municipales, o las legislativas, o los órganos autónomos, etcétera. En resumen, consideramos que se trata de una disposición de gran alcance que fortalece en mucho el sentido del mandato constitucional.

3. EL DEBATE EN TORNO AL ALCANCE QUE SE LE DEBE DAR AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL

Los debates que existieron durante el proceso deliberativo de la reforma, tanto en el Congreso como en los distintos ámbitos de las autoridades o de la sociedad civil, siguen siendo parte en esta fase de implementación de la reforma, uno de ellos se refiere precisamente al alcance que se les debe dar, tanto a la incorporación constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, como a los principios de interpretación, particularmente en torno al principio de la supremacía constitucional.

Esta discusión de hecho, está vigente y pendiente en varios asuntos que se analizan en la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷ y cuya definición resultará, sin duda, muy decisiva para el curso que tomen estos procesos en el futuro, de cualquier forma existen ámbitos donde también se han dado reflexiones importantes en este tema, como son las que se han dado en el ámbito local de los poderes legislativos, judiciales o en la esfera administrativa.

⁷ Los asuntos pendientes en la Suprema Corte de Justicia son las siguientes Contradicciones de Tesis: 293/2011, 21/2011-PL, 46/2013, 26/2013.

En el caso del poder legislativo, han surgido iniciativas que pretenden aclarar los puntos de debate,⁸ estos antecedentes sirvieron de contexto y de motivación, para el debate convocado en la Escuela y proporcionaron sin duda insumos para alimentar una discusión constructiva.

Entrando de lleno al contenido del debate convocado en la Escuela, cabe mencionar que con el objeto de encauzar y facilitar la discusión, se propusieron desde la moderación algunas preguntas que incidieran en el centro del debate, para que fueran atendidas por los panelistas. Las preguntas fueron:

Enunciado: Con la reforma al artículo 1º:

- a) ¿Se modifica el alcance de la Soberanía Nacional y de la Supremacía Constitucional?
- b) ¿Se crea una nueva jerarquía con los principios constitucionales, principalmente con el principio pro-persona?
- c) ¿Se crea un bloque de constitucionalidad?
- d) ¿Se crea o no un nuevo paradigma constitucional?

Como se mencionó en la presentación de este ensayo, la pluralidad de los actores en el debate, así como su amplia experiencia, aportaron un marco muy valioso para la discusión. Hay que tomar en cuenta que no se trata de un análisis simple. En el diseño y estructuración de esta norma constitucional se implican un variado número de elementos, que deben conjugarse para entender su sentido integral.

Cabe aclarar que en la relación que se hace del contenido del debate en cuestión, no se identifican los dichos con sus autores, sino que se hace una síntesis general de los principales puntos de discusión y lo que puede considerarse como aspectos conclusivos. Esto debido a que a los panelistas no se les pidió una ponencia por escrito, ni se acordó que sus puntos de vista serían transcritos textualmente. El sentido de este artículo es retomar el contenido de la discusión en su conjunto y presentar los puntos más relevantes de la misma.

El primer punto que se discutió fue, paradójicamente, si se estaba o no frente a un verdadero cambio de paradigma. Decimos que es un tanto

⁸ Iniciativas presentadas por Francisco Agustín Arroyo Vieyra en la Cámara de Diputados, el 3 de enero de 2013 y la del Sen. Raúl Cervantes Andrade en la Cámara de Senadores.

paradójico, porque no se trata de un asunto de fondo sino de perspectiva, sin embargo la discusión sobre este punto, resultó muy ilustrativa sobre la apreciación integral que se tiene de la reforma.

Tenemos ante nuestros ojos la reforma constitucional más importante, se dijo, puesto que hubo un total y completo cambio de paradigma en cuanto a la concepción que se tenía de los Derechos Fundamentales, primero apegados a un modelo paleopositivista y en extremo formalista, que no daba cabida a derecho alguno que no fuera otorgado por la misma Constitución, a uno garantista donde el texto constitucional solamente lleva a cabo un reconocimiento.

Hay que precisar, de cualquier forma, que no se estaba discutiendo la trascendencia de la misma, eso fue aceptado por todos, si se trataba de un giro diametral (por decirlo de una manera) o, si en cambio era simplemente un paso más dentro de una evolución constante. La opinión resultaba dividida, para algunos la reforma fue un salto cualitativo en el contenido constitucional respecto de los derechos humanos y, para otros, el reconocimiento y protección de estos derechos, era algo ya establecido en la Constitución que sólo se vino a explicitar, esta apreciación, para alguno, se podía aplicar inclusive al principio *pro persona*.

En el nuevo texto del artículo 1 constitucional, se reconoció, se encuentra el corazón de la reforma, pues en él se reconocen explícitamente los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, diferenciados y anteriores al Estado y se les dota, por ende, del más pleno reconocimiento y protección constitucional. En suma se pretende reforzar el criterio universalmente aceptado, de que los derechos no son producto de una cohesión del Estado, ni de un acto legislativo, sino constituyen un ámbito de libertad propio del ser humano, que debe ser amparado por el Derecho y por las instituciones estatales.⁹

El siguiente punto que se abordó fue el de las modificaciones, que la reforma implicaba para el principio de soberanía y su manifestación específica en la supremacía constitucional. Siendo este uno de los puntos más tratados en las discusiones respectivas, en la Suprema Corte de Justicia, resultó el punto de mayor énfasis en el debate.

Partiendo del hecho de que la soberanía es un concepto histórico que, como tal, se ha ido ajustando a las diferentes épocas, en la actual sufre una

⁹ Este es el sentido del análisis que se hace en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos* (2009-2011), Editorial Porrúa, p. 73.

transformación especial, ese fue el tenor de las intervenciones de los panelistas, pudiera considerarse como un principio abrogado. Ni uno, ni otro. La supremacía constitucional sigue vigente, entre otras cosas, porque es la propia Constitución la que abre sus puertas a que normas de fuente internacional, puedan tener una aplicación idéntica a la de una norma constitucional o que, inclusive, pueda prevalecer en caso de conflicto, como lo subrayaron algunos.

Una de las razones por las que esta discusión resulta tan relevante, no es solamente por el hecho de la importancia que tiene este principio, sino por el hecho de que al no haberse reformado el artículo 133 de la Constitución, la interpretación no resulta tan simple. Dicho más explícitamente, si bien el artículo 1º señala que las normas de derechos humanos de los tratados internacionales, se equiparan a las normas constitucionales y no se establece ninguna diferenciación, esto debe armonizarse con el texto del artículo 133, que claramente dispone que la ley suprema se integra, además de la Constitución y leyes federales, por los tratados que estén de acuerdo con la misma.

A esta aparente contradicción debe encontrarse una solución que armonice ambas disposiciones, sin que esto conlleve una contradicción abierta. En ese sentido una de las propuestas que se manejó en la mesa, fue la de considerar que dada la especialidad de la materia del artículo 1º, que es la de derechos humanos, debe considerarse una excepción respecto de la norma general, que es aplicable al resto de los tratados.

Otra de las formas de armonización de ambas disposiciones, consiste en distinguir lo que es el tratado, formalmente considerado, de lo que son algunas de sus disposiciones, desde el ángulo de su contenido material. En ese sentido el efecto de haber hecho el reconocimiento de las normas de derechos humanos, de los tratados internacionales en el artículo 1º no modifica la jerarquía formal de los tratados respecto de la Constitución, sino que solamente introduce el contenido material de dichas normas en el sistema jurídico mexicano.

Sin duda es este uno de los puntos más álgidos de la discusión y las precisiones que vaya realizando la Suprema Corte, serán fundamentales para la armonización de estas disposiciones y de todas las demás, ya que la modificación llevada a cabo, implica una transformación de todo el sistema constitucional mexicano.

En ese sentido, los panelistas coincidieron en que el verdadero cambio, no se ubica únicamente en la inclusión de tratados internacionales al ordenamiento jurídico, ya que estos se encontraban dentro de él. El nuevo paradigma de esta reforma, consiste en fortalecer los mecanismos efectivos para poderlos alegar en juicio y además el repertorio de derechos humanos se ha aumentado.

Un aspecto relacionado con lo anterior es el referente al llamado bloque de constitucionalidad, que consiste en una de las aportaciones modernas al constitucionalismo y que ha sido adoptado por determinados sistemas jurídicos. Conforme a este concepto las normas de nivel constitucional trascienden el texto y por lo tanto pueden tener distintas fuentes, incluyendo las internacionales. Conforme a lo establecido en el artículo 1º, la pregunta que cabe es si en nuestro sistema hemos transitado o no al bloque de constitucionalidad. Como era de esperarse, este tema estuvo presente en la discusión referida y fue parte de los puntos controvertidos.

El concepto de bloque de constitucionalidad deviene del derecho constitucional moderno, conforme al cual hay una sustitución de la concepción formalista de la Constitución, en el cual se presumía una plenitud hermética, hacia una concepción incluyente y maximización de derechos humanos a través del reconocimiento y protección de éstos en fuentes internacionales.

En términos generales puede referirse que la mayor parte de los panelistas, dieron por supuesta la existencia de este bloque de constitucionalidad y no hubo una posición que lo contradijera expresamente, en todo caso el debate reconoció que se daba en el contexto de la discusión, que se está suscitando en la Suprema Corte sobre este punto específico. Efectivamente en las discusiones que ha tenido la Suprema Corte sobre este tema se ha abordado directamente, si lo que se ha dado por la reforma al artículo 1º constitucional es el reconocimiento a un bloque de constitucionalidad, su nombre y sus alcances.¹⁰

Posteriormente cabe señalar otro punto como de los relevantes o de los reiterados en las intervenciones de los panelistas. Nos referimos al nuevo papel de los jueces, en los procesos de articulación democrática y de manera particular en los procesos de defensa y protección de derechos humanos. Este tema fue abordado desde la perspectiva de la preocupación

que supone dotar a los jueces, de un poder excesivo en la definición de problemáticas jurídico-políticas, como son las que se refieren a la protección de los derechos humanos.

Esto se suma a la problemática técnica que significa la aplicación de un campo normativo, muy alejado hasta este momento para la mayoría de los jueces, como es el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, conforme al principio de control difuso de constitucionalidad en materia de derechos humanos, deben ejercerlo todos los operadores judiciales. Esto abre un panorama muy grande de necesidades de capacitación en el ámbito judicial.

Hay que mencionar, como se dijo en el panel, que se trata de un proceso que ya ha sido experimentado en otros países con sistemas similares y en los cuales se han superado los obstáculos, mediante programas de capacitación *ad hoc*. No hay porque pensar que en nuestro caso no sucederá algo similar o incluso mejor, tomando en cuenta el bagaje de buenas prácticas al que podemos acudir.

Tomando en cuenta estas líneas de discusión, a las que se añadieron los señalamientos como el de la obligatoriedad de los instrumentos internacionales signados por el Estado mexicano, etc., el tenor de las participaciones dejó claro que nos encontrábamos en una situación, en la que tenía que prevalecer la creatividad y la capacidad de construir soluciones innovadoras a los problemas, que nos puede plantear la aplicación de la reforma.

Hay que mencionar que en varios momentos del debate se hizo conciencia de que, aún cuando el evento se había organizado para discutir el alcance del artículo 1º, la valoración de la reforma debía tomar en cuenta otras reformas que también se han dado, como la de la Ley de Amparo, la reforma al artículo 17 en materia de acciones colectivas y la nueva interpretación de la Suprema Corte de Justicia, sobre control de convencionalidad y de constitucionalidad.

Finalmente cabe señalar que, a manera de conclusión común, se mencionó en reiteradas ocasiones la importancia que tiene la difusión social de la reforma y la participación de las instituciones académicas, en el conocimiento y enseñanza de la reforma, todo esto como parte esencial del proceso de implementación.

¹⁰ De manera específica esto ha sido parte de las discusiones de la Suprema Corte de Justicia, en torno a la Contradicción de tesis 293/2011.

4. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE DERECHOS¹¹

Hemos querido incluir este apartado en el ensayo, para enmarcar la discusión dentro de lo que es un nuevo movimiento constitucional, del cual nuestro país participa de manera activa.¹² Efectivamente la transformación que están sufriendo las estructuras estatales, viene acompañado del establecimiento de una nueva relación entre la estructura estatal y los derechos fundamentales.

Ha sido Ferrajoli uno de los autores que con más claridad —e insistencia—, ha presentado el declive de las estructuras estatales y su desgaste, sobre todo para servir como instrumento para la efectiva protección de los derechos humanos. En ello ha distinguido entre tres crisis: la crisis de la legalidad, la crisis del Estado Social y la crisis del Estado Nacional,¹³ lo que en realidad se convierte en la crisis de los derechos fundamentales.

Sin afán de ahondar, en esta ocasión, en el pensamiento de Ferrajoli, conviene recordar que en su planteamiento presenta tanto datos de *facto* como de *iure*, los cuales componen un escenario que reclama un *aggiornamento* urgente. Por un lado refiere la ausencia de controles para los poderes públicos que el Derecho provee, pero por otro la ineficacia del derecho mismo, lo que termina en un dominio de los factores reales de poder.

¹¹ Esta expresión refleja de manera muy indicativa la tendencia evolutiva del constitucionalismo moderno, donde la protección de los derechos humanos se convierte en el centro y justificación de todo el sistema constitucional: “La teoría constitucional contemporánea ha consolidado la tesis de que la legitimidad estatal proviene de los derechos fundamentales de las personas. Esta idea tiene un doble sentido, supone que el sustento de legitimidad del Estado reside en el reconocimiento de un conjunto de derechos que imponen límites y vínculos al poder político. También implica que la legitimación de las políticas públicas depende de que éstas ofrezcan garantía efectiva a esos bienes jurídicos fundamentales. Esos derechos, entonces, son bienes jurídicos protegidos que adquieren la forma de libertades, potestades políticas y exigencias sociales. Un Estado constitucional y democrático se distingue de otras formas de organización sociopolíticas, precisamente, por el reconocimiento formal de esos derechos y por su garantía práctica”, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 3.

¹² “El constitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución, como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado, implica, vía el Estado neoconstitucional, un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada”. PRIETO SANCHIZ, Luis, *entrevista recogida en*: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más Débil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, 180 pp. p. 15.

Sin embargo la crisis no invade solamente los ámbitos de las libertades civiles o políticas, sino los de los derechos sociales, con quizá una crisis más aguda, ya que lo que se presenta es la falta la elaboración de un sistema de garantías para los derechos sociales, parecida al sistema que garantiza los derechos patrimoniales; es por lo tanto el terreno más fecundo para la corrupción, la ilegalidad, el arbitrio, el autoritarismo, etc.

Dentro de esta crisis, lo que Ferrajoli, denomina *crisis del Estado Nacional*¹⁴ debemos considerar —más allá de una crisis negativa—, una evolución, la nueva concepción de la soberanía que conlleva también una modificación al sistema de jerarquía de normas. Todo lo anterior nos presenta un desdibujamiento del anterior sistema, que podríamos llamar del Estado de Derecho, por uno nuevo, que algunos llamamos Estado de Derechos.¹⁵

De manera sintética lo hemos denominado en otros lados, como el reencuentro del Estado con los Derechos Humanos.¹⁶ Se trata de una vuelta al sentido mismo del Estado, que se plasma en el sistema jurídico en su conjunto, dándole un nuevo enfoque.

Algunos textos constitucionales,¹⁷ lo han hecho explícito, nominando al sistema como de un Estado de Derechos, con lo cual se confirma la tendencia que estamos identificando. Otro aspecto relevante de esta evolución en la modificación, que ha tenido la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, de manera muy específica en el ámbito de los derechos humanos. En palabras de Von Bogdandy, “este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos, se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del derecho internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos...”¹⁸

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ VON BIGDANDY, Armin, *Hacia un Nuevo Derecho Público, Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2012, p. 163.

¹⁶ SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, “El Reencuentro de los Derechos Humanos y el Estado, a través de la Constitución”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la ELD*, 2003.

¹⁷ Es el caso por ejemplo de la Constitución de Ecuador “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático...”

¹⁸ FERRER, Mac Gregor, *op. cit.*, p. 379.

5. CONCLUSIONES

La reforma constitucional ha supuesto uno de los cambios más trascendentales que se han dado en nuestro sistema constitucional, esto se manifiesta, entre otras cosas, en el nivel e intensidad del debate que se ha generado. Llamémosle cambio o evolución paulatina, la realidad es que sus implicaciones son de gran trascendencia y esto no puede minimizarse. Estamos frente a una *gran reforma* que provocará muchos cambios en la praxis jurídica mexicana y, deseablemente, en la cultura social mexicana. Nuestro país requiere que los cambios jurídicos se transformen en manifestaciones de la vida social, que beneficien a las personas en sus condiciones de vida, particularmente si se trata de temas relacionados con los derechos humanos.

Dejando sentado lo anterior, lo segundo que hay que mencionar, a modo de conclusión, es que aún quedan aspectos de la reforma que deben irse clarificando y definiendo, entre otros, algunos que son definiciones sobre los principios que sustenta el sistema que plantea la reforma, como son los referentes al artículo 1º. Esto no puede considerarse una situación inconcebible, sino natural y propia de las dimensiones del cambio llevado a cabo. De hecho esto fue visualizado durante el proceso de elaboración de la reforma y motivó la inclusión del párrafo segundo que se refiere precisamente al proceso de implementación. La decisión estratégica de la reforma, tal como esta se encuentra estructurada, consistió en darle al poder judicial la tarea de conducir el proceso de armonización, a través de la resolución de casos concretos. Esto que así se planeó, es precisamente lo que ha ido ocurriendo.

Un tercer punto conclusivo se refiere a la necesidad, que hay de contar con una evaluación sobre los avances y las dificultades, en el proceso de implementación de la reforma, ya que, de otra forma, sin esa base de información, difícilmente podrá señalarse una ruta cierta que seguir a futuro. Estamos frente a un proceso social y político derivado de una reforma jurídica, por ello debe analizarse con cuidado. Es comprensible que en algún momento pudieran ser necesarios algunos ajustes al texto de la reforma, pero, por sentido común, eso debe estar precedido por un proceso de valoración integral, que abarque todo lo que está sucediendo en el ámbito de los tres poderes y de todos los órdenes de gobierno.

En este proceso multiforme, se requiere que haya una activa participación de los ámbitos sociales de reflexión, como son los académicos. La promoción que pueden realizar las instituciones académicas es de gran importancia, para poder profundizar adecuadamente en los alcances de la reforma. En ese sentido uno de los retos que se abre de manera desafiante es el de la difusión social de la reforma. A más de dos años de este trascendental cambio constitucional, se presenta como primer objetivo dar una amplia difusión al contenido de la reforma, de manera que la sociedad se apropie de ella y, como titulares legítimos de los derechos que en ella se consagran, exijan su pleno cumplimiento. La reforma implica un cambio de grandes dimensiones en el sistema jurídico mexicano, pero ello sólo se podrá dar en la realidad cotidiana, si hay un proceso social y político que así lo acompañe.

DISCURSO DEL LIC. FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR,
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN
DE CURSOS 2013-2014

El paso más grande en la historia de la pedagogía, según Ortega y Gasset, fue dado por Rousseau y sus sucesores y consistió en trasladar el fundamento de la ciencia pedagógica del saber y del maestro al que aprende, al discípulo y reconocer que son Éste y sus condiciones, lo único que puede guiarnos para construir un organismo con la enseñanza.

Bajo este punto de vista, el objetivo primordial de mis palabras es dar la bienvenida a los alumnos y en especial a aquellos que por vez primera cruzan el umbral de esta Escuela, por ser la sangre nueva que nos vivifica y garantiza nuestra permanencia a lo largo del tiempo. Esos jóvenes llegan aquí pletóricos de esperanzas, para seguir con los presupuestos de su vocación, entendida esta palabra, no tan solo como un proyecto profesional, un currículo civil, sino como parte de un programa íntegro e individual de vida, mismo, dice Agustín Basave, "que no se hereda, se descubre y hará que la vida sea más o menos auténtica según seamos más o menos fieles a nuestra vocación". En este día, que seguramente quedará grabado en su memoria, su vida da un giro de 180 grados, para dejar atrás la vida escolar, en mayor o menor grado sujeta a un régimen disciplinario, para asumir, en su plenitud las responsabilidades del estudiante de nivel universitario, contraer por libre y voluntaria decisión la obligación de asistir puntualmente a las diversas cátedras y el esfuerzo del estudio cotidiano.

Sin embargo, ante esta amalgama de cambios e ilusiones, cabe hacer muchas preguntas, pero por las limitaciones que nos impone el tiempo, he de plantear solamente dos, que considero las más importantes y que además se encuentran estrechamente vinculadas. Por razones diversas, cada uno de ustedes optó por ingresar a esta institución para realizar sus aspiraciones, algunos por cuestiones meramente viscerales, como puede ser

que el padre, el abuelo o algún amigo sea ex alumno, otros por razones más racionales, como pudiera ser el plan de estudios, pero les pregunto si es que saben el porqué del nombre de esta Institución, que no obstante el prestigio de sus estudios jurídicos, no les expedirá el título de licenciados.

Es evidente que los estudios que aquí se imparten son de nivel universitario, sin embargo la Institución se denomina escuela y no universidad, la razón es sencilla, pero tiene una antigua y acendrada tradición histórica que se remonta a la Edad Media, para coincidir con los inicios del periodo al que Margadant llamó "segunda vida del derecho romano", en los albores del siglo X, cuando un oscuro monje camaldulense, de nombre Irnerio o Guarnerio, descubrió un viejo manuscrito del Digesto justiniano hasta entonces perdido y con ello provocó que en las antiguas escuelas catedralicias y abaciales, en donde se impartían los estudios generales, que abarcaban la totalidad de los saberes humanos, el estudio del derecho se independizara de la retórica, con lo que obtuvo gran prestigio y fama la escuela catedralicia de Bolonia y se convirtió en la primera universidad europea, hacia el siglo XII, aunque fue Salamanca en el siglo XIII la primera, por disposición del Rey Sabio, en tomar el nombre de universidad, no sólo por conjuntar a maestros y alumnos, sino por abarcar la totalidad de los conocimientos humanos. Bajo esta perspectiva, esta Institución, al dedicarse en exclusiva al estudio de una sola ciencia, no es universidad, sino tan solo Escuela.

El objetivo de esta Escuela es el estudio del Derecho, mismo que imparte la Escuela y realiza el alumno. La palabra estudiar, viene de estudio, del latín *studium* y por ello se entiende "aplicar la inteligencia a aprender o comprender algo" y aunque por lo general no reparamos en distinguir entre aprender y comprender y utilizamos los términos como sinónimos, en realidad tienen diferencias. La palabra aprender, significa adquirir el o los conocimientos de algo por medio del estudio o la experiencia, en tanto comprender, entre otras acepciones, implica "percibir o entender el significado de algo", de tal forma, es posible aprenderse una definición o un libro entero, sin comprender o entender su significado.

Conforme a la distinción planteada, el primer postulado de nuestra Escuela es el que los alumnos adquieran la comprensión del Derecho y no la sola memorización de códigos y leyes, en otras palabras, busca formar juriconsultos y no meros leguleyos. Esto se percibe fácilmente, con el mero análisis del plan de estudios, en el que se persiguen las tres funciones

esenciales de la educación superior: 1. La enseñanza de una profesión; 2. La trasmisión de la cultura y 3. La investigación científica y formación de nuevos hombres de ciencia. Para cumplir con estos objetivos encontramos un grupo de materias destinadas al análisis de las diversas ramas del Derecho, como constitucional, civil, penal, etcétera y otro grupo, al que podemos denominar de materias formativas, como filosofía, historia, sociología, deontología, etcétera, cuya finalidad es la trasmisión de la cultura al alumnado, entendiéndolo el término, no como el conocimiento de una multitud de datos sobre diversas materias, sino como señala Ortega y Gasset "el sistema de ideas desde las cuales el tiempo vive" o sea disponer de los conocimientos necesarios, en las más diversas materias, para entender e interpretar la realidad de nuestro tiempo y en cuanto a la investigación, se cuenta con un grupo de investigadores, dentro y fuera de la Institución, cuyos trabajos son publicados y dan testimonio de la actividad científica desarrollada por la Escuela.

Por último, nuestra Escuela se denomina libre y ello puede ser visto desde diversos ángulos. Primero, porque la Institución desde su fundación, fue independiente tanto del poder civil como del eclesiástico; en segundo lugar, fue motivo de su fundación el respeto irrestricto a la libertad de cátedra y a la expresión de las ideas; y por último, la formación del alumnado se hace con la convicción, según palabras de Unamuno, de que "solo el que sabe es libre y más libre el que más sabe. No proclaméis la libertad de volar, sino dad alas".

DISCURSO DEL ALUMNO FERNANDO CASTILLO VILLALPANDO, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 2013-2014

Distinguido señor Rector de la Escuela Libre de Derecho, Don Fauzi Hamdan Amad.

Distinguidos vocales de la Junta Directiva, Licenciados:

Francisco José Simón Conejos

Luis Díaz Mirón Álvarez

Pascual Orozco Garibay

José Ángel Villalobos Magaña

Rafael Anzures Uribe

También me da gusto saludar en el presidium al licenciado Rafael Ramírez Moreno Santamarina, Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Estimado maestro Don Francisco de Icaza Dufour.

Estimada licenciada Renata Sandoval Sánchez, Secretaria de Administración de nuestra Escuela.

Estimado licenciado José Manuel Villalpando, Secretario Académico de nuestra Escuela.

Distinguidos miembros de la comunidad de la Libre, alumnos, egresados, maestros, invitados todos.

Es un honor para mí dirigir estas breves palabras en nombre de la Sociedad de Alumnos, en el día de inauguración del ciclo escolar 2013-2014, uno más en la historia de nuestra Escuela.

En esta ocasión, quiero dirigir mi mensaje, principalmente a los están cursando la carrera de Abogado, ya que no podemos negar ni desconocer, que desde su fundación hace ya más de 100 años, esta Escuela ha logrado

posicionarse como una de las mejores escuelas de Derecho, gracias a la labor que particularmente los alumnos han desempeñado desde su fundación en 1912.

Habiendo ya concluido los festejos del Centenario, creo que es el momento de levantar la cabeza y mirar hacia delante, porque no debemos quedarnos sólo con nuestro pasado, sino que debemos retomar los aciertos y logros que ya más de cien generaciones han alcanzado, para seguir construyendo este importante proyecto que a todos nos interesa.

Ustedes como alumnos, serán los protagonistas de la nueva época de nuestra Escuela, lo cual debe hacerlos sentir orgullosos, pero a la vez con una enorme responsabilidad, porque dependerá de todos nosotros que la Libre siga siendo lo que es hasta ahora, dependerá de nuestro compromiso para renovarla y modernizarla, buscando siempre fortalecer los objetivos de la Libre sin alejarnos de ese régimen de exigencia, excelencia y responsabilidad académicas que tanto nos caracterizan.

Por ello quiero recordarles la gran importancia de una participación proactiva en la vida académica de nuestra institución. Si queremos que la Libre siga creciendo, será en la misma medida y proporción en que todos nosotros nos intereseamos y nos involucremos en ella, porque éste es el momento histórico oportuno para desempeñar el lugar que moralmente nos corresponde a cada uno de nosotros.

Los alumnos hemos sido, somos y seguiremos siendo la razón de ser de esta Escuela, démosle entonces continuidad a esta manifestación de honor, disciplina, excelencia académica y justicia. La Escuela somos todos, llevemos con dignidad el gran compromiso que significa pertenecer a la comunidad de la Libre, ¡hay que traer la camiseta bien puesta!, porque de nosotros depende que México siga convirtiéndose en un país de libertades y respeto irrestricto al Estado de Derecho.

En fin, les envío a todos ustedes un afectuoso saludo, recuerden que la Sociedad de Alumnos es su herramienta para desenvolverse integralmente en la Libre, sean todos bienvenidos a este nuevo ciclo escolar que nos encontramos inaugurando y recuerden que la Libre está más viva que nunca. Muchas felicidades a los premiados y muy buenos días.