

# *Letras Jurídicas*

## Volumen 7

Enero - Junio 2003

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

[letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com) y [contacto@letrasjuridicas.com](mailto:contacto@letrasjuridicas.com)

*Invitados*

# Significado y funciones del Derecho Constitucional\*

Ángela Figueruelo\*\*

## I

Presenciamos actualmente la existencia de un Estado que se esfuma de forma progresiva, de una sociedad civil que se descompone paulatinamente y de una ciudadanía que poco a poco ve eliminados los espacios políticos donde, en nombre de la justicia, puede reivindicar sus derechos. Estos factores que nos acompañan en la realidad cotidiana son los que nos han llevado a reflexionar sobre el significado y las funciones actuales del Derecho Constitucional.

Para entender qué es el Derecho Constitucional debemos, previamente, obtener un concepto de Constitución y conocer la función que realiza el Derecho Constitucional dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. El ordenamiento jurídico que se compone de la totalidad de las normas jurídicas de un Estado, dispone de normas de conducta y de normas de organización. Estas últimas nos dicen cuales de las normas de conducta deben valer, deben ejecutarse y deben aplicarse y son las que determinan a qué hombres, bajo qué métodos y en qué condiciones se fija en última instancia lo que ha de ser el Derecho. Estas normas forman parte, sin agotarlo, del Derecho Constitucional, disciplina que podemos definir como la ordenación de las competencias supremas de un Estado.

Esta definición necesariamente conlleva una idea de Estado, entendiendo por tal toda organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano. Para conseguir este objetivo no se requiere el consentimiento general sino que, es suficiente la eliminación de la violencia en las relaciones entre los individuos y los grupos que forman la población de un Estado.

En consecuencia, el Estado se manifiesta como una unidad de poder que necesita ser ejercido por alguien y que para ser eficaz debe organizarse conforme a las reglas siguientes:

- 1) Conocer quienes están llamados a ejercer este poder.
- 2) Saber cuáles son los principios que sirven de base a dicho ejercicio del poder
- 3) Analizar los métodos con que el poder se ejercita.
- 4) Establecer los límites que debe tener el ejercicio del poder.

El conjunto de todas estas reglas forma parte de la disciplina del Derecho Constitucional; Pero, esta materia, en la actualidad, no queda reducida al análisis de las normas – letra de la ley – sino que es el resultado de la síntesis entre la norma y la realidad con la que se enfrenta.

---

\* Texto readaptado de la conferencia inaugural del II Curso de Formación Continua sobre “Derecho Hispanoamericano para Traductores de Naciones Unidas” pronunciada en la Universidad de Salamanca, el 11 de noviembre de 2002.

\*\* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca.

## II

Las normas que conforman el Derecho Constitucional aparecen recogidas en un documento, normalmente escrito, denominado Constitución. En su sentido moderno el concepto de Constitución (y por ello el Derecho Constitucional) nace a fines del siglo XVIII, con las Revoluciones Francesa y Americana, se desarrolla a lo largo del siglo XIX y culmina, sobre todo en Europa después de la II Guerra Mundial. Por Constitución, entendemos generalmente, una forma más – la última – de ordenación jurídica del poder entre aquellas que la historia nos ofrece. La característica esencial de esta forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad que, por no corresponder al orden natural del mundo, dificulta la construcción jurídica de un orden político. Así las cosas, resulta obligada la pregunta ¿en qué consiste la fórmula para conseguir una construcción política basada en la igualdad y en la libertad?. Serán imprescindibles las pautas siguientes:

- A) La sociedad civil tiene que expresarse políticamente y ello requiere que se trate de una sociedad ordenada y no de una sociedad anárquica.
- B) A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen no puede haber órdenes políticos distintos en función de los distintos tipos de individuos. El orden político de la sociedad debe ser el mismo para todos sus miembros.
- C) El Estado es el representante político de la sociedad y por ello no puede tener una voluntad propia al margen de la voluntad de dicha sociedad representada.

Si esto se cumple, el individuo, cuando obedece las leyes – mandatos estatales – no obedece a nadie más que a sí mismo y continuará siendo tan libre como lo era antes de pertenecer a la organización estatal.

Todos estos requisitos deben encontrar su realización material en el contenido de las Constituciones normativas (LOEWENSTEIN) que obedece a una serie de criterios básicos. Así:

1º) Una Constitución debe ser Constitución Política y por ello no debe entrar a definir como debe configurarse la sociedad. Solo debe tratar asuntos del Estado y no contener mandatos o prohibiciones dirigidos a los ciudadanos. A lo sumo debe contener algunos deberes constitucionales genéricos, como pueden ser la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado y a la defensa del país.

2º) Aunque la Constitución no sea de la sociedad sí debe reconocer y garantizar los principios en los que dicha Constitución se basa. Su función no consiste en invadir y politizar la sociedad sino en reconocer y garantizar los principios que hacen a la sociedad igualitaria y libre. Esos principios, que son indisponibles para los poderes públicos, han de figurar reconocidos en la parte dogmática de las constituciones en forma de derechos individuales, porque justifican la existencia del Estado y de la propia Constitución.

3) En el marco de la Constitución se debe contemplar un cauce o vía para que la sociedad pueda auto dirigirse políticamente. Porque la sociedad está compuesta de múltiples voluntades individuales es necesario llegar a conseguir la voluntad general a través de la ley que elabora el Estado. Por ello dentro de la Constitución tiene que aparecer regulado tanto el órgano legislativo que elabora las leyes, como el

procedimiento a través del cual los representantes libremente elegidos por la sociedad realizan la función de elaborar las leyes.

4) La ley, expresión de la voluntad general, además de ser aprobada democráticamente debe ser obedecida. Incluso, si no se hace voluntariamente puede utilizarse la fuerza para lograr su cumplimiento. Por ello, también en el marco de la Constitución se debe contemplar el órgano – Poder Ejecutivo – encargado de hacer cumplir la ley y el procedimiento a través del cual toma sus decisiones y las hace conocer a sus destinatarios.

5) Pero, las relaciones sociales normalmente no son siempre pacíficas y entre los ciudadanos que actúan con libertad y en pie de igualdad pueden surgir problemas. De ahí que, dentro de las Constituciones haga falta establecer un mecanismo para resolver los conflictos particulares aplicando la ley de manera directa, imparcial e independiente. Esta es la función que le corresponde al poder judicial.

Si se cumplen estas pautas el orden constitucional será el orden de la igualdad y de la libertad tanto en las relaciones privadas de los individuos como en las relaciones públicas o con el Estado. Esto se garantiza por medio de los derechos individuales y de los derechos políticos. De la combinación de ambas categorías resulta la ordenación de los poderes del Estado o lo que se conoce como el principio de la división de poderes.

### III

En el momento presente no es posible entender la Constitución sin mencionar el principio de la separación de los poderes haciendo reiteradas alusiones al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A tenor de este precepto aquel país que no reconociera dicho principio ni garantizara los derechos de los ciudadanos, carecía de Constitución. Por todo ello el estudio de los derechos fundamentales tampoco puede ser abordado si no tenemos en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos.

La doctrina de la Teoría de la separación de poderes fue formulada por MONTESQUIEU en el libro IX de su obra “Del espíritu de las leyes” y tuvo gran importancia como punto de partida para el constitucionalismo europeo del siglo XIX.. Actualmente también es punto de referencia para entender la doble función que desempeña el Derecho Constitucional:

- 1) Por un lado hay que comprenderlo como el baluarte de las garantías de la libertad, es decir, como aquella disciplina que estudia y analiza el conjunto de derechos fundamentales y de sus instrumentos de protección que aparecen recogidos en lo que denominamos parte dogmática de las Constituciones, y,
- 2) Por otro lado, el Derecho constitucional es el elemento configurador y vertebrador del Estado ya que estudia su propia composición mediante el análisis de la llamada parte orgánica de las Constituciones.

La parte dogmática de la Constitución recoge también lo que la doctrina (LUCAS VERDÚ) denomina fórmula política, entendiendo por ella el conjunto de principios y valores que sirven de fundamento a un régimen político jurídicamente organizado. Para su comprensión es imprescindible apreciar las diferencias que pueden darse entre la forma de Estado y los sistemas de gobierno y que, no pocas veces han acarreado confusiones doctrinales. Nos parece acertada la idea defendida por MORTATI que entiende que la forma de Estado nos explica como está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia de las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

Así las cosas, la mayor parte de las Constituciones del occidente democrático configuran a sus Estados como de Derecho, Sociales y Democráticos y, ello se entiende porque desean impregnar a sus normas supremas (Constituciones) de los principios que imperan en el moderno constitucionalismo: el principio liberal, el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución. Por todo ello, esos Estados se caracterizan por reconocer la soberanía popular, admitiendo la participación del pueblo en las tareas y funciones estatales, por someter las actuaciones de los poderes públicos a la Constitución y a la ley y por crear un Estado que se implica en la sociedad corrigiendo los desequilibrios que esta, por si sola, no puede subsanar.

Junto a ello es necesario distinguir formas jurídicas de Estado que afectan a la distribución territorial del poder político y así nos encontramos con Estados unitarios, regionales y federales en función del menor o mayor grado de descentralización existente. La tendencia predominante en el momento presente es hacia la descentralización del poder político y no solo de las funciones administrativas. Un ejemplo peculiar es el Estado de las Autonomías que configura la Constitución Española vigente y que, aunque alcanza un grado elevado de descentralización política no es un Estado Federal porque, los Estatutos de Autonomía que hacen nacer a la vida jurídica dicho Estado, traen su causa de la propia Constitución.

#### IV

El tema de los derechos fundamentales, que surgen con la Constitución y en ella encuentran sus garantías, es uno de los más importantes del constitucionalismo democrático y cada vez contemplamos con más frecuencia como se aprueban Constituciones que recogen en su articulado un amplio elenco de estos derechos. Marco en el cual también adquiere relevancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su trascendencia a la hora de proteger los derechos internos.

La comprensión de la naturaleza jurídica de la gran variedad de derechos reconocidos requiere partir de una determinada ideología del Estado y de la Constitución; Así, en un Estado Social, Democrático de Derecho se mantiene la existencia de derechos fundamentales por parte de la ideología liberal, de la ideología democrática y de la ideología propia del Estado social.

Según la ideología liberal los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza le corresponden al hombre individual y libre. Los sujetos que se dan en esa relación son dos: por un lado el individuo libre por naturaleza, autónomo y sujeto activo y por otro, el Estado, sujeto pasivo, limitado en su actuación por esos derechos fundamentales. En esta ideología la libertad humana es absoluta e ilimitada, anterior y superior al Estado. La libertad, como un fin en sí misma queda a la iniciativa individual sin que el Estado adquiera obligaciones al respecto. Ejemplos de esos catálogos de derechos pueden ser: la libertad individual, la propiedad privada, igualdad ante la ley ...

En cambio, la teoría democrática de los derechos fundamentales entiende estos derechos en virtud de la función político-democrática que desempeñan: permitir la participación del pueblo soberano en el proceso democrático de formación de la voluntad política así como su participación en los asuntos políticos. De ello se desprende que a estas categorías de derechos pertenecen el derecho de sufragio activo y pasivo, la protección del pluralismo, la constitucionalización de los partidos políticos, el derecho de asociación y las demás formas de participación pública. En estos derechos la libertad no es un fin en sí misma sino que se trata de una libertad orientada hacia al proceso político-democrático.

Por último, si nos fijamos en el Estado Social de Derecho, la teoría que se sustenta no concibe al hombre como un sujeto aislado sino como miembro de una sociedad plural en la cual todos han de ser igualmente libres. Lo que se persigue es una libertad real de la cual puedan disfrutar todos los ciudadanos en las mismas condiciones de igualdad. Esto conlleva un cambio en el concepto de los derechos fundamentales que ven ampliado su catálogo a los derechos de contenido económico social y cultural, que se traducen para sus titulares en prestaciones de carácter económico que corresponde efectuar al Estado. Por dicho contenido económico la realización de estos derechos no consiste solo en un problema jurídico sino que implica un asunto de disponibilidad y de distribución de recursos financieros; Ejemplos de esta categoría pueden ser: el derecho a la educación, a la salud, al pleno empleo, a una vivienda digna, a un medio ambiente sano ...

Pero, como ya dijera Kelsen, “reconocer derechos sin establecer las correspondientes garantías es dejarlos reducidos a papel mojado”, por ello las Constituciones vigentes se esfuerzan por ampliar el catálogo de medios de protección para los derechos que reconocen. Esas garantías suelen agruparse, por su naturaleza en diversas categorías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, según sean las normas de la Constitución, los tribunales de justicia o las instituciones públicas las encargadas de la defensa de los derechos fundamentales.

Destacan por su operatividad, las garantías jurisdiccionales que consisten en la protección ordinaria o extraordinaria otorgada por los tribunales de justicia y, sobresale entre ellas, la garantía reforzada del recurso de amparo que cada vez con mas frecuencia aparece en las constituciones de Hispanoamérica. En España sus orígenes se hallan en la Constitución Republicana de 1931 y su conocimiento se encomienda al máximo defensor de la Constitución, es decir, al Tribunal Constitucional. Entre las garantías normativas merece especial mención el carácter vinculante de las modernas Constituciones democráticas que afecta tanto a los poderes públicos como a los particulares y que conlleva la aplicación directa de las normas que garantizan los derechos fundamentales por parte de

los órganos encargados de administrar justicia, sin necesidad de intervención del poder legislativo a través de leyes de desarrollo.

De entre las instituciones encargadas de velar por la eficacia de los derechos fundamentales, aparte del control parlamentario, adquiere cada vez mayor importancia la institución del Defensor del Pueblo; Sus orígenes son suecos, en el siglo XVIII y observamos que en la actualidad se da un reconocimiento cada vez mayor de esta institución, no sólo en las Constituciones Europeas e Hispanoamericanas sino también en textos de nuevo cuño elaborados en África y en Europa del Este. Incluso, la Unión Europea tiene reconocida una institución de estas características. Se trata de una institución, que sin tener la operatividad de las actuaciones judiciales, puesto que no es un juez, actúa como mediador entre los particulares y los distintos poderes públicos para tratar de corregir aquellos vicios que se deriven de una mala administración y que perturben el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

## V

También en la parte dogmática de las Constituciones democráticas de occidente se encuentra regulado el sistema de fuentes del derecho. Esto se explica porque, estas Constituciones, fruto del poder constituyente del pueblo que es considerado soberano, son la norma suprema del ordenamiento jurídico que sustituye la arbitrariedad del poder que se daba en el gobierno de los hombres, propio del Antiguo Régimen, por un poder jurídico y racionalizado característico del Gobierno de las leyes de un Estado de Derecho. Pero, la Constitución no es sólo una norma sino que al ser la ley superior de todo un ordenamiento jurídico debe establecer el sistema de fuentes del derecho conforme al cual deben dictarse las leyes para su validez.

Con la expresión “fuente del derecho” aludimos no sólo a los titulares con capacidad para producir normas jurídicas sino también a aquellas categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas.

En la actualidad, el constitucionalismo moderno incorpora un nuevo concepto de Constitución como ya hemos visto, que incluye necesariamente un sistema de garantías constitucionales y en el que la ley, emanada del Parlamento, órgano soberano en Europa hasta bien avanzado el siglo XX, pasa a ocupar un lugar preeminente en el sistema de fuentes pero, bien entendido, subordinada siempre a la Constitución y susceptible de ser controlada por algún órgano creado al efecto. La ley ha dejado de ser una categoría normativa única y ve ampliadas las formas de su manifestación con otras normas con rango de ley. Estas se deben a diversas causas: Procedimientos especiales de elaboración y reservas de materias para su desarrollo, como es el caso de las leyes orgánicas. Descentralización territorial del poder político del Estado que en el caso español origina los E.E.A.A. y las leyes de las C.C.A.A.; Transformaciones y crisis que sufren los Parlamentos actuales y que obligan a un desplazamiento de la capacidad “legislativa delegada” desde el legislativo hacia el Gobierno. Este órgano constitucional se ve dotado de la capacidad de hacer normas que sin ser leyes valen como si lo fueran (Decretos-leyes y Decretos-legislativos, en el supuesto español).



Tampoco faltan en el marco de las Constituciones las fuentes del Derecho Internacional y su prelación respecto del derecho interno, y, en el caso de los países miembros de la Unión Europea es obligado punto de referencia el Derecho Comunitario en relación al propio sistema interno.

Todo este complejo entramado normativo está sujeto al principio de supremacía constitucional de tal modo que si el procedimiento de elaboración de esas leyes o su contenido material no respetasen los postulados constitucionales, serían arrojadas del ordenamiento jurídico gracias a los mecanismos de justicia constitucional establecidos en el marco de la Constitución.

## VI

La parte orgánica de las Constituciones se dedica a vertebrar el Estado porque es aquí donde se regulan sus poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido encomendados.

Si analizamos el proceso de legitimación democrática del Estado apreciamos la imposibilidad del principio de la democracia directa debiendo aceptar en la actualidad a la democracia representativa como la única forma operativa de organización política y jurídica del Estado. En un Estado representativo la legitimación descansa en dos pilares básicos que son: los partidos políticos y el sistema electoral, por medio de los cuales se reduce la complejidad social y se posibilita la formación de la voluntad de la sociedad como voluntad política a través del Parlamento.

Ahora bien, el objetivo de la democracia es el gobierno del pueblo. Esta expresión, tomada en su sentido más amplio, se convierte en una meta del quehacer político diario; Por ello las Constituciones del occidente democrático establecen un orden de relaciones entre las instituciones públicas y entre éstas y los ciudadanos para coadyuvar a la consecución de dicho objetivo. Los sistemas democráticos de la actualidad, se sustentan en palabras de G. VEDEL en un sistema de diálogos, porque “la filosofía democrática rechaza la creencia de que existe una armonía espontánea y automática entre los diversos interlocutores del mundo político. Pero, esta filosofía no cree tampoco que las oposiciones sean de tal naturaleza que impidan encontrar una conciliación”. A través del diálogo se conocen las opiniones ajenas y se puede llegar a una solución de compromiso. Así las cosas, la vida democrática se articula en base a cinco diálogos principalmente:

- El diálogo entre el poder constituyente que elabora la Constitución y los poderes constituidos reconocidos en el marco de la norma suprema y a ella sometidos.
- El diálogo entre los gobernantes y los gobernados que aproxima los que gobiernan a los que son gobernados sin atentar a la división del trabajo necesaria en una comunidad.
- El diálogo que se da entre el Parlamento, órgano representativo por excelencia y encargado de hacer las leyes, y el Ejecutivo de legitimación democrática indirecta que es el encargado de hacer cumplir las leyes mediante la función de gobernar.

- El diálogo entre la mayoría y la minoría parlamentaria que, en palabras de KELSEN, es donde radica la verdadera esencia de la democracia.
- Por último, el diálogo entre el Estado y los grupos sociales que hace viable la situación de pugna entre el interés general y los intereses particulares.

La distinta organización con que se configuran estos diálogos de acuerdo a las normas jurídicas pueden dar lugar a distintos regímenes políticos en democracia.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el diálogo que mantienen el Parlamento y el Ejecutivo, observamos que en unos regímenes políticos la última palabra la tiene las Cámaras representativas, mientras que en otros es el Poder Ejecutivo quien decide finalmente. Cuando es el Parlamento el que prevalece sobre el resto de las instituciones hablamos de regímenes parlamentarios. En cambio, cuando el Ejecutivo adquiere una mayor relevancia en torno a la figura del Jefe del Gobierno, nos encontramos ante los regímenes presidenciales ó presidencialistas.

El régimen parlamentario es un sistema típico de colaboración entre los distintos poderes del Estado y es el régimen político común en Europa. Se nos presenta en la historia como una especie de compromiso entre dos legitimidades diferentes: la monárquico-aristocrática del antiguo régimen (Monarquía Absoluta) y la democrático-igualitaria del Estado constitucional. Su origen se fue imponiendo en la práctica a través de los conflictos que jalonaron todo el siglo XVIII. Se fue desarrollando a lo largo del siglo XIX y se consolidó en Europa cuando finalizó el periodo revolucionario, tras la caída de Napoleón. La influencia mayor procede del régimen parlamentario inglés y el resultado es fruto del peso de la razón unido a la inercia de la historia.

Por estas causas los órganos constitucionales que se incorporan a este régimen como expresión del pasado (La Jefatura del Estado y la Segunda Cámara) se mantienen, pero no desempeñan papeles relevantes en el proceso político. La Jefatura del Estado, ya sea hereditaria – en el caso de un Rey o Monarca –, ó electiva – Presidente de la República – tiende a quedar reducida a una función simbólica, moderadora y arbitral. También la Segunda Cámara que paulatinamente deja de ser una Cámara privilegiada ve cada vez reducidas en mayor medida sus funciones y queda marginada de la exigencia de la responsabilidad política del Gobierno.

Las bases constitucionales del régimen parlamentario son: el poder ejecutivo dual y el poder legislativo bicameral. Pero, como el único órgano que goza de legitimación democrática directa es el Parlamento, el Gobierno depende de él en todo momento; Esta es la única forma en que el Ejecutivo se legitima como Gobierno de la Nación. Este, en la práctica, para constituirse requiere de una mayoría parlamentaria que lo sustente y que le conserve la confianza obtenida a lo largo de todo el mandato.

Otro elemento esencial del régimen parlamentario es la posibilidad de que el Gobierno disuelva de forma anticipada el Parlamento o aquella Cámara cuya confianza es imprescindible para poder gobernar, ya que, aunque formalmente la facultad de disolver las Cámaras le corresponde al Jefe del Estado, la decisión política siempre es tomada por el Gobierno. En el actual Estado de partidos la disolución anticipada no es más que el

instrumento para que se pronuncie el cuerpo electoral en cuanto árbitro de todo proceso político.

A diferencia del régimen parlamentario, los sistemas presidencialistas que imperan en toda América se caracterizan por ser un ejemplo claro de separación rígida de los poderes constituidos. Las colonias inglesas que se convertirían en los Estados Unidos de América si desarrollaron un auténtico proceso constituyente, en base a un criterio racional que creó una nueva forma de Estado. En Europa el régimen parlamentario se configuró al enfrentarse a la Monarquía fortaleciendo al máximo al Parlamento en cuanto órgano representante de la sociedad. De ahí la necesidad de hacer depender al Gobierno de la confianza de la Cámara. Si no se separan rígidamente los poderes se debilita al Parlamento y el Monarca no tiene las manos libres para formar Gobierno. En cambio, en las colonias americanas del Norte y del Sur, la Monarquía dejará de ser un punto de referencia para la organización del Estado y éste se organizará en forma de República, en la cual, la soberanía popular constituirá un axioma político indiscutible. Así las cosas, sería necesario ordenar constitucionalmente los poderes de tal forma que se limite la primacía de poder legislativo que tiene un auténtico peligro de ser ejercido de forma despótica por las mayorías, sobre las minorías parlamentarias. De ahí, la necesidad de establecer un mecanismo rígido de división de poderes y de controles recíprocos que dificulten la formación de una mayoría estable y generalizada que ejerza el poder de forma tiránica.

Los rasgos característicos que permiten definir un sistema presidencialista son los siguientes:

- 1) El Poder Ejecutivo – Presidente y secretarios a quienes el primero nombra discrecionalmente – no procede del Parlamento. El Presidente es elegido por el cuerpo electoral de forma autónoma y puede ser la expresión política de una mayoría distinta a la del Congreso.
- 2) Los secretarios ó ministros no pueden pertenecer ni tener acceso a ninguna de las Cámaras.
- 3) El Presidente puede formular su programa legislativo de forma exclusivamente política. La traducción jurídica del mismo la lleva a cabo el Congreso cuando lo transforme en normas jurídicas que deben ser aprobadas en ambas Cámaras.
- 4) El Congreso no puede forzar la dimisión del Presidente ni de los ministros.
- 5) Cada uno de los poderes es independiente orgánica y funcionalmente. El Presidente puede vetar las decisiones del Congreso que necesita de mayoría cualificada para levantar dicho veto y, el Congreso, a su vez, y por distintas vías, puede impedir la actuación presidencial.

La “forma política” (art. 1.3) que consagra la Constitución Española de 1978, vigente, es la “monarquía parlamentaria”. Esto significa que la Jefatura del Estado no es elegida sino que viene dada, puesto que, es el Rey quien personifica al Estado. La constitucionalización del actual régimen parlamentario español gira en torno a dos ideas fundamentales: a) la no intervención del monarca en las reglas del proceso político y b) la estabilidad gubernamental.

Desde un punto de vista jurídico la importancia de las Cortes deviene de su potestad para dictar normas que sólo están subordinadas a la Constitución; Pero, desde un punto de vista político la relevancia del Parlamento radica en su poder para investir y destituir al Presidente del Gobierno, aunque formalmente sea el Rey, en cuanto Jefe del Estado, quien lo nombre y acepte su dimisión. En este proceso la única Cámara que interviene es el Congreso de los Diputados ó Cámara baja que así manifiesta su superioridad política respecto al Senado. De este modo, el constituyente español configuró un modelo de régimen parlamentario que podemos denominar “parlamentarismo racionalizado” donde abundan las garantías, sobre todo para el Gobierno: investidura del Presidente del Gobierno, moción de censura, cuestión de confianza, disolución anticipada del Congreso ó de las Cortes Generales...

## VII

A largo de toda nuestra exposición hemos hecho hincapié en que en la actualidad hablar de Constitución, en cualquier país democrático, es hablar de la norma suprema de un Estado. Como tal norma suprema nace con vocación de durar en el tiempo frente al carácter transitorio del que se dota a las leyes ordinarias. Frente a éstas la Constitución goza de un doble carácter de súper-ley: En sentido formal y en sentido material.

La súper legalidad formal pone de manifiesto la existencia de procedimientos especiales para la elaboración y las correspondientes modificaciones de las normas constitucionales. En cambio, la súper legalidad material significa que las leyes ordinarias deben respetar el conjunto de valores y límites que en la Constitución se señalan, así como el sistema formal de la producción de normas que en ella se establece.

Ahora bien, la supremacía de la Constitución será una mera hipótesis si no se fija el correspondiente sistema de garantías, entendiendo como tal al conjunto de mecanismos a través de los cuales se procede a la defensa de la Constitución. Estos aparecen definidos por J.J. FALLER como “el conjunto de instituciones y medidas con las cuales el Estado trata de guardar el ordenamiento constitucional frente a los peligros que lo amenazan desde dentro”. El precitado autor los agrupa en: Factores estructurales y factores coyunturales:

- 1) Por factores estructurales, calificados como defensa ordinaria de la Constitución, entendemos aquellos peligros que proceden del carácter y de la estructura de la propia Constitución. Hacemos referencia a lo que la doctrina denomina como “defensa jurídica” y en ella enmarcamos tanto los sistemas de justicia constitucional, como los procedimientos de reforma de la Constitución.
- 2) Al hablar de factores coyunturales aludimos a aquellos que resultan de la situación política por la que en un momento determinado atraviesa la vida de un Estado. En este caso hablamos de “defensa política” de la Constitución porque, su objeto es velar por la supervivencia de un sistema político cuando la Nación atraviesa por circunstancias de especial dificultad (Protección extraordinaria del Estado). Aquí podemos encuadrar no solo los Estados excepcionales sino también la suspensión individual de garantías constitucionales.

La defensa ordinaria de la Constitución puede estar dotada de naturaleza política o de naturaleza jurídica. En el primer caso los encargados de proteger la Constitución son órganos que dependen del poder legislativo, como es el caso de la antigua U.R.S.S. o del derecho histórico francés. En el segundo supuesto, los entes encargados de velar por la supremacía constitucional tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata de una tendencia alcista en el momento presente y como ejemplos podemos citar no solo al caso español sino también el de todos los países de Hispanoamérica.

La garantía jurisdiccional de la Constitución también presenta variaciones y en este sentido hablamos de un sistema de justicia constitucional difuso cuando son todos los jueces y tribunales ordinarios los encargados de controlar la adecuación de las leyes ordinarias a la Constitución. La función unificadora de la diversidad de criterios que el sistema permite la lleva a cabo el Tribunal Supremo o, en todo caso, el órgano que ocupe la cúpula del poder judicial. En consecuencia no se establecen órganos especiales al efecto. El ejemplo por antonomasia es el caso de los U.S.A. y el primer referente es la sentencia “*Marbury versus Madison*” pronunciada en 1803 por el juez Marshall. Este modelo hizo sentir su influencia en numerosos países de Hispanoamérica, sobre todo en aquellos que han configurado sus estados de acuerdo a estructuras federales.

Frente al sistema difuso americano, el austriaco KELSEN, a comienzos del siglo XX, ideó otro sistema de justicia constitucional denominado concentrado en el que encomendó la defensa y garantía de la norma suprema a un órgano de naturaleza jurisdiccional, situado fuera del poder judicial. Ese órgano “*ad hoc*” recibe el nombre de Tribunal Constitucional y aparece reconocido en el marco de la Constitución. A él se le encomiendan tareas tales como el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales o la resolución de aquellos conflictos que se originan como consecuencia de la descentralización del poder político. El modelo creado por KELSEN se reconoció por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y, se extendió por Europa consolidándose en las Leyes Supremas aprobadas tras la II Guerra Mundial. Aquí es referencia obligada el supuesto de la Constitución Española de 1978 que dedica el Título IX a regular el Tribunal Constitucional como máximo intérprete constitucional y órgano de cierre de nuestro sistema jurídico-político. También algunas nuevas Constituciones de Hispanoamérica han sufrido influencias de este modelo europeo y han optado por adoptar, con ciertas variaciones, algún órgano de esta naturaleza.

Actualmente es difícil encontrar “modelos puros” en su sentido original y la doctrina (entre otros PEGORARO) adopta la expresión de “modelos mixtos” para definir aquellos sistemas de justicia constitucional en los cuales concurren elementos del sistema europeo concentrado y del sistema difuso americano.

La defensa jurídica de la Constitución quedaría incompleta si no hiciésemos referencia a la institución de la Reforma en cuanto instrumento garantizador del principio de rigidez constitucional que surge en el momento revolucionario francés y asegura a la norma suprema una súper legalidad formal frente a las normas ordinarias. Fue Lord BRYCE quién estableció la diferencia entre Constituciones rígidas y flexibles. Las de carácter rígido, a diferencia de las flexibles, exigen para su aprobación y reforma procedimientos más agravados y difíciles de aquellos que se requieren para aprobar y

modificar las leyes ordinarias. Esta diferencia ha pasado a ser histórica porque la práctica totalidad de las Constituciones actuales se dotan de un mayor o menor grado de rigidez. La Constitución Española vigente dedica a este apartado el Título X, último de los que se contemplan en su articulado.

El fundamento jurídico de la reforma, en cuanto garantía constitucional, se encuentra en el hecho de que la norma Suprema es elaborada por el Poder constituyente soberano que regula dentro de ella a los poderes constituidos, entre los que se encuentra el poder legislativo encargado de elaborar las leyes ordinarias. También el poder soberano regula al poder constituyente constituido – Poder de reforma -, que será el encargado, en su día, de proceder a reformar la Constitución.

Se pretende evitar con ello que cualquier mayoría parlamentaria, sin tener en cuenta razones jurídicas, pueda proceder en cualquier momento a la reforma constitucional sin respetar la voluntad soberana del pueblo. No obstante, hablar del carácter rígido de las Constituciones no significa dotarlas de carácter pétreo; Se deben, pues, configurar procedimientos de reforma lo suficientemente dificultosos para proteger a la Constitución de cambios innecesarios pero, que permitan proceder a ello siempre que su modificación sea políticamente conveniente y jurídicamente necesaria.

## Elogio de las oposiciones

José Antonio Márquez González \*

Los exámenes de oposición para discernir la titularidad de algún cargo no son ninguna novedad: mantienen una tradición que se remonta a la Europa bajo-medieval. Tenemos noticia cierta de los disputados exámenes de conocimiento para colación de grado o provisión de cátedra que, con gran solemnidad, tenían lugar en famosas universidades como las de Bolonia, París, Oxford y Salamanca.

Por ejemplo, se conservan registros minuciosos de aquella famosa controversia de Francisco de Vitoria cuando ganó las oposiciones a cátedra en la Universidad de Salamanca. En este caso, el pueblo entero participó en la celebración y es fama que el propio Vitoria, convertido en flamante catedrático, fue jubilosamente acompañado desde la puerta misma de la Universidad hasta el convento de San Esteban. La muchedumbre bajaba por las angostas calles salmantinas en dirección al convento gritando la famosa frase ¡*Vitoria Victor!*

En los antiguos exámenes de grado, el sustentante debía comparecer *en picota*, la que igual servía para exponer los temas académicos que las cabezas de los ajusticiados. Además, debía someterse también al ridículo oficial del *vejamen*.

Veamos por ejemplo cómo se hacían los exámenes de los escribanos en épocas pasadas. He aquí la elocuente y graciosa narración del momento en que un novel aspirante rinde el difícil trámite:

Hechos en esta forma los papeles, los presentan personalmente en el Real Consejo (habiéndolos entregado a uno de los secretarios de Cámara, para que se entere en ellos), y puede entrar a examinarse en lunes, miércoles y viernes por la tarde, llevando pluma, papel y tinta prevenida; y haciendo una reverencia, estará con mucha compostura, obrando como le mandaren los señores, y mandándole escribir, hincará en tierra la rodilla izquierda, el sombrero pondrá en el suelo, y sobre la rodilla derecha escriba en un papel un renglón de lo que quisiere, y luego se levante en pie, y responda a lo que le preguntaren lo más desenfadado que pudiere, sin apresurarse; y comenzando una escritura, la proseguirá de todo punto hasta poner la fecha y testigo, fe de conocimiento; y si firman o no, todo ello de la misma suerte que si lo estuviera escribiendo en el registro; y acabado de preguntarle, le mandan los señores despachar, y haciendo su reverencia se saldrá de la sala (Yrolo, 1605).

Nuestros actuales exámenes de oposición o de conferimiento de grado constituyen una de las pruebas más vívidas de contundencia y rigor científico. Son también (especialmente los exámenes orales) uno de los más altos espectáculos académicos que es posible contemplar en la austeridad y sobriedad de la ciencia.

---

\* Notario de Orizaba y profesor en la Universidad Veracruzana.

El sistema de empleo que actualmente tenemos los exige invariablemente para asegurar cargos de gran responsabilidad social, como la que tienen los jueces, notarios, corredores, funcionarios públicos y catedráticos. También los aspirantes a grados académicos superiores deben someterse a un riguroso examen científico, si bien éste no guarda el carácter de disputada oposición con otros rivales.

Frente a un riguroso sínodo de titulares –académicos, gremiales o de cualquiera otra índole– el nivel de crítica y escepticismo a que suele enfrentarse el novel sustentante alcanza límites extremos. De esta forma se ponen verdaderamente a prueba su formación académica y científica en general, sus conocimientos especializados y hasta su aplomo personal como ser humano. Incluso desde antes, el sustentante habrá tenido necesidad de resolver un examen escrito sobre un tema específico “de entre los casos más complejos” de la disciplina.

Desde el principio, el pobre examinado aparece en escena con sus mejores ropas, rígida compostura y torso erguido. Por de pronto, su principal preocupación es no enfadar a los estrictos sinodales. Frente a él se encuentra en efecto un grupo de titulares de mirada fulminante, gesto torvo y ceño adusto que escudriñan la actitud del infeliz. Estos titulares son los que deciden la provisión del cargo –cual oráculo en consulta– desde la comodidad de su butaca doctoral.

En ese instante decisivo de su vida, el desventurado aspirante termina por confiarse a la misericordia de la Divina Providencia. Y, de hecho, termina por confiar mucho más en ella que en sus conocimientos, escasos o no. Conocimientos que, por otra parte, ha costado largos años reunir. Es que, como dice el *Eclesiastés*, “el mucho estudio es fatiga de la carne”.

En el pequeño espacio de dos horas, la vida del inexperto joven que sueña la provisión del *fiat* se decide bajo la andanada de un medio centenar de preguntas de toda índole. Muchas de ellas son claras, breves y directas; muchas otras son confusas, complejas y hasta alambicadas –algunas en latín–. Así, no resulta extraño ver al desdichado aprendiz literalmente acribillado por preguntas, refutaciones y hasta gestos irónicos y comentarios mordaces del jurado. Lo peor sobreviene cuando después de una pregunta artera, el silencio en la sala resulta tan ominoso que no lo perturba el vuelo de una mosca. Con razón se decía en las viejas leyes gremiales que el desventurado joven debía “sufrir” el examen –y el *vejamen*–.

Todo ello debe soportarlo el pobre examinado en picota. De todas formas, no hemos podido inventar nada mejor. La simple antigüedad, la sucesión hereditaria, el oficio vendible, las permutas simuladas, la prestación del *fiat*, el cobro de la *media annata*, la paciente espera del supernumerario, el escalafón riguroso, la evaluación de méritos curriculares y hasta la designación discrecional –o antojadiza– de la autoridad, han sido métodos que hemos ensayado en uno u otro momento de nuestra historia. Todos ellos han sido producto de su época. Las oposiciones también lo son.

El examen de oposición puede parecer implacable, pero nuestros tiempos son así. Nos guste o no –y hablo por igual de sustentante y sinodal–, esta es la mejor forma que tenemos de evaluar a quienes desean ser iguales a nosotros.

Pero no importan las fatigas, las vigiliadas prolongadas ni los nervios destrozados: al final de todo, lo importante es lograr la ansiada prebenda, canonjía, cátedra o empleo y sólo entonces decir, como el sastrecillo de Cervantes “yo, con perdón de los presentes, soy sastre examinado, que Dios sea bendito”.



*Artículos*

## **Nota sobre el Estado Constitucional Democrático de Derecho.**

Dra. Ma. Del Carmen Ainaga Vargas\*

**SUMARIO:** I. Características del Estado Constitucional. II. Evolución histórico jurídico del Estado Social Democrático. III. La legalidad y legitimidad del Estado constitucional Democrático. Conclusión. Bibliografía.

*En estas breves notas trato de destacar las principales características del Estado Constitucional Democrático, su evolución histórica, así como la necesidad no sólo de la legalidad sino de la legitimidad que es lo que realmente le da su esencia. El Estado Democrático no sólo es un conjunto de normas, principios y valores; tampoco es sólo la organización democrática hacia adentro del Estado y hacia fuera en la sociedad, es todavía mas: es la constitucionalización del propio Estado. Es la intromisión práctica e ideal de su conjunto normativo en todas y cada una de las esferas del Estado y de la sociedad compuesta por ciudadanos con derechos, libertades y obligaciones.*

*El Estado Constitucional presupone, entonces, la Constitución aceptada y compartida en libertad y democracia; democracia y libertad que a la vez tienen su base y protección en la Constitución misma. Implica, pues, legalidad, pero también legitimidad. Comprende tanto la autoridad estatal como la libertad individual y social.*

### **Introducción.**

Para hablar del Estado constitucional hemos de partir de una premisa indispensable. No todo Estado en la configuración moderna constituye en sí mismo un Estado constitucional, toda vez que se impone no sólo la existencia de un Ordenamiento jurídico fundamental, que sea la norma de normas, causa motor del Estado, sino que tal Ordenamiento debe estar impregnado de valores humanistas en favor de los derechos y libertades fundamentales y de todo el conjunto de técnicas y procedimientos que hacen posible su existencia y disfrute ante la invasión, intromisión o actuaciones nugatorias en su contra, sea del poder público o de algún sujeto privado en su dimensión física o jurídica.

Lo anterior queda destacado por la imposición de la ubicación objetiva del Estado, en sus distintas modalidades circunstanciales, toda vez que el Estado como persona jurídica es una entidad histórica, circunstancializada por su entorno y por cada sociedad en sí misma,

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

y en relación con otras organizaciones políticas, sean éstas estatales, supra estatales u órganos y organismos internacionales.

Sobre estas ideas se analizará las notas más sobresalientes de lo que constituye actualmente el estado social y democrático de derecho.

## **1. Características del Estado constitucional**

El Estado de Derecho marcó el inicio del Estado constitucional en cuanto organización o sistema compuesto por partes conexas entre sí, para la formulación de la unidad política y jurídica. Sin embargo, su dimensión sustancial se remonta a antecedentes engarzados en las proclamaciones de los Derechos Humanos, tanto en Inglaterra por distintos textos que fueron fuente causal, aunque sólo originariamente para su ciudadano<sup>1</sup> pasando por la Revolución Norteamericana y su Declaración de Independencia (4 de julio de 1776), hasta arribar a la gran Revolución Francesa, donde la Declaración de Derechos no se agota para el ciudadano sino que se extiende para toda la Humanidad sin distinción. Y esa fue la gran epopeya de la Revolución Francesa que marcó un nuevo paradigma histórico.

Por lo anterior, el Estado constitucional forma parte del devenir de la historia de Occidente, el cual sustancialmente ya quedó intuido o perfilado en las proclamas favorables a los Derechos Humanos –aun siendo al principio sólo para los respectivos ciudadanos– en tanto se cultivó el germen de inicio para la permanente relación entre el Estado y la sociedad civil, con prevalencia del ser humano como centro y eje de cualquier configuración política y estatal.

Por lo manifestado bien podría decir que el Estado constitucional implica la constitucionalización del Estado, sin que el Estado y la Constitución material que lo define y determina, sea axiológicamente neutrales: se impone un conjunto valorativo que se ancla a la protección y seguimiento de los Derechos Humanos. De esa manera, se caracteriza el Estado Constitucional como "una estructura de principios valorativos suprapositivos", siendo así que "la Constitución del Estado constitucional constituye más bien una estructura de valor material que, en tanto tal, reclama por sí misma su validez y obligatoriedad".<sup>2</sup>

## **II. Evolución histórico jurídico del Estado social democrático.**

El proceso histórico de Occidente ha empujado a la conciencia colectiva dentro de los distintos Estados a incluir fórmulas en sus Constituciones Políticas que permitan sintetizar fenómenos dialécticos o de choque en la superación por la libertad y la justicia social.

---

<sup>1</sup> Documentos de trascendental importancia lo son la "Magna Carta Libertatum" (1215); la "Petition of Rights" (1628); el "Instrument of Government" (1653); el "Hábeas Corpus Act" (1679) y el "Bill of Rights" (1689).

<sup>2</sup> Carlos De Cabo Martín, *Contra el Consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, Universidad Nacional Autónoma de Madrid, Madrid, España, p. 323.

El desarrollo del Estado de Derecho encontró su carta de presentación en el siglo XIX, siendo por lo tanto una formulación política y jurídica con su contenido ideológico que descansa en el pensamiento y práctica liberales. El Estado de Derecho se desenvolvió, entonces, en el contexto de la retórica liberal por los derechos y libertades individuales, para lo cual jugó un rol de primera importancia el derecho a la propiedad y a la libertad de mercado de la oferta y la demanda. Sin embargo su realización fue más ambiciosa en relación con el amplio catálogo de libertades formales en contraposición a las libertades materiales, cuyo despertar hizo proliferar la conciencia revolucionaria.<sup>3</sup>

El Estado de Derecho tiene su ligamen con el liberalismo democrático, no así el autocrático, en tanto es posible concebir el liberalismo económico con una estructura opuesta a la democracia como sistema político y jurídico.

Por esto, si bien en el siglo XIX se concentró la atención en las libertades individuales, con adherencia de la libertad de propiedad, el siglo XX, en cambio, abrió su puerta en favor de las libertades materiales en la tesitura de los derechos sociales garantizados por el Estado, no sólo en función protectora y controladora, sino ya en función planificadora, interventora, distribuidora y redistribuidora de la riqueza.

Ciertamente, el Estado Social hace su presencia efectiva y legítima a partir de la gran crisis de los años treinta con la caída de las más importantes bolsas de valores de la articulación financiera del sistema capitalista. Empero, la balanza histórica en su favor, venía madurando desde el siglo XIX no ya sólo a través de los pensamientos socialistas, sea utópico, democrático, anarquista o acaso simplemente científico en la visión marxista; sino por hechos revolucionarios que constituyeron verdaderas afrentas al status quo: la Revolución de 1848 y la Comuna de París de 1871; movimientos que al final fueron aplastados por sus enemigos con ánimo de inolvidable represión.<sup>4</sup>

La entrada al siglo XX dio pase a la Revolución bolchevique de 1917, siendo que en 1918 se proclamó en la Unión Soviética la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, para la intranquilidad del capitalismo occidental.

Nuestro País, por su parte, con la Constitución de 1917 conectó la libertad individual con los derechos sociales, siendo el primer país que elevó a rango constitucional ambas dimensiones como síntesis entre libertades formales y libertades materiales. También la Constitución de la República de Weimar (1919) hizo su aporte en beneficio del reconocimiento expreso de los derechos sociales, sin perjuicio de las libertades individuales, pero esta vez con mayor precisión rigurosa en aras de la protección efectiva de los Derechos Fundamentales. No menos queda ubicada en importancia la Constitución Republicana de España (1931) con un amplio reconocimiento por los derechos sociales sin decaimiento o desmejoramiento por el conjunto de libertades individuales.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. Mellón Joan Antón, coordinador, *Ideologías y Movimientos políticos contemporáneos*, Editorial, Tecnos, Madrid, p.56

<sup>4</sup> *Op. cit.* p. 253 y ss.

<sup>5</sup> *Ibidem*

El Estado Social de Derecho se convirtió en la preferida formulación política y jurídica, la cual no fue más que la consecuencia necesaria de un devenir histórico en permanente conflicto verbal y armado entre sistemas, países e ideologías antitéticas. El Estado pasó a ser una entidad benefactora por su intervención en el juego de la economía, en el cobro de los impuestos y en la distribución de la riqueza para evitar la distribución masiva de la pobreza.

Luego de la nefasta experiencia desplegada por los sistemas nazi-fascistas en Europa y su vencimiento en la Segunda Guerra Mundial, el Estado Social de Derecho retomó su protagonismo perdido, esta vez para ser incluido en las Constituciones de Italia, Alemania Federal y Japón. Al final, entonces, se impuso el Estado Social de Derecho, forjado en la dura e incesante lucha de intereses contradictorios en una realidad que sólo marca la sobrevivencia de cada clase o sector social, incluyéndose a la burguesía encontrada en la encrucijada histórica.

La permanencia debilitada de regímenes fascistas, luego de la Segunda Guerra Mundial, tanto en España bajo la dictadura de Franco o en Portugal con Salazar, sin olvido de la dictadura de Grecia, permitió el afinamiento de conceptos, perspectivas y alcances para un potencial y seguro proceso Constituyente en favor de la democracia, una vez fenecidas las dictaduras. Y así, los respectivos procesos Constituyentes dieron a luz Constituciones bajo la tonalidad del Estado Social de Derecho, pero con agregado directo y expreso de la democracia no ya sólo como sistema donde se garantiza la voluntad mayoritaria en los procesos electorales, en sus distintas modalidades, sino como parte de la organización interna del Estado y de la sociedad civil.

En efecto, tanto en la Constitución de Grecia (1975) como en la de Portugal (1976) y España (1978) no sólo se extendió el listado de los derechos sociales, sino que, y sobre todo en las dos últimas, se profundizó en favor de la democratización del Estado y de la sociedad. La más explícita fue la Constitución española que se auto define como "Estado social y democrático de Derecho";<sup>6</sup> entendiéndose la democracia en la doble fisonomía de su ingreso en la dinámica y organización del Estado de Derecho como en la nueva contemplación del derecho participativo en los asuntos relacionados con la cosa pública. Y, además, se resalta de forma implícita pero necesaria, la presencia de la democracia como sistema único y garante de los Derechos Fundamentales, sin que pueda concebirse el Estado de Derecho en forma distinta o antagónica a la democracia. El Estado de Derecho será pues, un Estado con Derecho en tanto tal Derecho tenga la carga valorativa contenida en los Derechos Fundamentales.<sup>7</sup> De lo contrario, haría gala de presencia de un extremo positivismo ajeno al sentimiento, al altruismo, a la bondad y a la axiología. De ahí, entonces, que los Constituyentes se esforzaron en recalcar la necesaria identificación del Estado democrático con el Estado de Derecho, sin que lo uno subsista sin lo otro.

Si damos un somero repaso a algunas y no viejas Constituciones de América Latina, tenemos la misma inclinación europea en favor del Estado social y democrático de Derecho. Así la Constitución de Colombia (1991) dice en su artículo 1: "Colombia es un

<sup>6</sup> Cfr., Obra colectiva, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 15 y 16.

<sup>7</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p.34

Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...". Dice la Constitución de Paraguay (1992) en su artículo 1: "La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho... La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa...". Señala el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988): "La República Federativa de Brasil, formada por la unidad indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ...IV los valores sociales del trabajo y de libre iniciativa...". Dice la Constitución de Perú (1995) en su artículo 43: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana...".<sup>8</sup>

Así, pues, el Estado Democrático de Derecho constituye una nueva modulación teórica de incidencia sustancial en los Estados y en las sociedades, los cuales están compenetrados con todo sus valores y fines no sólo ya para la satisfacción y protección de los Derechos Fundamentales propios, sino por virtud de su internacionalización que haga de la humanidad una especie solidaria entre sí.

### **III.- La legalidad y legitimidad del Estado constitucional**

Se ha insistido en que el Estado constitucional no sólo tiene una Constitución escrita o no-escrita, sino que su contenido precisa la efectiva protección de los Derechos Fundamentales, lo cual se adentra en la organización y actividad del Estado y de la sociedad civil.<sup>9</sup> Por ello, la legalidad del Estado constitucional presupone la existencia de Ordenamientos jurídicos cualificados que ubican como núcleo esencial de su contenido y finalidad al ser humano con sus valores ontológicos y existenciales. De tal manera que el Derecho del Estado tiene su fuerza primigenia, causante y derivada del propio texto y contexto constitucional, siendo que el principio de legalidad forma parte de su realidad en tanto Ordenamiento jurídico público, de rango objetivo e imperativo para los poderes públicos y sus funcionarios, respecto a sus actuaciones u omisiones para la satisfacción de los distintos intereses públicos. De tal forma que el principio de legalidad, propio del Estado de Derecho, ha de entenderse como aquel de sujeción objetiva ordinamental, escrita y no-escrita a través de la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, los cuales son fuente de interpretación y aclaración del Derecho escrito o fuente supletoria del mismo ante su vacío legal. El principio de legalidad cierra, pues, el círculo para que los poderes públicos no dejen de satisfacer los intereses públicos que son el ámbito determinante para su actuación u omisión.

Por esto resulta necesario destacar la diferencia que se ha establecido en la Ciencia del Derecho entre la legalidad material y la legalidad formal, en el entendido de que ambas son parte indispensable del Estado constitucional. En efecto, la legalidad material pide que la actuación administrativa –junto a la omisión que es una forma de actuar– sea conforme al sustrato material del Ordenamiento jurídico, en concordancia a la normativa o de rango

<sup>8</sup> Cfr., Peters Waldmann, "Inseguridad judicial, pluralismo normativo y anomia social en América Latina", en *Contribuciones*, núm. 4, 1998. CIEDLA, Buenos Aires, Argentina, Pp. 159 y ss

<sup>9</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999, p.67

normativo aplicable al interés público. En cambio, la legalidad formal obliga a la certera aplicación y al respeto por el orden jerárquico de las fuentes materiales del Ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad debe establecer de manera complementaria los mecanismos garantistas para que la legalidad misma sea cumplida tal y como lo dispone su contenido y tal y como lo exigen las necesidades públicas, sea en situaciones normales o acaso excepcionales de urgencia, lo que marca a su vez la aplicación normal o no de los procedimientos para la adopción de actos sujetos, siempre, al control administrativo y jurisdiccional.

Así, pues, tendríamos la legalidad en el Estado constitucional, formada por el Ordenamiento jurídico público, que abarca a la legalidad –obviamente– constitucional. Pero también estaría la legalidad del Estado constitucional, que no se agota en la legalidad constitucional. Es cierto, la legalidad del Estado constitucional no sólo depende del Ordenamiento jurídico interno sino también de su grado de internacionalización que se compenetre con los valores y la normativa en favor de los Derechos Fundamentales. Como, a la inversa, el Derecho Internacional se constitucionaliza en tanto se le de cabida a lo interno de cada Estado.<sup>10</sup> La legalidad del Estado constitucional no puede analizarse de forma separada o contraria a las Declaraciones de Derechos Humanos y a sus fuentes integradoras. Esto permite, entonces, la llegada simultánea de la legitimidad del Estado, en relación con los destinatarios primigenios y esenciales del mismo Ordenamiento: la persona humana.

Esta categoría del Estado, de implicaciones externas pero de efectos reflejos, está relacionada con la aceptación expresa o implícita de los ciudadanos a sus mandatos y al ejercicio y ejecución del poder. Tiene por ello estrecha correspondencia con la legitimidad del Estado, siendo que la legalidad y la legitimidad corresponden a dos perspectivas requeridas entre sí para satisfacer los valores del Estado constitucional. Por lo anterior, el Estado se adentra, en parte, en la dinámica de la filosofía política o en el deber-ser valorativo, en su dimensionamiento teleológico para no sólo constituirse en protector y garante de los Derechos Humanos, sino, también, en instrumento e impulsor para su posibilidad concretizante, pudiendo pensarse, a manera de ejemplo, en los derechos sociales.

La legitimidad del Estado constitucional, no se entiende con independencia de su legalidad, ni por la legalidad en sí, sino por su contenido valorativo anclado a los Derechos Humanos. De esa manera un Estado constitucional es legítimo en tanto su legalidad también sea legítima y no sólo válida y eficaz. La diferencia entre legalidad y legitimidad es tan importante como la habida entre un Estado simplemente con Derecho en relación comparada al Estado de Derecho. O, la que se pueda encontrar entre el Estado con

---

<sup>10</sup> Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 141: "Nos hallamos frente a la intersección del derecho internacional y el derecho constitucional. El primero se constitucionaliza al asumir el problema de los derechos, que antes era exclusivo de la jurisdicción estatal reservada y exclusiva. El segundo se internacionaliza al dar hospedaje a contenidos del derecho internacional..."

Constitución y el Estado constitucional, el cual si bien tiene Constitución formal o no, su letra o contenido se consumen en la materialidad valorativa por los Derechos Fundamentales. Bien dice un distinguido autor: "Disentimos totalmente de la doctrina "positiva". Querer encontrar una legitimación al poder no es algo vano y sin sentido, sino la tarea fundamental de la filosofía política, y una doctrina del Estado que no la tenga en cuenta es, necesariamente, una doctrina incompleta".<sup>11</sup>

## **Conclusión**

Por lo anteriormente expuesto, cuando estamos ante la dinámica y configuración del Estado constitucional, tendremos que estar frente a Estados ya no sólo modernos sino contemporáneos, toda vez que se requiere de la existencia de una Constitución como centro inagotable y permanente de irradiación de valores y normas, o mejor aún, normas con valores, siendo que otras formas de organizaciones políticas sin Constitución, pero modernas –absolutismo por ejemplo– no podría ser un Estado constitucional.

El Estado constitucional presupone, entonces, la Constitución aceptada y compartida en libertad y democracia; democracia y libertad que a la vez tienen su base y protección en la Constitución misma. Implica, pues, legalidad pero también legitimidad. Comprende tanto la autoridad estatal como la libertad individual y social.

---

<sup>11</sup> Alessandro Passerin, *La Noción del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1970, p. 168.



**BIBLIOGRAFÍA:**

ANTÓN, Mellón Joan, coordinador, *Ideologías y Movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid. España, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el Consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, Universidad Nacional Autónoma de Madrid, Madrid, España, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

PASSERIN, Alessandro , *La Noción del Estado*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1970

WALDMANN, Peters. , “Inseguridad jurídica, pluralismo normativa y anomia social en América Latina”, en *Contribuciones*, núm. 4, CIEDLA, Buenos Aires, Argentina, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

# Ciencia Política y Transición Democrática

Ignacio Altamirano Marín \*

SUMARIO: 1. Definición clásica y conceptos modernos de Ciencia Política. 2. Los sistemas políticos en América Latina. 3. Transición política, económica e institucional. 3.1 Las rutas en el marco de la transición política. 4. Conclusiones. Bibliografía.

*El estudio de la Ciencia Política en este siglo XXI debe abordarse con base en conceptos y métodos modernos de observación, que correspondan a la realidad que se vive, de tal forma que los fenómenos políticos puedan analizarse objetiva y racionalmente.*

*El desarrollo de la sociedad actual, globalizada y dinámica, ha dado impulso a la Ciencia Política, demandando de esta rama del saber respuestas y herramientas que permitan entender la naturaleza y fines del Estado contemporáneo.*

*Al efecto, es necesario referirse a la caída de los regímenes de Europa del Este en la última década del siglo pasado y de aquellos de signo autoritario de América Latina.*

*A raíz de dichos cambios en la escena política internacional, cobra relevancia el concepto de transición política, que en esta obra se precisa y delimita, enlazándola con las transiciones económica e institucional.*

## 1. Definición clásica y conceptos modernos de Ciencia Política.

La ciencia política clásica se ocupó de averiguar las causas del Estado, entendido como fenómeno originario que ha de ser constatado dentro de una situación histórica determinada, atendiendo el por qué de los fundamentos políticos del mismo.<sup>1</sup>

Durante mi estancia en la Universidad de Salamanca, España en 1996, a la que asistí a estudiar el Curso de Actualización sobre Derecho y Ciencia Política, tuve distinguidos maestros, como Manuel Alcántara Sáinz, Antonia Martínez, Ismael Crespo, y Javier Roiz, entre otros. Fundamentalmente y mediante apuntes tomados en la cátedra, los siguientes son conceptos vertidos por ellos, especialmente el primero de los mencionados, por lo que la cita, otorgándole el crédito, es en ese sentido y los mismos se expresan a continuación.

Según el criterio de Harold Laski, demócrata inglés, la Ciencia Política en los años veinte del siglo pasado, era la cenicienta de las Ciencias Sociales. Por una parte, era objetivo de aquella el vincularse con un conjunto de creencias y por la otra, era una

---

\* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Aurora Arnáiz Amigo, *Ciencia Política*, México, Porrúa, 1984, pp. 149 y 150.

perversión de lo interior, reunir lo público con lo particular. Se consideraba a la política como una disciplina menor en ese tiempo, lo cual no impidió que se hiciera de ello algo explicable. Al efecto, podemos conceptuar a la política pura como una reflexión entre lo público y lo privado y la política aplicada es la del político profesional; la opinión política es la de todos, la opinión informada. Los estilos teóricos le pueden dar una frescura; de una manera contextual, la política es una parte integral de la sociedad. En el sistema reduccionista los fenómenos políticos son las consecuencias “agregadas” del comportamiento individual.

Si se divide el eje ideológico en izquierda y derecha encontramos que los analistas establecen métodos cualitativos y métodos cuantitativos. De esta manera algunos estudiosos en la materia se sitúan más partidarios de la izquierda, en tanto que los analistas de la derecha se sitúan en el campo de la política neoliberal.

Los modelos de Marx y Weber son más estructurales y otros modelos son más individualistas, como los referentes al estudio del comportamiento político y de los individuos. La política les parecía a ellos algo autónomo pero cuestionado; es decir, algo relativo. Así, el estudio de la política es el estudio del sistema político, una opción intelectual, personal, pues es el instrumento que cierra un ciclo en el cual imperiosamente entran otras ciencias sociales además de la realidad, la historia, el entorno social, económico e internacional, es decir el estudio de las relaciones de poder en una comunidad. El sistema político es un conglomerado de instituciones que se refieren no sólo al concepto institucional clásico; en él intervienen las que están formalizadas, los poderes que están en la Constitución. Uno de los elementos constitutivos es la sociedad; el elemento siguiente está integrado por las instituciones. La sociedad tiene una perspectiva histórica, fundamental, en la que se enfatiza el pasado en la constitución del presente; la cultura política es toda una serie de experiencias del pasado.

La democracia es una lógica fundamental del conocimiento. Más que situarla en el rango institucional, podemos referirnos a una democracia social. Las decisiones gubernamentales son producto del sistema político, son políticas públicas. Un gobierno no puede dejar de ser eficaz ya que el sistema político es como la sangre al cuerpo humano y dentro del marketing político esto tiene un valor que se traduce en credibilidad.

Sin embargo, ante la cambiante realidad de fines del siglo XX y principios de nuestro siglo XXI, la concepción de la ciencia política no puede detenerse en los debates ideológicos del pasado, sino que tiene que corresponder a su objeto de estudio, mediante la observación y el análisis de los fenómenos actuales.

¿En qué medida un gobierno se legitima a la hora de actuar? El elemento básico, definitorio, es la acción del mismo. Así sólo bastaría precisar la cuestión operativa, de procedimiento. Sin embargo, un gobierno tiene constreñido el límite de su acción. La evolución de un sistema político se recrea en cuatro escenarios en los cuales puede tener lugar la operatividad:

- a) La Descentralización. Es un ámbito del sistema Estado-nación.

- b) El modelo constitucional.
- c) La perspectiva fiscal (el famoso contrapeso que se puede producir entre una sociedad de recaudadores y de consumidores).
- d) La corresponsabilidad fiscal federal (la relación entre el elemento impositivo y el elemento del gasto público).

Por otra parte, la acción de gobernar está supeditada al procedimiento de los actos legislativos; en la evolución histórica de los parlamentos y de los gobiernos encontramos que al principio todo sistema político contó con alguien que tenía los atributos de soberanía; más tarde la parcela de poder fue limitándose, fue “comiéndose” sus prerrogativas.

En 1688, en Inglaterra, John Locke inspiró la “revolución gloriosa”. La doctrina básica se centraba en la separación de poderes y en estos debidamente controlados entre sí, era la idea de la república basada en la soberanía popular. Se pensaba en construir tres poderes independientes (la república con separación de poderes) y el señuelo de las ideas se extendió por Latinoamérica.

¿Qué pasó en los viejos países europeos? Siguieron el esquema de 1688 en Inglaterra, “comiendo” terreno a los reyes, especialmente el Parlamento; la monarquía vio apariciones de aspectos no monárquicos que la minaron. Todas las repúblicas de esa época estuvieron ligadas a problemas bélicos, lo cual significa que la república no apareció como un movimiento popular.

En los tiempos recientes, en 1989, los cambios de Europa del Este señalaron nuevos rumbos. Se dieron regímenes presidencialistas y regímenes parlamentarios; ambas formas afectaron a la cultura política en el ámbito del régimen político: son formas de gobierno de doble legitimidad porque recaen en el Ejecutivo y en el Congreso. Las características rígidas se refieren a que las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo están debidamente marcadas; en los regímenes parlamentarios el Ejecutivo puede disolver el Parlamento.

En Inglaterra era mal visto el referéndum, porque si la soberanía recae en el pueblo no hay que someterla a discusión parlamentaria; la práctica anglosajona concedió a los ministros la facultad de disolver el Parlamento, esto se traduce en una mayor flexibilidad en el tiempo electoral (caso de España, en el cual Felipe González disolvió el Parlamento); sin embargo, los modelos, como en Estados Unidos e Inglaterra, desaparecen poco a poco. La acción del gobierno cada vez es más sofisticada (concentración de poderes, elementos de gestión).

La quinta república francesa estuvo caracterizada por un alto índice de conflictividad partidista, lo que podríamos llamar una “italianización” política; en esa época surgió el problema de Argelia que involucró a dos o tres generaciones cuando los partidos políticos dieron una imagen de ineficacia; Charles de Gaulle fue el hombre del carisma, en apenas cuatro años resolvió el problema e introdujo dos medidas, un cambio en la Constitución en el que había un presidente de la República investido de muchos poderes y una reforma electoral que consistió en una elección directa.

A ese aspecto, el nuevo régimen parlamentario pasa a ser presidencialista cuando tuvo el apoyo de su Parlamento y cuando tiene minoría se dice que es parlamentario. Es obvio que si la ciudadanía quiere tener un sistema democrático consolidado debe optar por el presidencialismo o por el parlamentarismo.

## **2.Los sistemas políticos en América Latina**

En principio, se podría señalar que un sistema político es la base para el estudio de los historiadores. La política latinoamericana de alguna manera es heredera de una ruptura en el seno de la sociedad. Debe ser contemplada bajo un modelo doble comprendido en dos épocas: la de 1929 y la de 1970 a 1980, por medio de los modelos populistas y “sultanista”, respectivamente. 1929 no es un año tomado al azar, es la época de la crisis, de la gran depresión en Estados Unidos, ese año nos indica que algo está cambiando, el cambio supone que se transitó de un modelo de liberalismo económico a otro fundamentalmente político. En realidad los cambios empezaron, históricamente, en 1910, con la Revolución Mexicana, y terminaron en 1952, con la Revolución de Bolivia.

En esa época surgió un replanteamiento de la política internacional; muchos líderes se generaron en este tiempo, entre otros Juan Domingo Perón, de Argentina. Se puso en marcha el centralismo del estado, apoyado en políticas de sustitución de importaciones, regulación estatal de mercados. La aceptación del constitucionalismo se interpretó como una legitimación política. Luego se desarrolló en la política latinoamericana el “movimiento”, el cual se tradujo en bajas cuotas de institucionalización y de racionalización, convirtiéndose en una relación directa entre el líder y la masa (la práctica del balconazo).

El señor Presidente es el caudillo, pero es el señor Presidente al fin. A partir de ese momento el anticomunismo se introdujo como un nuevo elemento y tuvo como representante a Juan Domingo Perón, en tanto que a la posición que adoptó Somoza se le llama cleptocrática. Los dos modelos que se abrieron son los que se han definido como populista y sultanista; Max Weber, en *Economía y Sociedad*, define al sultanismo como la dominación patrimonial que se mueve en una forma de administración, desvinculada de la sociedad. En el modelo populista hay una invocación constante al pueblo, este es el sujeto de la historia y su destinatario.

En los regímenes populistas existe el reformismo; éste se representa en tres formas, una de ellas es el desarrollismo, otra el centralismo, así como las políticas de corte distributivo. Hay dos elementos, entre ellos el tipo de política y el cariz de la política. Todos estos elementos le daban una serie de denominadores comunes; de ahí surgen varias interrogantes y afirmaciones; ¿cuáles tipos de partidos nos vamos a encontrar? Los atrapados y pluriclasistas. Una de las características de los partidos latinoamericanos es que son estatistas, tutelados por el Estado (comúnmente confunden al partido con el Estado) como el Partido Revolucionario Institucional en México; otra característica es la intervención de los militares en los partidos. Es notorio que el Estado se fortalece en el seno de un nacionalismo dependiente.

Por otra parte, las relaciones entre el poder político y la sociedad tiene estas características:

- a) Son relaciones verticales (paternalistas).
- b) Las relaciones se distinguen por ser excluyentes.
- c) Hay relaciones antinacionales.
- d) Existen relaciones cleptocráticas, las cuales utilizan el poder para hacer negocios o robar. Esto significa una personalización máxima del poder, una desmovilización de la sociedad; en este régimen el Estado es puramente un organismo de control, las fuerzas armadas son un juguete que no tiene una mística patriótica.

Las primeras interrogantes que surgen son ¿qué es la democracia? ¿Cómo tipificar la democracia en América Latina? La primera, como un sistema de vida que mejora las relaciones de la y con la sociedad, la segunda interrogante padece de un déficit histórico-crónico, a ello han contribuido algunos de sus elementos integradores, quizá debido a la confusión continua entre derecha e izquierda que no radica en el lenguaje sino en las variables. Otro elemento desintegrador es la centralidad del Estado; cuando éste ha tomado una parcela muy grande de poder ha triturado a la sociedad civil y confundido estas identidades.

La Revolución Cubana, en la vida política latinoamericana aporta elementos que rompen con la estructura izquierda-derecha. Esencialmente, aporta la idea de que se puede llegar al poder sin las urnas, porque éstas dividen por las corrupciones y fraudes, los cuales constituyen un descrédito para alcanzar el poder. Esto significa una militarización del poder y una desconfianza en las urnas.

¿Qué ocurre entre tanto en la derecha? Encontramos una coincidencia de ésta con la izquierda; ambas niegan valor a la democracia política. Una de las características del sistema político latinoamericano en el año de 1974 es que provocó una seria coincidencia entre ambas fuerzas, una universalización de las categorías y una confusión entre los actores políticos. Esto conduce a confundir la realidad, ya que las clases políticas no han sido capaces de crear instrumentos de liberación del individuo, por ello es significativo que los actores políticos definan su participación en el debate político, precisamente si son de derecha o de izquierda. Hay una izquierda y se va a la lucha armada.

En agosto de 1982 surgieron cambios brutales, enormes, en dos planos:

- a) En el plano de la democracia, porque se buscó conciliar una revalorización del concepto de la realidad social (El Salvador, Argentina, Brasil, tuvieron esos cambios).
- b) En una variable poliárquica, se replantearon los problemas; la crisis ya no es lo fundamental sino la deuda, que en estos y otros países es expresión de aquélla;

la democracia aparece como el mal menor y en América Latina llega por defecto y adquiere tal legitimidad que retrasa el crecimiento económico.

Los países latinoamericanos tratan de efectuar el cambio del autoritarismo a la democracia y en ese aspecto buscan una consolidación, aunque todavía están lejos de ella.

Ahora bien, no puede entenderse la naturaleza de los regímenes latinoamericanos sin un estudio correlativo de los aspectos económicos que, más que extrapolíticos, van de la mano con los mismos: “Ciertamente, el ajuste estructural llevado a cabo a lo largo de la década de 1980 obligaba a la estabilidad macroeconómica, de suerte que se buscaba elevar la recaudación fiscal y reducir el gasto público”<sup>2</sup>

Efectivamente, la creciente integración mundial vivida en la década antes mencionada, que desembocó en la globalización que vivimos, moldeó en menor o mayor grado las etapas y los procesos de transición que experimentaron los diversos países latinoamericanos.

Por tanto, en el afán de allegarse recursos para el sostenimiento del aparato estatal, diversos sistemas políticos tuvieron que reformar su régimen jurídico, de tal modo que el antiguo Estado corporativo mencionado fue cediendo espacio a una concepción neoliberal del mismo, renovando la fórmula “*dejar hacer, dejar pasar*” de los fisiócratas.

Ejemplo de lo anterior es el caso de nuestro país. En México, la apertura comercial que se vivió desde la administración del Presidente Miguel De La Madrid Hurtado, cuyo desarrollo alcanzó su apogeo en el sexenio de Carlos Salinas De Gortari, propició el cambio de políticas económicas y la modificación de figuras constitucionales y legales como el artículo 27 de la Carta Magna, que regula la propiedad de los bienes de la Nación y, sobre todo, de los asuntos agrarios, dándose por terminado el reparto de tierras entre el campesinado y la transformación de la relación de proteccionismo que hasta entonces le había brindado el Estado.

Este proceso lento pero gradual, desemboca en la transición política que aún viven las naciones de la región incluido, desde luego, México.

### **3. Transición política, económica e institucional.**

Al referirse al tema de la transición política, la doctora Antonia Martínez, profesora de Ciencia Política en la Universidad de Salamanca, España, con motivo de los III Cursos de Postgrado en Derecho y Política en dicha institución, expresó que, por transición debemos entender al “proceso de cambio por el que un régimen político y/o económico es sustituido por otro”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Manuel Alcántara y otros, “De la reforma y la consolidación del sistema político en el equilibrio entre democracia y mercado en América Latina”, en *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1995, p. 39

<sup>3</sup> Antonia Martínez, conceptos vertidos en los III Cursos de Postgrado en Derecho y Política, 1996, impartidos en la Universidad de Salamanca, España.

De esta definición encontramos tres diferentes clases de transición: a) Transición política; b) Transición económica; c) Transición institucional.

Una condición previa para que exista transición política es la unidad nacional.

Una transición política es el proceso de cambio de un régimen autoritario a un régimen democrático; o de un régimen democrático a uno no democrático. De hecho, para estudiar una transición política debemos precisar cuándo empieza y cuándo termina.

Por otra parte, los regímenes presidencialistas, en cierta medida, provocan la inestabilidad política en América Latina. Así en Brasil se debate si se va a adoptar el régimen presidencialista o el régimen parlamentario. En Cuba hay transición económica y no transición política. En Chile hay vaivenes políticos y en México, en 1982, López Portillo consideró hacer modificaciones para que todo quedara igual.

En cambio, en Europa, en Rusia se dan transformaciones políticas antes que otras de naturaleza económica. En España, aún cuando se valora adecuadamente a la monarquía, se debate si la transición política se va a dar en ésta o en la República.

Cuando nos referimos a transición institucional fundamentalmente nos estamos remitiendo a una transición política, que necesariamente conlleva a cambios de gobierno.

Un esquema de los tipos de transición sería el de la llamada transición sincrónica, que se da en países como Argentina, Brasil, Uruguay, Polonia, Bulgaria, Rumania y Checoslovaquia y otro esquema es el de la transición diacrónica que tiene lugar en España, Chile, Hungría y México.

Al tocar el tema de los regímenes no democráticos, la doctora Antonia Martínez, ya citada anteriormente, sostiene que en éstos la legitimidad del régimen político se ve afectada, en la medida en que no se resuelvan los problemas con eficacia y si bien la legitimidad es la creencia de que un régimen político es el mejor en un país, una crisis de ella hace que las alternativas sean escasas.

<b>TIPO Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN POLÍTICO (No democrático previo).</b>				
<b>País</b>	<b>Tipo</b>	<b>Origen</b>	<b>Sociedad Polarizada</b>	<b>Institucionalización</b>
España	Autoritario	Guerra	Si	Si
Grecia	Autoritario	Quiebra	Si	Si
Portugal	Autoritario	Quiebra	Si	Si
Argentina	Burocrático Autoritario	Quiebra	No	No
Brasil	Burocrático	Quiebra	No	No
Chile	Burocrático Autoritario	Quiebra	Si	Si



Uruguay	Burocrático Autoritario	Quiebra	Si	No
Checoslovaquia	Autoposttotalitario	Guerra	Si	Si
Hungría	Autoposttotalitario	Guerra	Si	Si
Polonia	Autoposttotalitario	Guerra	No	Si
Rumania	Sultanístico	Guerra	No	Si

### 3.1 Las rutas en el marco de la transición democrática

Para abordar este tema, nos referiremos a los siguientes factores: a) Factores de carácter internacional; b) factores de naturaleza doméstica; y c) Factores de debilitamiento de la credibilidad.

Por factores de carácter internacional entendemos, entre otros, un proceso de ocupación que implicaría un proceso político; la política exterior de las potencias extraregionales (E. E. U. U. con Centroamérica); la política de la Comunidad Europea (E. E. U. U. con Europa del Este). También puede considerarse dentro de este factor de carácter internacional el llamado Efecto Dominó, es decir, la influencia que una potencia tiene sobre otras, por ejemplo, la política exterior de Alemania o Estados Unidos cuando apoyaba a Gorbachov. También pudieran estimarse como parte de este factor de naturaleza internacional, dice la doctora Antonia Martínez, ya mencionada, los resultados adversos en los conflictos bélicos, como en el caso de Inglaterra y Argentina por la Guerra de las Malvinas; o el de Grecia con Turquía por la posesión de Chipre; o Portugal con la guerra de Angola.

En cuanto a los factores de naturaleza doméstica, fundamentalmente podemos señalar dos: a) Los actores de la coalición (autoritarios) y b) Los actores de la oposición política.

En el primer caso, cuando los actores consideran que deben seguir sosteniendo un régimen autoritario, es cuando tienen más posibilidades de defensa, de negociación para conservar sus privilegios.

En el segundo caso, los actores de la oposición política también influyen en las rutas de la transición porque con su actuar, con su movilización, indudablemente que van a cambiar sistemas y métodos políticos.

Por último, los factores de debilitamiento de la credibilidad se acentúan en la medida en que los regímenes democráticos son sustituidos por regímenes autoritarios, hay ausencia de valores democráticos, etcétera.

#### 4. Conclusiones

La Ciencia Política es la rama del saber que estudia al Estado y los fenómenos relacionados con él. Por tanto, ha evolucionado a la par que su objeto de estudio.

Los estudios tradicionales en la materia han sufrido un cambio gradual a lo largo de la historia, pero a partir de la segunda mitad de la década de los años ochenta del siglo pasado, con la desaparición del bloque socialista en Europa del Este y la democratización de los regímenes latinoamericanos, la realidad ha incorporado nuevos conceptos a la Ciencia Política.

No es posible entender este cambio sin vincularlo al estudio de la naturaleza de los regímenes que han surgido tras el fin de la guerra fría.

En este orden de ideas, los gobiernos latinoamericanos modernos deben analizarse a la luz de los aspectos extrapolíticos que los han hecho posibles, como los económicos, estructurales, históricos, ideológicos y, sobre todo, políticos.

De igual manera, no debe perderse de vista el efecto de un mundo globalizado no sólo en materia financiera, sino en aspectos tan relevantes como los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, el desarrollo sustentable y la legitimación estatal.

Todo lo anterior ha propiciado distintos fenómenos de transición, que corresponden a cada caso en particular, pero en los cuales se pueden hallar de manera subyacente los factores antes mencionados.

En el caso de la transición mexicana, es oportuno reproducir algunos apuntes que hace el profesor emérito de la Universidad de Florencia y de la Universidad Columbia en Nueva York, Giovanni Sartori, quien en una entrevista dijo: “En México tenían una Constitución material, que no era la Constitución escrita, era una Constitución compuesta por las prácticas, por las reglas no escritas. Eso creó algo que yo llamo una “hiperpresidencia”, una Presidencia autoritaria, basada obviamente en un sistema de partido hegemónico, diseñado para que fuera controlado por el presidente, que tenía manos libres para hacer lo que deseara, sin importar lo que estuviera escrito en la Constitución. Él podía pasar por encima de todo. Cuando cae el PRI, se pasa de tener un hiperpresidente a un hipopresidente, débil. Es comprensible que después de una era de presidentes imperiales, ahora quieran una presidencia menos poderosa. Pero esta actitud confunde democracia con gobierno débil”<sup>4</sup>

En cuanto a las peculiaridades que se observan en el panorama político mexicano posterior a las elecciones presidenciales del año 2000, el autor italiano refiere que: “Cuando el sistema pierde todas las articulaciones que preexistían, se rompe. Fox no tiene un partido que esté a su lado, tiene problemas con el partido a través del cual fue elegido. El PAN no

---

<sup>4</sup> Giovanni Sartori, en entrevista concedida a Ignacio Rodríguez Reyna, reproducida por el diario *Gráfico de Xalapa*, 22 de noviembre de 2001, p.28.

tiene mayoría en el Congreso. Y todas las premisas del poder de facto que la fuerte Presidencia del pasado ejercía han desaparecido”<sup>5</sup>

De esta forma, la transición política mexicana de un régimen presidencialista a uno en que se consolida la actuación de los poderes Legislativo y Judicial, es un proceso vigente, inacabado, para el cual, quizás sería necesario contar con un liderazgo más firme y, al mismo tiempo, conciliador, por parte del Titular del Ejecutivo Federal.

Ante este vacío que ha provocado la alternancia en el poder, han aparecido otros actores políticos, como es el caso de la Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO), en la cual se integraron en un primer momento los mandatarios estatales del PRI y del PRD, es decir, de oposición al partido gobernante. El reclamo principal de esta coalición fue el respeto y el desarrollo de la idea federalista en todos los ámbitos del quehacer público.

En un primer momento, la reacción del Presidente fue de confrontación, pero se ha cambiado el discurso a un tono más conciliador e incluso se han incorporado a la Conferencia mencionada los gobernadores de extracción panista, partido al que pertenece el Presidente de la República.

Lo anterior es muestra de que el proceso de cambio en México, de sustitución de un régimen por otro, apenas ha comenzado.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ALCÁNTARA, MANUEL, y otros, “De la reforma y la consolidación del sistema político en el equilibrio entre democracia y mercado en América Latina”, en *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca, Ediciones Universidad, 1995.

ARNAIZ AMIGO, Aurora, *Ciencia Política* México, Porrúa, 1984.

---

<sup>5</sup> Giovanni Sartori, en la entrevista citada anteriormente.

# División territorial del Estado de Veracruz y

## Distritos Judiciales, 1824-2003

Dr. José Lorenzo Álvarez Montero\*

**SUMARIO:** 1. Marco referencial. 2. Instalación de los poderes públicos del Estado de Veracruz. 3.1. Integración de los departamentos, sus capitales y población. 3.2. La función jurisdiccional. 4. División Cantonal del Estado. 5. Distritos Judiciales. Conclusión.

*El presente artículo se ocupa de los Distritos judiciales del Estado de Veracruz, partiendo de la división territorial vigente durante el siglo XIX, para mostrar que la división cantonal fue la base de la distritación judicial, la cual posteriormente tuvo su propia conformación y desarrollo*

### 1. Marco referencial

Incorporadas las ideas de Montesquieu sobre la división de poderes<sup>1</sup> en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reiteradas en las Constituciones de los Estados, el artículo 17 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave<sup>2</sup>, en lo que nos interesa, dispone que el poder público se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, correspondiendo a este último, de conformidad con el artículo 55 de esta Constitución la jurisdiccional, una de las tres funciones fundamentales o básicas del Estado moderno.

Sin desconocer que jurisdicción es un término que tiene distintos significados, y que puede analizarse desde los puntos de vista formal y material<sup>3</sup> aquí nos circunscribimos a la connotación “función jurisdiccional” como una de las funciones primarias del Estado moderno, que se manifiesta a través de la dicción del derecho a los casos controvertidos y previo juicio en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento, consecuentemente, vinculada con el *imperium*, y con el poder político en un determinado territorio.

---

\* Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación por *Atlantic International University*; Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, España; Maestría en Educación con Especialidad en Metodología de la Enseñanza Superior; Licenciatura en Derecho con Especialidad en Derecho Fiscal y Constitucional, Diplomado en Enseñanza Superior, Diplomado en El Estado Contemporáneo y su reconstrucción institucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> *Del Espíritu de las Leyes*, Porrúa, México, 2000.

<sup>2</sup> Nuevo nombre de la entidad a partir de la reforma del artículo 1 de la Constitución Política del Estado publicada en la Gaceta Oficial del 18 de marzo del 2003.

<sup>3</sup> Joel Carranco Zúñiga, *Poder Judicial*, Porrúa, México, 2000, p. 10 y ss.

Bajo esta idea, la jurisdicción significa el abandono de la justicia privada (autotutela) por la justicia impartida por un tercero (heterotutela), desde una posición de imparcialidad, capaz de enjuiciar objetivamente y de conformidad con las normas y principios preestablecidos, lo cual, hace a la jurisdicción, garante del principio de legalidad.

El abandono de la justicia privada, fue resultado de la centralización del poder político, al arrogarse el Estado, la soberanía y después del largo proceso para eliminar las jurisdicciones señoriales o feudales, dando lugar a la función jurisdiccional como propia y exclusiva del Estado.

Desde el punto de vista etimológico, jurisdicción deriva de dos raíces latinas: *ius* que significa derecho y *dicere* que se traduce por decir o declarar, unidas conforman la locución latina *iurisdictio-iurisdictiones*, que se traduce por decir, declarar, mostrar el derecho; poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio<sup>4</sup>. La jurisdicción comprende las siguientes fases: **1. Notio** que es la facultad de conocer los asuntos o cuestiones atribuidos a los órganos judiciales; **2. Vocatio** consistente en citar a las partes para que comparezcan a defenderse en juicio y realizar todo tipo de notificaciones y llamamientos; **3. Iudicium** que es la potestad para decidir o fallar el asunto planteado, dictando la sentencia respectiva, poniendo así fin al litigio o causa y, **4. imperium que comprende la COERTIO y la EXECUTIO** que es la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivos sus mandatos y providencias o ejecutar sus resoluciones o decisiones judiciales. Al interior de un país, como el nuestro por ejemplo, existe la jurisdicción federal, estatal y municipal<sup>5</sup>.

Sin pretender ignorar las diversas teorías que han sido expuestas por distintos y destacados juristas acerca de la función jurisdiccional, como la del “fin del acto”, de la “naturaleza psicológica del acto jurisdiccional” y de la “sustitución” entre otras, sino más bien teniéndolas presente, debemos recordar que el núcleo central de esta función estatal es resolver los conflictos jurídicos, individuales o colectivos que le sean planteados al órgano que tiene a su cargo dicha función.

Diversas definiciones se han dado sobre la función jurisdiccional. Así, Manuel Ibáñez Frochan considera que la jurisdicción es la facultad de administrar justicia<sup>6</sup>; don Eduardo J. Couture concibe “la jurisdicción como una función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinaría el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”<sup>7</sup>. En el mismo sentido se pronunció Hugo

---

<sup>4</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua española*, vigésima primera edición, España, 1996, p. 858.

<sup>5</sup> Rodrigo Labardini *Reflexiones sobre jurisdicción en derecho Internacional. Tendencias y Problemas actuales*, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., Tomo XIII, núm, 1, México, 2000, p. 3.

<sup>6</sup> *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 28

<sup>7</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, biblioteca jurídica Argentina, 3ra. ed., p. 34.

Alsina<sup>8</sup>, quien señaló que el Estado cumple su función jurisdiccional de tres maneras: 1. Organizando la administración de justicia; 2. Determinando la competencia de los tribunales que la integran; 3. Estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes en la sustanciación de los procesos<sup>9</sup>. Caravantes quien define la jurisdicción como “la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a la ley, o sea la facultad atribuida al poder judicial para administrar justicia”<sup>10</sup>. Igual sentido sostienen Honorio J. Silgueira<sup>11</sup> y Máximo Castro<sup>12</sup>; Mortara, por su parte, manifiesta que la jurisdicción “es la resolución de un conflicto entre la voluntad subjetiva y las normas objetivas”<sup>13</sup>. Francesco Canelutti concibe la jurisdicción “como la justa composición de la litis”<sup>14</sup>. Para Manzini la jurisdicción (*jus dicere*) “es la función soberana que tiene por objeto establecer, demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella”<sup>15</sup>. Oderigo opina que “la jurisdicción es la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo con relación a los casos concretos”<sup>16</sup>. M. Castro la define como “la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir”<sup>17</sup>. Lascano enseña que “la Jurisdicción consiste en la actividad con que el Estado provee a la realización de la regla jurídica cuando existe un conflicto de intereses”<sup>18</sup>. R. J. Podetti indica que consiste en “el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”<sup>19</sup>.

Para Alfredo Rocco la jurisdicción es “la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo no se realice la norma jurídica que los tutela”<sup>20</sup>. Giuseppe Chiovenda concluye que la jurisdicción es “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”<sup>21</sup>. Para E. Redenti “es la función de aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas”<sup>22</sup>; Juan Luis Requejo Pagés, después de analizar diferentes conceptos de jurisdicción a los dominios tradicionales como son la jurisdicción sinónimo de solución de conflictos, de aplicación judicial del derecho, y aplicación del derecho a través del proceso, afirma que la jurisdicción puede

<sup>8</sup> *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Ediar, 2da ed., tomo 2, Buenos Aires, 1965, p. 415

<sup>9</sup> *Fundamentos de derecho procesal*, serie Clásico de la Teoría general del proceso, vol. 4, Editorial Jurídica Universitaria, México, abril 2001, p. 6.

<sup>10</sup> *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Biblioteca Jurídica Argentina, tomo 1, p. 118.

<sup>11</sup> *Procedimientos Judiciales*, Biblioteca Jurídica Argentina, p. 21

<sup>12</sup> *Curso de Procedimientos Penales*, 2da ed. Biblioteca jurídica Argentina, tomo 1, 1937, p. 11.

<sup>13</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVII, editorial Bibliográfica Argentina, 1997, p. 538 y ss.

<sup>14</sup> *Sistema de Diritto Processuale Civile* (Instituciones de Derechos Procesal Civil), Harla, México, 1997, p.2.

<sup>15</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVII, editorial Bibliográfica Argentina, 1997, p. 538 y ss.

<sup>16</sup> *Idem*

<sup>17</sup> *Idem*

<sup>18</sup> *Idem*

<sup>19</sup> *Tratado de la Competencia*, Buenos Aires, 1954, p. 15.

<sup>20</sup> *La sentencia Civil*, 1906, ed. española, 1944, México, p. 103 y ss.

<sup>21</sup> *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (*Curso de Derecho Procesal civil*), Harla, México 1997, p.195.

<sup>22</sup> *Diritto Processuale Civile*, Milán, t. I, 1947, p. 4.

definirse como: aquella forma de aplicación del derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo<sup>23</sup>.

Para Carlos Arellano García la jurisdicción “es el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”<sup>24</sup>; José Alberto Dos Reis, después de hacer un recuento de las diversas teorías sobre la jurisdicción, concluye afirmando que la jurisdicción es la adaptación de la regla general de derecho a un caso particular, adaptación que obliga a los interesados y que puede hacerse efectiva mediante la coacción<sup>25</sup>.

De la relación anterior, podemos observar que existen diversas conceptualizaciones de la jurisdicción, de tal modo que es de considerarse la relatividad de las mismas, que además de ser una manifestación del Poder Público, está sujeta a las disposiciones constitucionales y legales vigentes en cada país, y en diferentes épocas, de tal modo que aceptamos la aguda observación del ilustre jurista Piero Calamandrei en el sentido de que “del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos”<sup>26</sup>.

Con la salvedad señalada, podemos afirmar que la jurisdicción es una función a cargo del Estado que se ejerce, principalmente, por uno de los poderes públicos, a fin de hacer efectivos los derechos de las personas, resolviendo los conflictos que se hacen de su conocimiento por medio de la *jurisdictio*, y ejecutando sus resoluciones, contribuyendo así a la seguridad jurídica, a la paz social y a la realización de la justicia.

Íntimamente relacionado con la jurisdicción, afirma Roscoe Pound “ésta la cuestión de por quien debe administrarse la justicia. ¿Debe haber un órgano especializado del Estado para el ejercicio de la función judicial, o debe ejercerse esta función, en todo o en parte, por órganos encargados al mismo tiempo de otras funciones?, ¿Debe haber administración de justicia por especialistas judiciales (yo llamo a esto justicia judicial) o por aquellos que ejercen así mismo otras funciones gubernamentales?, si son de carácter legislativo, la llamo justicia legislativa; si de orden administrativo, la llamo justicia ejecutiva”<sup>27</sup>.

Retomando la cuestión planteada por Roscoe Pound, es legítimo preguntarnos, este poder, facultad, atribución, ó potestad pública de resolver las controversias que se presentan ¿quién ó quienes lo ejercen?, ¿en qué órgano u órganos se deposita?.

Sin perder de vista que desde el aspecto material en casos limitados los poderes legislativo, como en la hipótesis de las juntas federales de conciliación y arbitraje, realizan

---

<sup>23</sup> *Jurisdicción e independencia judicial*, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p. 90 y ss.

<sup>24</sup> *Teoría general del Proceso*, 3ra ed., Porrúa, México, 1989, p.346.

<sup>25</sup> *Teoría de la acción*, Colofón, México, 1995, p. 25 y ss.

<sup>26</sup> *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, (Derecho Procesal Civil), Harla, México, 1997, p.7.

<sup>27</sup> *Justicia conforme a Derecho*, Editorial Colofón, México, 1995, p. 64.

la función jurisdiccional, ésta desde el ámbito formal se deposita en el poder judicial recayendo concretamente en diferentes tipos o clases de entidades jerárquicamente conformadas llámense tribunales, juzgados, juntas, comisiones, jurados o paneles.

La función jurisdiccional, además, se distribuye, entre las citadas entidades, dotándolas de competencia, la que en términos generales se refiere a la materia, cuantía del negocio, gravedad de la conducta, trascendencia social y al territorio.

El primer aspecto, da lugar a tribunales civiles, penales, mixtos, de lo familiar, mercantiles, de hacienda, administrativos, eclesiásticos, militares, laborales, fiscales, agrarios, electorales y constitucionales.

En nuestro Estado, la segunda característica produce la clasificación de juzgados de primera instancia, menores, municipales, de comunidad y de menores infractores.

El tercer aspecto, provoca la división territorial que da lugar, actualmente entre nosotros, a los circuitos y distritos judiciales en el ámbito federal y a los distritos y a los municipios en el fuero común.

También existen tribunales de apelación o revisión, es decir de segunda instancia.

Por lo que hace a los distritos judiciales actuales del fuero común, objeto de esta colaboración, son productos de una larga evolución. En el presente trabajo me ocupo de las diferentes divisiones cantonales del Estado de Veracruz, como espacios competenciales de los jueces de primera instancia, para culminar con los actuales distritos judiciales de la entidad.

De este modo, el trabajo se funda exclusivamente en dos variables determinantes, división territorial del Estado y juzgados de primera instancia, extrayendo ambos elementos de los textos constitucionales y de la legislación judicial respectiva.

## **2. Instalación de los poderes públicos del Estado de Veracruz**

Expedida el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 31 de enero de 1824, las entidades federativas nacientes, iniciaron sus trabajos para su organización territorial y político administrativa, conforme a los artículos 20, 21, 22, 23 y 25 de la propia acta.

Así, el Estado de Veracruz, instaló su congreso constituyente el 9 de mayo del año citado y en su Decreto número 1 de esa fecha, dispuso en el artículo 1 que la entidad se integraba con todos los partidos que correspondían a la provincia de ese nombre y que antiguamente formaban los límites de su Intendencia y que fueron:<sup>28</sup> Acayucan, Córdoba, Cosamaloapan, Jalacingo, Xalapa, Misantla, Orizaba, Papantla, Tampico, Tuxtla y Veracruz

---

<sup>28</sup> Carmen Blázquez Domínguez y Ricardo Corzo Ramírez, *Colección de leyes y decreto de Veracruz, 1824-1919*, tomo I, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1997, pág.32



Con dicho fundamento, el Congreso constituyente local expidió y el gobernador Miguel Barragán sancionó, el 26 de mayo de 1825 la ley número 46 para la organización, policía y gobierno interior del Estado,<sup>29</sup> en cuyos artículos 1 y 2, dispuso que el territorio del Estado se dividía en doce cantones, sujetos a cuatro departamentos. Los cantones eran, con excepción de Huimanguillo, los antiguos partidos ya citados.

Por lo que hace a los poderes públicos, en los artículos 2 y 3 del decreto mencionado de 9 de mayo, se indicó que el legislativo quedaba depositado en el Congreso, en tanto que el ejecutivo en un gobernador. En tanto que por lo que toca a la función jurisdiccional, el artículo 5 dispuso que “las entidades que hoy ejercen el poder judicial, continuarán ejerciéndolo<sup>30</sup>”. Lo anterior, pensamos, para no interrumpir esta importante función e improvisar un sistema sobre el cual no se tendría ninguna experiencia.

Con la finalidad de explorar las primeras divisiones judiciales del Estado de Veracruz, habremos de abordar la propia división territorial de la entidad como fue concebida en la legislación.

### **3. División territorial y función judicial**

Protestada y sancionada la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, cada uno de los Estados inició labor constituyente. El Estado de Veracruz expidió su primera Constitución Política el 3 de junio de 1825, en cuyo artículo 3 incorporó la integración y división territorial señalados en el artículo 1 del multicitado Decreto número 1 del 9 de mayo de 1824, conforme al cual, su territorio se componía de los antiguos partidos de Acayucán, Córdoba, Cosamaloapan, Jalacingo, Jalapa, Misantla, Orizaba, Papantla, Tampico, Tuxtla y Veracruz, remitiéndose a una ley para el arreglo de sus límites y división<sup>31</sup>.

Asimismo, la sección XIV de la Constitución local de 1825 reguló la organización interior del Estado y, en los artículos del 70 al 78, dispuso la división departamental y cantonal, conformación que se conservó en la reforma constitucional del 28 de abril de 1831, sancionada por el gobernador Sebastián Camacho, que modificó la sección 14 para disponer que el Estado se divide para su gobierno interior en departamento, cantones y municipalidades.

Al presentar el gobernador del Estado, Miguel Barragán, la noticia estadística en 1827, indicaba, respecto de la división territorial y de la población de la entidad lo siguiente:

#### **3.1. Integración de los departamentos, sus capitales y población**

**Primer departamento: Capital: Veracruz ,**

---

<sup>29</sup> Idem. p.280 y ss.

<sup>30</sup> Idem. pág. 32

<sup>31</sup> José Lorenzo Álvarez Montero, *Las Constituciones Políticas del Estado Libre y Soberano de Veracruz y sus reformas 1825-2000*, editada por el H. Ayuntamiento de Coatzacoalcos, ver., septiembre, 2001, pág. 227.

Cantones: **Veracruz** (18 pueblos), *población: 29987*; **Misantla** (4 pueblos, 6 congregaciones) *población: 4,353*; **Papantla** (12 pueblos) *población: 7,981*; y **Tampico** (12 pueblos) *población: 20,785*

**Segundo departamento: Capital:** Xalapa,

Cantones: **Xalapa** (31 pueblos), *población: 38,882*; **Jalacingo** (6 pueblos y 4 congregaciones) *población: 14,179*

**Tercer departamento: Capital:** Orizaba

Cantones: **Orizaba** (30 pueblos) *población: 48,475*; **Córdoba** (24 pueblos), *población: 25,779* y **Cosamaloapan** (9 pueblos), *población: 9,894*

**Cuarto departamento: Capital:** Acayucan

Cantones: **Acayucan** (12 pueblos), *población: 19,506*; **Tuxtla** (3 pueblos), *población: 16, 530* y **Huimanguillo** (8 pueblos) *población: 6, 271*

**Total población en 1827,** 242, 658<sup>32</sup>

### 3.2. La función jurisdiccional

Precisada la idea sobre la función jurisdiccional utilizada en el presente trabajo, destacamos el interés y preocupación permanentes del gobierno de Veracruz, por la adecuada impartición de justicia, que se desprende de la abundante legislación expedida y de las medidas administrativas tomadas.<sup>33</sup>

Respecto de la legislación pueden citarse, inicialmente, los decretos 16 de 28 de julio de 1824 y 109 de 31 de marzo de 1829.

En el primero, se manifiesta que el Congreso Constituyente del Estado, deseando que en todos los pueblos de él sea pronta y cumplida la administración de justicia, dispone las autoridades, competencias y procedimientos, para resolver todas las controversias que se presenten.

De este modo, puede observarse que el Decreto 16 para el Arreglo de la Administración de Justicia está integrado de 42 preceptos distribuidos en seis capítulos, cuyos títulos son los siguientes: Capítulo I. De los alcaldes (que conocían de pleitos civiles que no excedieran de cien pesos y de criminales sobre injurias y faltas leves, en juicio verbal, asociados de dos conjuces) Capítulo II. De los Jueces letrados (establecidos en todas las cabeceras de partido para conocer de las causas penales y pleitos civiles de mayor gravedad y cuantía que las señaladas para los alcaldes, así como para conocer de los negocios de la Hacienda pública); Capítulo III. De los Jueces de Segunda Instancia (que era uno con el nombre de Magistrado y residía en el mismo lugar del Congreso. Conocía de las

---

<sup>32</sup> *El Estado de Veracruz. Informe de sus gobernadores 1826-1986*, tomo I, gobierno del Estado, Xalapa, Ver., 1986, p.3 y ss.

<sup>33</sup> Véase José Lorenzo Álvarez Montero, *El Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, a través de su legislación, 1824-2001*, Consejo de la Judicatura, Xalapa, Ver., 2001.

causas penales y de asuntos civiles en apelación ó suplica, de las alzas, de las competencias, de los recursos de fuerza, nulidad, nuevos diezmos así como de la declaración de la inmunidad eclesiástica), Capítulo IV. Prevenciones generales (que trataba de las obligaciones de los Jueces de Primera Instancia y los alcaldes, de las sanciones a los mismos en caso de incumplimiento de sus deberes, de la publicidad de los juicios y sus excepciones, de las votaciones para dar sentencias, del término de prueba, de las costas, entre otras disposiciones); Capítulo V. De la elección de los jueces (tanto de los de primera y como del de segunda instancia ) y Capítulo VI. de la residencia de los ayuntamientos (se refiere al juicio de ese nombre que se dejaba abierto contra los alcaldes y ayuntamientos que hubieran funcionado en año anterior).

Por lo que respecta al segundo decreto, expedido por Don Antonio López de Santa Anna Pérez de Lebrón, vicedirector del Estado, trataba sobre las necesarias percepciones de los jueces, a fin de que en los juzgados de primera instancia hubiera sujetos instruidos en la práctica de los tribunales. Por este decreto, sabemos que había juzgados de primera instancia en los Cantones de Veracruz, Xalapa, Orizaba, Acayucan, Córdoba, Tampico, Cosamaloapan, Jalacingo, Misantla, Papantla, Tuxtla y Huimanguillo que correspondían, con excepción de Huimanguillo, a los antiguos partidos que componían el territorio estatal.

Puede valorarse el hecho de que a pesar de los problemas económicos por los que atravesaba el Estado desde 1827, en la Memoria relativa a la situación del erario público presentada por don Antonio López de Santa Anna el 22 de julio de 1828, puede observarse el presupuesto destinados al pago de los jueces de primera instancia.<sup>34</sup>

Respecto de las medidas administrativas podemos citar a guisa de ejemplo, las órdenes del gobernador de 25 de mayo de 1824 para que se agite el despacho de las causas civiles y criminales pendientes en la tercera Sala de la audiencia de México; del 29 de mayo excitando para la pronta administración de justicia al juez de primera instancia de Acayucan; de 5 de junio para que el tribunal del Consulado levante un arresto indebidamente decretado; de 26 de junio sobre el pago de sueldos al juez de letras de Córdoba; de 29 de julio sobre la queja presentada contra el juez letrado de Orizaba, entre otras tantas.<sup>35</sup>

#### **4. División Cantonal del Estado**

La división cantonal de 1825 se conservó en el artículo 79 de la ley para el arreglo de la administración de justicia de 13(15) de diciembre de 1830. Posteriormente el artículo 5 del Estatuto orgánico de 1855, expedido por el gobernador Ignacio de la Llave, dividió el territorio de la entidad en los departamentos de Veracruz, Orizaba, Jalapa, Córdoba, Jalacingo, Tampico y Tuxpan, en cuyas cabeceras había un Juez de primera instancia y también en la población de Cosamaloapan y en los cantones de Misantla, Papantla y Huimanguillo, de acuerdo al artículo 1 de la ley para la administración de justicia de 1855.

---

<sup>34</sup> *El Estado de Veracruz. Informe de sus gobernadores 1826-1986*, tomo I, gobierno del Estado, Xalapa, Ver., 1986, p.16 y ss.

<sup>35</sup> Carmen Blázquez Domínguez y Ricardo Corzo Contreras, *ob. cit.*

La Constitución Política local de 1857, sancionada por el gobernador Manuel Gutiérrez Zamora, dividió el territorio del Estado en los 18 cantones siguientes:

1)Acayucan; 2) Coatepec; 3) Córdoba; 4) Cosamaloapan; 5) Chicontepec; 6) Huatusco; 7)Jalapa; 8)Jalacingo; 9)Minatitlán 10)Misantla; 11)Orizaba; 12)Papantla; 13)Zongolica; 14)Tampico; 15)Tantoyucan; 16)Tuxpan; 17)Tuxtla; 18)Veracruz. En cada uno de los cuales había un juez de primera instancia conforme se disponía en el capítulo I de la ley provisional para expeditar la administración de justicia de 1861.

En la Ley Orgánica provisional de los tribunales de 28 de marzo de 1869 se conservó, y precisó, en el artículo 4, que en las cabeceras de cada cantón habría juzgados de primera instancia a cargo de jueces letrados.

La Constitución Política local de 1871 sancionada por el gobernador Francisco Hernández y Hernández conservó la división territorial de la entidad en los 18 cantones antes mencionados, con excepción del de Tampico que no apareció en el artículo 1 transitorio, incorporándose, en dicho precepto, el cantón de Tantoyuca, ordenando la ley de 26 de junio de 1873 en su artículo 3, que en los cantones habría un juez de primera instancia con excepción de Veracruz en donde habría dos.

El número de cantones se redujo a 17 en la Constitución Política del Estado de 1873, sancionada por Francisco Landero y Coss, según artículo primero transitorio, donde ya no se listó Misantla y, en cada uno de ellos había un juez de primera instancia, con excepción de los de Veracruz, Xalapa, Orizaba y Coatepec en donde había dos, de conformidad con el artículo 3 de la ley orgánica de los tribunales del Estado de Veracruz de 2 de enero de 1897, que inició su vigencia el 2 de abril del año antes citado.

La Constitución Política de 29 de septiembre de 1902, promulgada por el gobernador Teodoro A. Dehesa, sólo dispuso en su artículo 3 que el territorio se dividiría en Cantones, sin mencionarlos, y éstos en municipalidades.

## 5. Distritos Judiciales

Los distritos judiciales aparecen en la ley orgánica de los tribunales del Estado de 18 de enero de 1917 que inició su vigencia el 15 de febrero de ese año.

Efectivamente, el artículo 4 disponía que para la administración de justicia, el Estado se dividiría en los 18 distritos judiciales que a continuación se mencionan: Acayucan, Coatepec, Córdoba, Cosamaloapan, Chicontepec, Huatusco, Jalacingo, Xalapa, Minatitlán, Misantla, Orizaba, Ozuluama, Papantla, Tantoyuca, Tuxpan, Los Tuxtlas, Veracruz y Zongolica. **Estos Distritos tendrán la misma extensión territorial y Cabeceras que los Cantones del mismo nombre**, con excepción de Minatitlán y Ozuluama, Puerto México y Pánuco.

El artículo 5 de esta ley dispuso, que en cada cabecera de Distrito habría los jueces de primera instancia que determinará la ley de presupuesto.

Comparados estos 18 distritos judiciales de la Ley de 1917, con los 18 cantones mencionados en la Constitución Política local de 1871, observamos que coinciden en su denominación, extensión y cabeceras.

Sin explicación alguna sobre el porqué se eliminan los Cantones y muy someramente tratados, aparecen los municipios como la base de la división territorial y administrativa del Estado en la exposición de motivos e iniciativa de Constitución local presentada por el gobernador Cándido Aguilar al Congreso Constituyente de Córdoba, de 1917.

Aprobada la Constitución con la nueva división territorial municipal, cuyo número, de acuerdo a la Ley Orgánica del Municipio Libre de 1918, ascendía a 180, los cuales se distribuyeron en los 19 distritos de la Ley de Organización del Poder Judicial del Estado de 1933, correspondió a la legislación la formulación de los distritos judiciales, los cuales como vimos anteriormente, tomaron como referencia los antiguos cantones.

Así, la legislación orgánica del Poder Judicial de 1917, estableció 18 distritos; la de 1933 aumentó a 19, número que se conservó en la de 1948; en la ley de 1984 se aumentó a 21 distritos, los que se incorporaron, sin modificación alguna en las leyes orgánicas de 1998 y 2000, y que actualmente se conservan.

## **Conclusión**

Desafortunadamente el desinterés del gobierno por la impartición de justicia, mostrado en la ausencia de una política judicial, mantiene al Poder Judicial en estado de inanición, por el raquítico y ofensivo presupuesto del 0.87% del presupuesto del Estado, para el año 2003 (el anterior fue de 0.78) lo que impide un estudio que conlleve a una nueva redistribución, que considero necesaria para hacer efectivo el acceso a la justicia en Veracruz.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo, *Las Constituciones Políticas del Estado Libre y Soberano de Veracruz y sus reformas 1825-2000*, editada por el H. Ayuntamiento de Coatzacoalcos, ver., septiembre, 2001.

----- *El Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, a través de su legislación, 1824-2001*, Consejo de la Judicatura, Xalapa, Ver., 2001.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 3ª ed., Porrúa, México, 1989.

BLÁZQUEZ DOMÍNGUEZ, Carmen y Ricardo CORZO RAMÍREZ, *Colección de leyes y decreto de Veracruz, 1824-1919*, tomo I, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1997.

CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, (Derecho Procesal Civil), Harla, México, 1997.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Diritto Processuale Civile* (Instituciones de Derechos Procesal Civil), Harla, México, 1997.

CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Poder Judicial*, Porrúa, México, 2000.

CASTRO, Máximo, *Curso de Procedimientos Penales*, 2da ed. Biblioteca Jurídica Argentina, tomo1, Buenos Aires, 1937.

DOS REIS, José Alberto, *Teoría de la acción*, Colofón, México, 1995.

*El Estado de Veracruz. Informe de sus gobernadores 1826-1986*, tomo I, gobierno del Estado, Xalapa, Ver., 1986.

*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1997.

IBÁÑEZ FROCHAN, Manuel, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

LABARDINI, Rodrigo *Reflexiones sobre jurisdicción en derecho Internacional. Tendencias y Problemas actuales*, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., Tomo XIII, núm, 1, México, 2000.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Porrúa, México, 2000.

POUND, Roscoe, *Justicia conforme a Derecho*, Editorial Colofón, México, 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua española*, vigésima primera edición, España, 1996.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

## Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

Rebeca Elizabeth Contreras López\*

*Los temas actuales del derecho penal se insertan en escenarios globales y complejos. La referencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica no podía ser la excepción, se trata de un tema que pone en entredicho los paradigmas tradicionales de la dogmática penal y en el que la autora nos muestra diferentes posibilidades de solución...*

En 1997 asistí a unos cursos de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, España; fue ahí donde surgió la idea de realizar un estudio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Llamó mi atención la negativa rotunda a discutir la posibilidad de que la persona jurídica fuera penalmente responsable, *no podía ser sujeto activo del delito (punto)*. Por ese entonces, España estrenaba un Código penal en el que se establecen consecuencias accesorias para las personas colectivas. Ahora, en los años de 2002-2003, he sido acogida por la Universidad de Granada, España y me encuentro con un panorama diferente, el tema es de una actualidad indiscutible, no sólo por la recomendación de la Unión Europea R(88) 18, sino por la necesidad político criminal de punir a las personas jurídicas(Contreras:2000a:93).

La Universidad de Alicante organizó, el 7 y 8 de noviembre del 2002, unas jornadas para discutir este tema, a la que asistieron importantes juristas como: la profesora Silvina Bacigalupo, los profesores Zugaldía y Jäkobs, entre otros. La discusión sigue siendo la que he planteado en su momento: responsabilizar (o no) penalmente a la persona jurídica; lo interesante es que España y Alemania están presentes en la discusión. Una discusión que tiene diversas vertientes: por un lado, elaborar toda una dogmática penal exclusiva para las personas jurídicas (ese derecho penal de dos velocidades de que habla Silva), y, por otro lado, fortalecer la responsabilidad administrativa de las mismas. El punto de acuerdo es que no podemos sustraernos a la necesidad de plantear soluciones en este debate.

Es indiscutible que el principio *societas delinquere non potest*, hoy, más que nunca, está en entredicho. La necesidad político criminal es evidente, la ola generalizada de delitos económicos y societarios a nivel mundial, es uno de los mayores motores en esta discusión\*\*.

---

\* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, es además investigadora nacional. Actualmente realiza un postdoctorado en la Universidad de Granada, España. Autora del libro: *La persona jurídica a la luz del Derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 2000, 169 p.

\*\* El Instituto Max Planck de Friburgo realizó un estudio que arrojó como resultado que el 80% de los delitos cometidos en los últimos tiempos en Alemania se realizaron en el seno de una empresa. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p.79.



Silvina Bacigalupo parte de una hipótesis por demás interesante y es que se pregunta por la naturaleza del sujeto que puede ser punible en el derecho penal. Afirma que no se trata tanto de establecer si los conceptos dogmáticos del delito son aplicables a la persona jurídica; sino más bien analizar si la persona jurídica es *sujeto de derecho penal*, indica:

...El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujeto individual; luego, se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables. (...) se trata de analizar, ante todo, cómo está concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuándo la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (imputada) con el mismo. (Bacigalupo:1998:32)

Se apoya en las ideas de Jäkobs y Luhmann, entre otros, para realizar su análisis. Y siguiendo a Zugaldía afirma que “la reinterpretación de la idea del sujeto conlleva la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de acción (como comportamiento humano), de culpabilidad (como juicio biopsicológico) y de pena (como castigo retributivo de la culpabilidad)” (Bacigalupo:1998:35). Afirma que, *sujeto* no es el que produce el resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el *deber de*. Así, apuesta por la reformulación del concepto de sujeto en el Derecho penal para incorporar a la persona jurídica como sujeto responsable penalmente.

La profesora Bacigalupo señala que los conceptos prejurídicos de que parte el Derecho penal (hombre, derecho, sociedad y pena) ya no son suficientes para las explicaciones dogmáticas del delito. Ello conlleva que las categorías de acción, culpabilidad y pena sólo giren en torno al sujeto individual. Por tanto, la conclusión que propone es:

...que el paradigma jurídico penal basado en la idea del individuo como punto de partida de las explicaciones dogmáticas ha ingresado en una fase de cambio y se encuentra en una profunda crisis por no permitir explicar ni dar solución a las numerosas situaciones a las que el Derecho penal se debe enfrentar, como lo es la imputación de injustos por personas jurídicas. Estamos entrando muy probablemente en un paradigma en el que el punto de partida lo constituye antes la idea de sociedad, que la de individuo. (Bacigalupo:1998:354).

Apoyándose en el modelo de Luhmann afirma que se da un reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa, introduce una estructura funcional constituida por sistemas de comunicación, que modifica la idea de acción individual por formas de imputación dentro de sistemas autorreferentes y autoproductivos. El nuevo paradigma concibe a la sociedad, ya no como un conjunto de acciones específicas, sino sobre la base del suceso universal de la comunicación. Ahora, el sujeto es “el sujeto del sistema y sus

comunicaciones con el mundo circundante”. El progreso de la sociedad implica la diferenciación en distintos sistemas sociales, entre los cuales se encuentra el derecho. “Evidentemente, la sociedad presupone a los hombres y a las acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad”, son sistemas autorreferentes, independientes. Los hombres no son parte de la sociedad, pertenecen a su entorno. (Bacigalupo:1998: 361-362)

En esta línea, Jakobs propone un funcionalismo jurídico, en el cual el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa; lo importante es la identidad de la sociedad reflejada en las normas y, no en la protección de los bienes jurídicos. (Contreras:2000b:204 p.)

Esto implica que el delito sólo se puede explicar desde un punto de vista comunicativo. El delito es una comunicación falsa. Un sujeto comunica una norma que en realidad no existe. Esta comunicación falsa es la que se debe imputar al sujeto competente. Ello conlleva, a su vez, que la función del Derecho penal sea el mantenimiento de la confianza en la norma. Desde este punto de vista, con la teoría de los sistemas comunicativos la pena ya no es un mal, porque lo que en definitiva pretende es dejar claro cuál es el contenido de la norma. (Bacigalupo:1998:362)

Bacigalupo sostiene que el sujeto del derecho penal debe ampliarse para dar cabida a la persona jurídica, sin por ello renunciar a los principios garantistas del Derecho penal, sino más bien para adecuarse a las nuevas condiciones de imputación del sistema complejo que conforma a la sociedad.

De nada sirve seguir persistiendo en el mantenimiento de viejos dogmas, si éstos no permiten ofrecer una solución a los conflictos sociales que el Derecho penal debe resolver en nuestra sociedad. (...) la ampliación de la idea del sujeto y el respeto de los principios del Estado de Derecho exigen también que se deba reconocer a la persona jurídica la titularidad de aquellos Derechos fundamentales que por su esencia puede ostentar... (Bacigalupo:1998:364).

En su tratado de Derecho penal, Roxin afirma que la “...acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica...” (Roxin: 1997:194). Es decir, el concepto de acción es un elemento límite en la teoría del delito, ya que de antemano excluye todo aquello que no es susceptible de enjuiciamiento jurídico penal como sucesos causados por animales o actos de personas jurídicas. Pese a todo, el propio Roxin ha planteado la necesidad de elaborar reglas especiales de imputación del hecho a la persona jurídica. (Zugaldía: 2002:432).

Por su parte, el profesor Zugaldía defiende la posibilidad de ampliar el ámbito de los sujetos del Derecho penal a las personas jurídicas, ya que ello constituye una necesidad político criminal de combate contra la delincuencia organizada en el ámbito del derecho penal económico. Afirma, por ejemplo, que la aplicación de penas a las personas jurídicas exige determinados criterios objetivos de imputación; como por ejemplo demostrar que “la persona física ha actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatuario,

que la acción de la persona física aparece en el contexto social como de la persona jurídica, que la persona física ha actuado en nombre e interés de la persona jurídica” (Zugaldía:2002:435).

Entre los autores que se inclinan a aceptar esta responsabilidad, se agrupan dos vertientes: por un lado, la posición de Jakobs, que afirma que las categorías dogmáticas del delito son igualmente válidas para personas físicas y jurídicas. La otra, más extendida, es aquella que establece la necesidad de crear categorías jurídicas *exclusivas* para personas jurídicas.

En esta línea se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar <acciones> (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que <se expresan> a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son –al mismo tiempo– <acciones de la persona jurídica>. Paralelamente se ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. No se trata de la culpabilidad bio-psicológica del órgano, sino una culpabilidad (orientada a categorías sociales y jurídicas) y que muy bien podría denominarse <culpabilidad por defecto de organización>. Desde este punto de vista, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al hecho de la empresa. (Zugaldía:2002:436).

Un hecho innegable es que cada vez más legislaciones aceptan la existencia de *delitos societarios* que se refieren a hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades. Así, en la legislación española bajo este rubro encontramos “...una serie de conductas punibles cometidas por los socios y los administradores de hecho o de derecho de las sociedades mercantiles, caracterizadas por llevarse a cabo en el ámbito de dichas sociedades y lesionar o poner en peligro el patrimonio individual de las mismas, de los socios o de terceros”. (Faraldo: 1996:40). Así que no es ocioso preocuparse por precisar los conceptos dogmáticos de estos tipos penales.

Sin duda, la elaboración de estos tipos penales obedece a una necesidad política criminal que no se encuentra exenta de dificultades, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad de los sujetos colectivos y la tutela penal de bienes jurídicos también colectivos, pero a la vez difusos. Es decir, se trata de:

...diseñar mecanismos de control externos del funcionamiento de las sociedades, con el fin de prevenir y evitar perjuicios que los comportamientos al interior de las sociedades produzcan daños a una serie de intereses colectivos como: la competencia, el mercado, los consumidores, la Hacienda Pública, los trabajadores, el sistema financiero, el mercado bursátil, etc. No estamos pues ante intereses privados o de grupo, sino ante la tutela final de una serie de bienes colectivos o supraindividuales, que podrían sintetizarse en el concepto

general de sistema económico o mercado, pero que de ninguna manera es posible aprehender de manera unívoca. (Zúñiga:2000b:43)

Zúñiga Rodríguez, afirma que lo más conveniente es “conceptuar un sistema sancionatorio para las personas jurídicas, similar al sistema dogmático concebido para las personas naturales, de naturaleza penal o cuasi-penal, según los casos.” (Zúñiga: 2000a: 25) Propone así, un doble sistema de imputación:

a)mantener el de la responsabilidad individual, para sancionar a los sujetos que se aprovechen de la cobertura de la empresa para realizar delitos; b) diseñar un sistema de imputación análogo para las personas jurídicas, similar al ya existente en la UE para la libre competencia, en el caso que se presente un injusto de la empresa misma, es decir, que produzca una dañosidad social evitable y que ésta sea imputable a toda la organización.

Con esto se logran dos objetivos: primero, responder a las demandas político-criminales de persecución eficaz a la criminalidad de empresa y organizada; segundo, plantear una respuesta económica sin desbordar las garantías del sistema de responsabilidad penal que hoy conocemos para las personas individuales; sino más bien, construyendo un sistema paralelo que también respete las garantías de imputación (penal o administrativa) para las personas jurídicas. (Zúñiga: 2000a: 242)

El problema fundamental es que sigue siendo necesario llegar a acuerdos mínimos de cómo construir un sistema de imputación penal colectiva y no sólo en el ámbito de la dogmática penal, sino fundamentalmente en el de la política criminal para lograr los fines de prevención y protección de bienes jurídicos dentro de un estado de derecho.

En este sentido, existe una diversidad de posiciones respecto de cuál es el camino a seguir en este tema y los cambios son cada vez más vertiginosos. Klaus Tiedeman nos indica que dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, los únicos que siguen rechazando la punibilidad de las personas jurídicas son España, Grecia, Alemania e Italia. Y, en estos dos últimos se observa un cambio de pensamiento hacia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas para ciertos campos del derecho penal. Ahora la discusión se centra en decidir si debe ser una auténtica responsabilidad penal o una sanción penal-administrativa. Al respecto, la Jurisprudencia alemana ha establecido una importante línea de discusión, ya que:

...el Tribunal Supremo alemán parte de que en el ámbito económico no son los socios de las empresas, sino las propias empresas las que <actúan>, y el Tribunal Constitucional alemán desde hace varias décadas ha declarado en un <obiter dictum>, que de la Constitución se entiende, sin ningún obstáculo, la culpabilidad de las personas jurídicas y otras asociaciones de personas construida sobre la imputación de la culpabilidad de las personas naturales. Conocido es también que el Tribunal de Casación francés ha seguido dicho camino en la interpretación de las nuevas disposiciones penales francesas, después de que con anterioridad algunos Juzgados de Instancia –siguiendo el

modelo angloamericano- había partido, para los delitos imprudentes de la posibilidad de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Esto último también es el punto de vista de quien suscribe, pues desde hace bastante tiempo defiende una imputación derivada, al lado de una imputación directa fundada en la culpabilidad propia de la empresa. Realmente, sin ninguna duda, como ha subrayado Miguel Bajo, la introducción de una responsabilidad criminal de las personas jurídicas va a suponer repensar toda la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, las categorías de acción y culpabilidad no plantean mayores dificultades de interpretación, como ha puesto de manifiesto la construcción francesa y también la antijuridicidad de la conducta de las personas jurídicas, puede interpretarse en base a las consideraciones del Derecho Civil... (Tiedemann: 2000: 16).

El también profesor alemán, Günter Heine explica que existen tres modelos básicos de responsabilidad penal de las empresas, que se sintetizan así: (Heine: 2001: 57 a 61)

A). Considerar el acto del órgano como acción incorrecta de la empresa, que se funda en la teoría clásica de la identificación: “una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella”. Sin embargo, este modelo es aceptable para pequeñas empresas con una jerarquía lineal, en las que el máximo responsable conoce íntegramente la competencia y la información; sin embargo, ya no es adecuada para los grandes desarrollos de las empresas actuales con una diferenciación funcional y división de tareas estratégicas y operacionales.

B). Organización deficiente de la empresa, la responsabilidad se basa en un deber de vigilancia, no se trata de un comportamiento personal errado, sino de una *culpabilidad de organización* que se presenta por una ponderación equivocada de los riesgos empresariales. Para determinar el deber de cuidado no se establece en base a personas individuales, sino a la función y capacidad de la empresa. Así que, ...”ya no se trata más de la acción o del dolo/culpa de un miembro de la dirección, sino del dominio de la organización y de la culpa/dolo colectivo de la empresa, en tanto conjunto de varias personas.”

C). Principio de causalidad, se renuncia a la prueba de los errores personales; es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para imputarle, como causante, determinados desordenes sociales. Basada en la idea de la sociedad del riesgo, en la cual el Estado asume el peligro de la operación de las empresas pero, a la vez, establece límites a su instalación y operación para minimizar los riesgos. Cuando las empresas traspasan esos límites, estatalmente establecidos, se genera su responsabilidad. La crítica es que cada vez menos es posible establecer de manera clara cuáles son los límites del riesgo permitido.

En relación a Italia, Paliero afirma que el problema es examinado teóricamente y el debate inicial se centra en la interpretación del artículo 27, inciso 1 de la Constitución italiana que expresamente señala que “la responsabilidad penal es personal”; sin embargo, a la luz de una interpretación restringida, la doctrina italiana considera que ello se refiere sólo a la prohibición de la responsabilidad por el hecho de otro, pero no a la posibilidad de la responsabilidad de las agrupaciones.

...recientemente, se insiste como <la voluntad de la sociedad no es un mito ni una ficción, sino una realidad concreta>. Esta voluntad se manifiesta en todo momento de la vida de la agrupación, desde las deliberaciones, de la administración a la dirección. Y esta voluntad colectiva puede cometer delitos como la voluntad individual: en conclusión, también las agrupaciones pueden obrar con dolo o culpa, fenómeno psíquico típico de las personas naturales. Salvo, evidentemente, con las diferencias de orden natural. (Paliero: 2001: 119)

En el derecho positivo francés se establecen dos vías: una responsabilidad indirecta de la persona colectiva, en este caso la agrupación no es sometida a proceso, sino únicamente condenada a pagar una multa. La otra es una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, que fue incorporada definitivamente en el Código penal francés de 1994. Así el artículo 121-2 establece que “Las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente...”. Los límites a esta imputación es que debe tratarse de agrupaciones con personalidad jurídica propia y que, expresamente se excluye al Estado.

Pese a todo siguen siendo importantes las discusiones en el ámbito dogmático y en la interpretación y aplicación de los preceptos legales, pues uno de los aspectos básicos de la responsabilidad colectiva es el elemento moral. Al respecto existen dos tendencias en Francia:

...de un lado, el elemento moral de la infracción (dolo o intención, culpa o negligencia) sólo es concebido en relación a una persona física, la misma que es la única capaz de un comportamiento reprochable. De modo que la persona jurídica es considerada incapaz de intención o culpa y, por tanto, sólo puede ser considerada responsable indirectamente (*par reflet ou par ricochet*). De otro lado, se estima, por el contrario, que la persona jurídica, por tener una vida propia, puede actuar ella misma con culpa, aún con dolo, distintos de la culpa o del dolo (elemento moral) de las personas físicas. (Pradel: 2001: 146).

En general, en Francia se plantea en la legislación una imputación directa de la persona colectiva, pero a nivel de interpretación, jurisprudencia y doctrina se sustenta una responsabilidad indirecta de la persona colectiva a partir de la cual, el dolo o la culpa, deben apreciarse en la persona de los individuos que conforman la colectividad.

### **Reflexión final:**

Los temas que hoy se discuten, sin duda, se insertan en los escenarios complejos, globales, de las sociedades actuales. Podemos tomar posición en torno a cuál es la mejor manera de enfrentar la problemática de la imputación penal de las personas jurídicas, lo que ya no se puede hacer es cerrar los ojos ante esta discusión.

- Un primer punto en este tema es establecer si el derecho penal es la vía idónea para enfrentar este problema; aquí, como ya lo he dicho en otra ocasión, las decisiones de política criminal nos han rebasado y cada vez más son las legislaciones que admiten la responsabilidad de las personas colectivas.

- ❑ Dentro del derecho penal existen dos vertientes: una, tratar de adaptar las categorías dogmáticas tradicionales a la imputación colectiva. Otra, elaborar un sistema de imputación específicamente para los entes colectivos. Las dos posibilidades, sin duda, implican un replanteamiento de los paradigmas tradicionales que han existido en el derecho penal.
- ❑ En este sentido, las posiciones aquí señaladas nos brindan puntos de reflexión ineludibles. La propuesta de que el análisis parta del sujeto de derecho penal nos muestra cómo en las raíces puede estar la solución. El buscar un sistema paralelo para entes colectivos sin menoscabo de las garantías penales, es también otra posibilidad.
- ❑ Por otro lado, en el tema de la responsabilidad penal colectiva es imprescindible precisar los aspectos fundamentales de dicha responsabilidad, como por ejemplo, lo relativo al dolo y la culpa, para establecer si se trata de una responsabilidad directa de la persona jurídica o, por el contrario, es una responsabilidad indirecta en la cual el dolo o la culpa es del sujeto individual, sólo que actuando en el seno de la agrupación. Me parece que lo más adecuado es esta segunda posibilidad que deberá completarse con la referencia a que, sin duda, la persona colectiva es sujeto de derecho penal.

## BIBLIOGRAFÍA:

- BACIGALUPO, Silvina.(1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 445 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca.(2000a) *La persona jurídica a la luz del derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 169 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca. (2000b) *La tutela penal de bienes jurídicos*, tesis doctoral, Universidad Veracruzana, México, 204 p.
- FARALDO CABANA, Patricia. (1996) *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 638 p.
- HEINE, Günter. (2001) “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, p.p. 49 a 72.
- PALIERO, Carlo Enrico. (2001) “ Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, p.p. 109 a 132.
- ROXIN, Claus. (1997) *Derecho penal (parte general)*, T I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trs. Luzón Peña, Díaz y García, de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1071 p.
- TIEDEMANN, Klaus. (2000) *Prólogo*, en Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, 265 p.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José M. Et. Al.(2002) *Derecho penal (parte general)*, Tirant lo blanch, Valencia, 966 p.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. (2000a) *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, 265 p.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2000b) “Los delitos societarios: entre las transformaciones del derecho penal y del derecho de sociedades”, *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, p.p. 39 a 50.



# El negocio jurídico procesal

Raúl de la Huerta Valdés\*

**SUMARIO:** Introducción. I. La teoría del acto jurídico. A. El hecho jurídico. B. El acto jurídico. C. Elementos esenciales del acto. D. Elementos de validez. II El negocio jurídico. A. Naturaleza. B. Requisitos esenciales del negocio. C. Elementos del negocio. III El acto jurídico procesal. A. Generalidades. B. El acto procesal en sentido estricto. C. El acuerdo procesal. D. El negocio procesal. Conclusiones.

## Introducción.

El tema central del presente trabajo es el llamado negocio jurídico procesal; sin embargo es pertinente, antes de abordarlo, exponer en dos apartados, aunque sea de manera somera, lo que entendemos por acto jurídico y precisar una idea sobre el negocio jurídico, para terminar con el tema escogido.

Consecuentemente, en el primer apartado tocaremos la teoría francesa del acto jurídico a partir del hecho en sentido amplio, como supuesto del derecho. En el segundo apartado explicaremos brevemente la teoría del negocio jurídico, tanto en su primera versión, la alemana, como en su evolución, considerando principalmente a la doctrina italiana. El apartado tercero tratará de analizar el acto procesal y lo que la doctrina considera como negocio procesal.

Por último, expondremos una conclusión personal que nos obliga a negar al negocio jurídico como acto procesal, estrictamente hablando.

## I. La teoría del acto jurídico

La escuela francesa, creadora de la teoría del acto jurídico, proporciona una visión completa y simétrica tanto del hecho, como del acto jurídico, cuya doctrina es recogida por el derecho mexicano y por sus códigos civiles entre los que se encuentra el veracruzano.

Existe abundante material en el tratamiento y explicación de esta doctrina y aunque se presentan algunas divergencias entre varios autores, toda vez que en líneas generales hay coincidencias, trataremos de resumir el pensamiento común, tomando como puntos de referencia para un planteamiento general y sintetizado, las opiniones de los franceses: Marcel Planiol<sup>1</sup> y Louis Josserand<sup>2</sup>; y de los mexicanos: Rafael Rojina Villegas<sup>3</sup> y Rafael de Pina<sup>4</sup>.

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Marcel Planiol, *Tratado elemental de derecho civil*, t. I, pp. 139 a la 172.

<sup>2</sup> *Derecho civil*, t. I, Vol. I, pp. 121 a 152

<sup>3</sup> *Derecho Civil Mexicano*, t. V, pp. 83 a 168.

<sup>4</sup> *Elementos de derecho civil mexicano*, Vol. I, pp. 261 a 296.

## **A. El hecho jurídico**

Todos percibimos en nuestro mundo exterior, multitud de fenómenos, acontecimientos, sucesos, que denominamos genéricamente “hechos”. Cuando estos hechos son observados y recogidos por el sistema normativo, se les considera hechos jurídicos, por la única razón de que van a producir efectos de derecho.

Toda visión jurídica tiene que partir de la existencia de conceptos fundamentales, sin los cuales el fenómeno es incompleto e incomprensible. Dos de estos conceptos jurídicos fundamentales son los supuestos jurídicos y las consecuencias de derecho. El supuesto jurídico es la hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de derecho; y éstas serán, por lo tanto, aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho.

El supuesto y el hecho tienen una íntima relación pero no deben confundirse, el supuesto jurídico pertenece al ámbito de las significaciones ideales, no tiene realidad fuera del simple enunciado normativo; en cambio el hecho, cuando sucede, permite que se realice la hipótesis normativa, penetra en el mundo real.

De la misma manera opera la consecuencia de derecho; mientras sólo existe el supuesto, la consecuencia permanece en el mundo jurídico ideal; en cuanto se produce el hecho, la consecuencia se materializa, penetra en el mundo fáctico y se presenta como efectos de derecho, esto es, produce la creación, la modificación, la transmisión, o la extinción de derechos, obligaciones o sanciones.

Colocado el hecho en el universo jurídico y explicada su relación con el supuesto jurídico y con las consecuencias de derecho, agregamos que todo lo anterior, es una explicación general del hecho jurídico en sentido amplio.

La doctrina francesa clasifica al hecho jurídico en sentido amplio, en dos grandes grupos: los hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos.

A su vez, los hechos jurídicos en sentido estricto son divididos en otros dos grupos: hechos jurídicos sin intervención de la voluntad humana o hechos de la naturaleza, y hechos jurídicos con intervención de la voluntad humana.

Los hechos jurídicos sin intervención de la voluntad humana son por regla general hechos naturales o de la naturaleza, como el movimiento de rotación de la tierra que produce el día, la noche y las horas; el movimiento de traslación de la tierra alrededor del sol que da lugar al calendario, a las estaciones, a las épocas de frío, de calor, de lluvia o de sequía, que van a producir efectos de derecho; pero también van a ser hechos jurídicos sin participación de la voluntad del hombre, otros producidos en el hombre aunque, como decimos, sin participar su voluntad: el nacimiento, la mayoría de edad, la muerte.

El otro grupo de hechos jurídicos en sentido estricto es aquel en que participa la voluntad del hombre, o su actividad para producir el hecho, pero sin buscar, sin desear las consecuencias de derecho. Este grupo, a su vez se subdivide en hechos voluntarios lícitos y

hechos voluntarios ilícitos. A los primeros corresponderían la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad objetiva; a los ilícitos corresponderían principalmente los delitos y los cuasidelitos, esto es, los ilícitos con dolo y los ilícitos por culpa.

A esta sencilla clasificación de los hechos jurídicos en sentido estricto, algunos autores agregan hechos involuntarios y hechos contra la voluntad. Como ejemplo de los primeros señalan los daños causados en estado de hipnosis, sonambulismo, cuando la voluntad está suspendida; y de los segundos, los daños causados por el hombre contra su voluntad, por una fuerza irresistible, como cuando es arrojado por un tornado o un huracán y causa daños con su cuerpo.

## **B. El acto jurídico**

Explicado ya el grupo de los hechos jurídicos en sentido estricto, nos queda por explicar los actos jurídicos, como una categoría diferente a la anterior. En el acto jurídico, el factor determinante es la voluntad, pero dirigida no sólo a producir el acto, sino también a provocar las consecuencias de derecho o efectos jurídicos, los cuales son deseados y buscados por la voluntad del hombre. Entonces el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se exterioriza precisamente con la intención de producir las consecuencias de derecho.

Pero no basta para la producción del acto, la manifestación de la voluntad y la intención de lograr las consecuencias de derecho, sino que, además, es necesario que estas consecuencias estén establecidas o permitidas en la ley y no prohibidas, por lo cual, los actos propiamente dichos son lícitos, y si resultasen ilícitos, dejarían de ser actos y se convertirían en hechos.

No consideramos necesario establecer clasificaciones de los actos jurídicos, en virtud de que rebasarían los objetivos del presente trabajo, por lo que preferimos hablar de sus elementos.

## **C. Elementos esenciales del acto**

El acto jurídico tiene dos diferentes clases o categorías de elementos: los llamados esenciales, y los de validez.

Los elementos esenciales son tres:

1). Una manifestación de voluntad, llamada también consentimiento, pero como éste supone un acuerdo de dos o más voluntades que se da sólo en los actos bilaterales o contratos, preferimos el término manifestación de la voluntad, para referirnos al primer elemento esencial del acto jurídico.

La manifestación de la voluntad puede ser expresa: cuando se exterioriza por medio del lenguaje ya sea oral, escrito o mímico, pero también puede ser tácita: esto es, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria o indubitable revelan el propósito determinante, aunque no se exteriorice al través del lenguaje.

2). Un objeto, de cuyo elemento debemos distinguir con precisión el directo del indirecto.

El objeto directo no es una cosa, es una conducta humana. Genéricamente el objeto directo del acto jurídico consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

En cambio, el objeto indirecto concreta y precisa la conducta y esto se observa con claridad en los actos jurídicos denominados contratos, de donde se desprenden obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, por cuya virtud, la prestación misma, el dar la cosa, el hacer o no hacer algo, representaría el objeto indirecto del acto jurídico.

El artículo 1757 del Código Civil de Veracruz establece que es objeto de los contratos, tanto la cosa que el obligado debe dar, como el hecho que debe hacer o no hacer, lo que ha dado lugar a que muchos consideren a la cosa y al hecho, objeto indirecto del acto jurídico, lo que es incorrecto. Es cierto que las prestaciones pueden tener como contenido cosas, hechos o abstenciones; pero la cosa o el hecho en sí mismos no son objeto ni aún de las obligaciones; consecuentemente “es siempre conducta humana la que es materia del régimen jurídico”.<sup>5</sup>

Forma parte también de los elementos esenciales, el reconocimiento que contenga la norma jurídica de los efectos deseados por el acto jurídico. De tal manera que si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de la voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho.

3). La forma cuando reviste el carácter de solemnidad, también es un elemento esencial del acto; sin embargo, pocos actos jurídicos revisten solemnidad y solamente citaremos al matrimonio como ejemplo.

Cuando falta alguno de los elementos esenciales, el acto es inexistente, lo que equivale a la nada jurídica y ningún efecto jurídico producirá.

#### **D. Elementos de validez**

Una vez dada la existencia del acto jurídico, por estar presentes los elementos esenciales, es necesario que esa existencia se perfeccione, es decir que la existencia sea completa a fin de que produzcan todos sus efectos jurídicos y a esto se le denomina validez del acto jurídico.

Los elementos de validez son:

- 1). La capacidad, que se refiere a la capacidad de ejercicio y no a la de goce.
- 2). Ausencia de vicios del consentimiento, es decir que se exprese una voluntad libre y cierta y que no esté viciada por error, dolo, violencia o lesión.
- 3). Licitud. Se refiere a que el acto jurídico tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos. A estas condiciones se les denomina licitud del acto jurídico y significan que los actos necesitan ser lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare y les permita producir todas sus consecuencias jurídicas; la ilicitud consiste en que el acto vaya en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres.
- 4). Un último requisito de validez consiste en que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas establecidas por la ley. A este elemento se le denomina formalidad del acto jurídico.

---

<sup>5</sup> Rafael Rojina Villegas, op. cit., T. I, pp. 332 a 333.

De faltar alguno o varios de los requisitos de validez, el acto no adquiere su existencia perfecta y aunque produce provisionalmente sus efectos, queda afectado de nulidad (absoluta o relativa) que al ser declarada lo invalida y dejan de producirse o se interrumpen los efectos jurídicos.

## **II. El negocio jurídico**

La teoría francesa sobre el acto jurídico influyó decisivamente en Francia y el resto de Europa, con excepción de Alemania e Inglaterra y, con el prestigio que adquirió, fue acogida por los países de América Latina, que tomaron como modelo el código de Napoleón. En México, los códigos civiles desarrollan esta teoría en su libro de obligaciones.

Sin embargo, como decíamos, en Alemania hubo una resistencia a la influencia francesa y se rechazó la propuesta de Tibault, en el siglo XIX, para copiar o adoptar el código de Napoleón y, con Savigny a la cabeza, los alemanes deciden crear su propio código civil, que entra en vigor el 1° de enero de 1900. Antes, Savigny prepara a un grupo de juristas que más tarde se conocerá como “los Pandectistas”, formado entre otros insignes juristas, por Windscheid, Puchta y Derbeng, quienes retomando el corpus iuris justiniano, elaboran el código alemán, modelo de técnica normativa.

Como contrapartida a la teoría francesa del acto, la escuela pandectista alemana, elabora la teoría del negocio jurídico, que más tarde es retomada por los juristas italianos en el siglo XX, enriqueciéndola como explicaremos líneas adelante.

La teoría del negocio, como es lógico, es ampliamente estudiada por los juristas alemanes e italianos y sólo en años relativamente recientes es abordada por algunos juristas mexicanos. En tal virtud, en su exposición, utilizaremos el pensamiento de Andreas Von Thur<sup>6</sup>, de Mario Rotondi<sup>7</sup> y de los mexicanos Rafael Rojina Villegas y José de Jesús López Monroy<sup>8</sup>, quienes también difieren en algunos aspectos de la teoría; pero en estos casos, tomaremos en cuenta sus coincidencias y no sus diferencias.

### **A. Naturaleza**

El negocio jurídico nace limitado al campo de derecho privado y se entiende como tal, un acto jurídico especial que consiste en una declaración de voluntad que se manifiesta libremente, dirigida a realizar efectos jurídicos; pero la voluntad adquirirá el rango de potestad y puede crear normas específicas tan obligatorias para las partes, como las creadas por el legislador. De ahí que la teoría otorga al particular una competencia que llama dispositiva, frente a la competencia del legislador y del juez, a la que denomina normativa. El particular tiene un espacio permitido por la ley para auto regularse, para disponer de sí mismo y crear sus propias normas obligatorias, como un reflejo, una parte, un ángulo de la potestad de la autoridad.

---

<sup>6</sup> *Derecho civil*, pp. 87 a la 129.

<sup>7</sup> *Instituciones de Derecho Privado*, pp. 117 a 153.

<sup>8</sup> *Negocio Jurídico, Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, I-O, p. 2187.

En este punto, tal vez sea necesario citar a Eneccerus<sup>9</sup>, quien afirma en relación con las normas de orden público, que existen normas prohibitivas y normas imperativas que son derecho forzoso, esto es, que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares; estas normas, agregamos nosotros, corresponden a las que se denominan de orden público. De lo anterior se desprende que existen otras normas que son permisivas y que abren el gran campo del negocio jurídico, en el cual va a brillar el señorío de la voluntad, su autonomía y su potestad. Entonces, el negocio se dará no en lo que está ordenado o prohibido por la ley, sino en el campo de lo permitido, en él se dará la autorregulación de los particulares, como una competencia dispositiva, para disponer libremente de su voluntad y en caso de conflicto, podría pedir a la autoridad que se cumpla con lo pactado, lo convenido, lo dispuesto por la voluntad de los particulares.

Así nace la teoría del negocio en Alemania en el siglo XIX, y al afirmar la voluntad del particular, le otorga la potestad de hacer o no el negocio jurídico, de actuar o no actuar potestativamente. Luego entonces, hasta ese momento, el negocio está reservado a los particulares; la autoridad no realiza negocios jurídicos, sólo cumple con sus atribuciones.

Más tarde en la tercera década del siglo XX, los juristas italianos desarrollan la teoría del negocio ampliando su aplicación al derecho administrativo y al derecho procesal, afirmando, en este último, que el acto procesal podrá ser un negocio jurídico y como consecuencia, el estado será un sujeto del negocio.

En cuanto a los efectos jurídicos buscados por la voluntad y creados por el negocio, señalaremos que son tres: la creación, la transmisión y la modificación de derechos y obligaciones; algunos autores agregan la extinción como efecto del negocio, pero excepcionalmente.

Aunque existen semejanzas entre las teorías francesa y alemana, acto y negocio, consistentes en que: ambas son formas de presentar el supuesto jurídico como conducta jurídicamente regulada y causa generadora de las consecuencias de derecho como efectos previstos por el legislador, además de que las dos nacen con motivo de su respectivo código civil, la francesa al comentarlo y la alemana al prepararlo; son contemporáneas relativamente en el siglo XIX y han influido poderosamente en el sistema de ley escrita, también observamos diferencias notorias: la francesa logra abarcar con la noción de hecho jurídico en sentido amplio, todo el universo del derecho, la alemana carece de tal pretensión y sólo logra dar una categoría al campo de lo potestativo del particular, siendo mas concreta; el pensamiento francés es eminentemente privatista y el alemán aunque nace en este campo, posteriormente penetra al derecho público; además la teoría francesa es simétrica, produce por pares, la alemana es unitaria, y por último, el acto contiene requisitos diferentes de existencia y de validez, cuya falta produce inexistencia y nulidad, respectivamente, en cambio el negocio estudia lo que llama requisitos esenciales que miran a la constitución al proceso formativo del negocio, cuya ausencia produce invalidez y que es la suma de los requisitos de existencia y de validez del acto y por otra parte habla de elementos del negocio que se refieren a su contenido mismo y cuya falta no necesariamente produce la invalidez, como explicaremos posteriormente.

---

<sup>9</sup> Cit pos Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, T. I, pp. 258 a 261.

## **B. Requisitos esenciales del negocio**

La teoría italiana<sup>10</sup> distingue a los requisitos del negocio por una parte y por otra, los elementos del mismo.

Llama requisitos esenciales o constitutivos aquellos indispensables para su constitución, para la formación del negocio jurídico.

Desde este punto de vista establece como requisitos esenciales los siguientes:

1. La declaración de voluntad.
2. Causa de la declaración o del negocio.
3. Objeto del negocio.
4. Forma de la declaración, cuando la ley establezca.

Al estudiar la manifestación de la voluntad, la doctrina le agrega la capacidad de obrar.

Por causa del negocio, entiende el motivo, el móvil necesario y suficiente para que la voluntad se forme y se manifieste, agregando que la causa debe ser lícita, ya que la ilicitud afecta la validez del negocio.

El objeto será un fin, considerándolo como la meta a la que tiende la declaración de la voluntad y que va a determinar la propia voluntad, la cual deberá estar exenta de vicios como el error, el dolo y la violencia.

En cuanto a la forma, como signo externo de la declaración de la voluntad, será la que determine la ley en cada negocio concreto.

La falta de algunos de los requisitos esenciales producirá no la inexistencia pero sí la invalidez del negocio.

## **C. Elementos del negocio**

Hemos examinado ya requisitos que se refieren al proceso formativo de la voluntad, a la constitución misma del negocio, ahora, al examinar los elementos, nos referimos al contenido de la declaración de voluntad, dicho en otras palabras, al contenido del negocio jurídico.

La doctrina distingue elementos esenciales, naturales y accidentales.

Se llaman elementos esenciales, aquellos necesarios, indispensables para que el negocio exista. Pero debemos entenderlo bien, si faltan elementos esenciales, no existe el negocio concreto, el determinado y querido por las partes, pero puede existir eventualmente otro negocio jurídico plenamente válido. Por ejemplo, elemento esencial de la compra venta es la transmisión de la propiedad y el pago del precio, si a la transmisión de la propiedad de una cosa, se acompaña recíprocamente y a título de compensación la transmisión de la propiedad de otra cosa, no existe compra venta, pero sí una permuta, y el negocio es válido; si se transmite la propiedad de una cosa sin obligación de pagar el precio ni la de restituir, no existirá venta ni mutuo, pero sí existirá una donación. En estos casos habrá negocio válido si ha sido válida la declaración de voluntad.

---

<sup>10</sup> Mario Rotondi, *op. cit.*, pp. 124 y sigs.

Los elementos naturales, son aquellos que el ordenamiento jurídico presume ligados a un determinado negocio, por ejemplo, en el contrato de compra venta, generalmente se acompaña a la transmisión de la propiedad garantía por vicios ocultos o por evicción de la cosa, estos elementos están comprendidos o asociados al negocio jurídico; sin embargo, por voluntad de las partes pueden excluirse del negocio sin perder éste su validez, esto es, la autonomía de la voluntad permite asentar o expulsar del negocio cualquier elemento natural, sin afectar su validez.

Por último los elementos accidentales, son todos aquellos que pueden libremente agregarse al negocio por la voluntad de las partes sin afectar la validez o la naturaleza del negocio. Esta es la veta más rica del negocio y son tantos los elementos accidentales que pueden agregarse, como lo permita la creatividad o la imaginación de las partes. A manera de ejemplo, podemos citar como elementos accidentales típicos, los relativos al término, a la condición y al modo.

### **III. El acto jurídico procesal**

Aunque la literatura en derecho procesal es riquísima, no sería necesario para los fines del presente trabajo exponerla con amplitud. Consecuentemente, sólo resumiremos parcialmente, el pensamiento de tres ilustres procesalistas: Giuseppe Chiovenda<sup>11</sup>, Francesco Carnelutti<sup>12</sup> y Hugo Alsina<sup>13</sup>, de indiscutible influencia en el desarrollo de las teorías procesales modernas, para tratar el tema del acto jurídico procesal y el negocio procesal, con el agregado de que, los tres, con diferentes razones, aceptan la existencia del negocio en el proceso.

#### **A. Generalidades**

El acto jurídico procesal, como el acto jurídico material en el derecho privado, nace con una manifestación de voluntad; sin embargo, si bien el segundo se puede entender y dar autónomamente, esto es, con la simple manifestación de voluntad, el primero, el procesal, no puede darse ni entenderse sin la relación jurídica procesal.

Esta relación procesal es un vínculo jurídico que une a las partes con el juez, cuya naturaleza pertenece al derecho público y se va a crear dentro de un proceso, institución también del derecho público. Nace con la demanda y se perfecciona con el emplazamiento, prolongándose en diferentes instancias y terminará con el último acto de ejecución de la sentencia. Consecuentemente, la relación jurídica procesal no es algo estático, sino dinámico, que va desenvolviéndose al través de los procedimientos y las diferentes etapas del proceso hasta su terminación.

Ahora bien, las partes y el juez, van a realizar en el proceso, una serie de actos jurídicos que lo dinamizan y permiten su desarrollo, y cuando tales actos jurídicos influyen en la relación jurídica procesal, se denominan actos jurídicos procesales.

---

<sup>11</sup> *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, Cárdenas editor, La Mesa, Baja California, México, 1989, pp. 131 a 191.

<sup>12</sup> *Estudios de derecho procesal*, Vol. I, pp. 507 a 563.

<sup>13</sup> *Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial*, T. I, pp. 603 a 760.



Consecuentemente, para que los actos se califiquen de procesales, no basta que se realicen en el proceso, sino que requieren además que tengan influencia en la relación procesal. Como un acto jurídico realizado en el proceso que no tiene influencia en la relación, podríamos citar un mandato judicial otorgado por el actor o por el demandado, para que el mandatario lo represente en juicio, cuyo acto, siendo jurídico, no es procesal en virtud de que no influye en la relación procesal, que sigue siendo la misma entre el actor, el demandado y el juez, aunque los dos primeros o alguno de ellos, tengan un representante.

Agregaremos que los actos jurídicos procesales deben ser lícitos, ya que todos tienen soporte jurídico en la ley que los regula y por lo general, las leyes procesales son de orden público al contener disposiciones imperativas y también prohibitivas.

Consecuentemente, los actos procesales son manifestaciones de voluntad de naturaleza jurídica y sus efectos son: constituir, conservar, impulsar, modificar o cesar una situación jurídica en la relación procesal.

Los actos procesales, por su origen, pueden dividirse en actos de las partes y en actos del órgano jurisdiccional. Esta división da lugar a tres grupos de actos procesales: actos de postulación, actos de decisión y actos de instrucción, según estén a cargo de las partes, del juez, o del personal judicial o auxiliares del juez.

Los actos de las partes o de postulación, pueden ser realizados por el actor o por el demandado; principal acto de aquél será la demanda, y de éste, la contestación; sin embargo los actos de parte no se reducen a la demanda y a la contestación, ya que toda vez que a las partes corresponde, fundamentalmente, la afirmación de los hechos y la aportación de pruebas, la ley señala una serie de requisitos que deben llenar los libelos de afirmación o negación de hechos, y determina los medios de prueba de que se valen los contendientes para demostrar la verdad de sus afirmaciones, para lo cual, las partes deben realizar una actividad que se traduce en múltiples actos procesales de postulación. Estos actos son unilaterales porque dependen de la sola manifestación de voluntad del actor o del demandado quienes solamente piden o se oponen.

Los actos de decisión provienen del juez, siendo el prototipo la sentencia en donde el juzgador ejercita a plenitud la función jurisdiccional, resolviendo el fondo de la controversia planteada por las partes. Pero la sentencia no es el único acto procesal de decisión, sino que surgen en el proceso múltiples actos decisorios, en los que el juez decide sobre las diversas peticiones de las partes u otros que aunque no sean peticiones de parte, debe decidir el juez para regular el proceso y la relación procesal. Todos estos actos procesales son también unilaterales ya que requieren la sola voluntad del juez, para producir efectos.

Por último los actos de instrucción, son aquellos que requieren la voluntad de las partes, ambas, del juez y de sus auxiliares, secretarios o notificadores, para producir efectos jurídicos. Estos actos de instrucción son por lo tanto, plurilaterales.

Desde otro punto de vista los actos procesales pueden pertenecer a tres categorías diferentes: actos jurídicos procesales en sentido estricto, acuerdos procesales y negocios procesales, cuyo tratamiento haremos por separado.

## **B. El acto procesal en sentido estricto**

Estos actos contienen manifestaciones de voluntad del emitente, pero sujeta a la voluntad también de la ley; significan el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, ambos derivados o establecidos en la ley. La demanda, la contestación, el ofrecimiento de pruebas, las notificaciones, las sentencias, los autos, son manifestaciones de voluntad, pero sujetos a las prevenciones de normas procesales reguladoras, tanto cuando son derechos ejercidos por las partes, como cuando son cumplimiento de deberes a cargo del órgano jurisdiccional.

Además, todas estas manifestaciones de voluntad influyen en la relación jurídica procesal porque tienden a constituirla, a conservarla, a impulsarla, a modificarla o a producir la cesación de la misma.

Todos los actos procesales de postulación, de decisión y de instrucción, son actos jurídico procesales en sentido estricto, que me atrevo a llamar verdaderos actos procesales.

## **C. El acuerdo procesal**

Una segunda categoría de actos procesales, está reconocida por la doctrina en los denominados acuerdos procesales que se dan cuando coinciden dos actos procesales de cada una de las partes, no en un convenio, sino en la simple coincidencia de actos por el mismo interés. Ejemplo de acuerdo procesal, sería la determinación de documento indubitado por ambas partes para un cotejo de otro documento dubitado; y también podría ser la coincidencia en la designación de un sólo perito en el juicio.

## **D. El negocio procesal**

Por influencia de la doctrina italiana, se ha formado un grupo o categoría de actos procesales, denominados genéricamente negocio procesal.

Incluye esta categoría, aquellos actos en el proceso que requieren un acuerdo de voluntades para constituir un derecho en el proceso.

Mientras en el acto procesal en sentido estricto, por regla general basta la manifestación de una voluntad individual, en el negocio procesal se requiere la concurrencia y la coincidencia de dos voluntades; esto es, un acuerdo de voluntades que significa un convenio, como en el negocio privado.

Examinando los casos que la doctrina considera como negocios procesales, nos ayudaremos a emitir un punto de vista personal.

La teoría italiana llama negocios procesales al compromiso arbitral, a la prórroga de la competencia y a la transacción.

En cuanto al primero, la ley permite que las partes se pongan de acuerdo y sometan sus diferencias o controversias, a una decisión arbitral, antes del juicio, durante el juicio o después de dictada la sentencia siempre que la conozcan los interesados. Pero en todos los casos de arbitraje, aún durante el juicio, el compromiso arbitral surge de un acuerdo de voluntades que es un negocio jurídico, un contrato en el que las partes se ponen de acuerdo en someterse al árbitro, que no es juez; luego entonces hay una relación jurídica entre las partes surgida del convenio, pero no hay relación procesal porque no hay vínculo con juez

alguno. El compromiso del sometimiento al árbitro nace del contrato, y es obligatorio, en la medida en que las partes dispusieron someterse, no porque la ley los haya obligado. La excepcional intervención del juez en el arbitraje, no es la de sentenciar, acto jurisdiccional y procesal, sino solamente, la de ejecutar el laudo arbitral, una vez que el árbitro lo haya notificado a las partes, lo cual tampoco califica al procedimiento como procesal.

En la ejecución es claro que habrá una serie de actos procesales, pero de ninguna manera pueden confundirse en el compromiso arbitral, por lo cual este último no puede calificarse como negocio procesal.

Lo mismo sucede con la prórroga de la competencia que se da cuando las partes, en un acuerdo de voluntades deciden someterse a un juez cuya competencia territorial está fuera de la natural conforme a la ley. Este acto jurídico no influye en la relación jurídica procesal que se va a dar entre las mismas partes y el juez prorrogado, porque la relación procesal es la misma y permanece intocada, por lo cual tampoco es un acto procesal en sentido estricto.

Por último, la transacción es un contrato regulado por el código civil por medio del cual las partes, haciéndose mutuas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. Es cierto que un juicio puede terminar con una transacción, pero no es un acto procesal, sino un contrato celebrado para terminar un proceso cuyo contrato o convenio sí es un negocio, pero de carácter privado y no procesal. También es cierto que el convenio de transacción será aprobado por el juez, sin embargo, esta intervención judicial no le otorga el carácter de acto procesal porque se limita a sancionar la transacción, sin resolver controversia alguna, porque la controversia está ya resuelta por el contrato de transacción.

Por las razones que hemos dado, creemos que los llamados negocios procesales, son negocios jurídicos, pero no actos procesales en sentido estricto, por lo cual ponemos en duda la denominación de negocio jurídico procesal.

## **Conclusiones**

Primera. El negocio jurídico es una libre manifestación de voluntad, o de varias, para producir efectos jurídicos deseados y buscados pero además, permitidos por la ley.

Segunda. El llamado negocio procesal, no es un acto jurídico procesal en sentido estricto, en virtud de que, aunque produce efectos jurídicos deseados por las partes, no influyen en la relación jurídica procesal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial*, segunda edición, t. I, parte general, Ediar editores, Buenos Aires, 1963.

CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, tr. De Santiago Sentis Melendo, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1952.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, tr. E. Gómez Orbaneja, Vol. III, Cárdenas Editor, La Mesa, Baja California, México, 1989.

DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, novena edición, Ed. Porrúa, México, 1978, Vol. I.

JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, tr. de Santiago Cunchillos y Manterola de la 3ª ed. Francesa, Ediciones Jurídicas, Europa América, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1952, t. I, Vol. I.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Negocio jurídico, Diccionario jurídico mexicano*, Editorial Porrúa, sexta edición, t. I~O, México, 1993.

PLANIOL, Marcel, *Tratado elemental de derecho civil*, tr. José M. Cajica, de la 12ª ed. Francesa, Editorial Cajica, Puebla, Puebla., México, s.f., t. I, Introducción, familia matrimonio.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tercera edición, Ed. Porrúa, México, t. V, Obligaciones.

ROTONDI, Mario, *Instituciones de derecho privado*, tr. Francisco Villavicencio, de la 4ª ed. Italiana, Editorial Labor, Barcelona, 1953.

VON THUR, Andreas, *Derecho civil*. Parte general, tr. Wenceslao Roces, Antigua librería Robledo de José Porrúa e hijos, México, 1945.

# Los Principios Penales

Maestra María del Pilar Espinosa Torres.\*

SUMARIO: Introducción. 1. Los principios penales según Luigi Ferrajoli. 2. Los principios penales según Eugenio R. Zaffaroni. 3. Los principios penales según Moisés Moreno Hernández. 4. Reglas y Principios. Conclusiones.

*¿Cuáles son los principios en materia penal?, ¿Cuál es su naturaleza?, ¿Cuál es la su función dentro de los sistemas jurídico-penales?. Estas son las principales preguntas que se pretenden resolver en este trabajo, a fin de que el lector pueda decidir si el sistema penal mexicano respeta los principios señalados por la doctrina como requisitos mínimos de respeto a los derechos humanos y puede, por lo tanto catalogarse como Estado de derecho, o si por el contrario predomina la tendencia hacia un estado autocrático.*

## Introducción

La expresión “Principios jurídicos” o “principios generales del derecho” se ha usado y se usa con diversos sentidos.<sup>1</sup> Algunos de ellos son:

- a) Norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico. Ej. Principio de igualdad constitucional, Artículo 4º, Constitución Mexicana.
- b) Norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma, aplicarla o interpretarla. Ej. Artículo 14 constitucional.
- c) En el sentido de *regula iuris*, esto es, de un 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 en el derecho positivo. Ej. de principios expresos: Artículo 133 constitucional. Ej. de principios implícitos: el legislador racional.
- d) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. En las constituciones se encuentran muchos de estos casos, por ejemplo artículo 25, fracs. VII y VIII de la Constitución mexicana.

Manuel Atienza, citando a Dworkin señala la tendencia de la teoría del derecho contemporánea que sostiene que un sistema de derecho positivo no está integrado únicamente por normas (y definiciones) sino también por principios o enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos (directrices) y

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-19.

exigencias de justicia, equidad y moral positivas (principios en sentido estricto). Estos enunciados no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa el significado de las normas del sistema. Posteriormente volveremos sobre esta distinción con la finalidad de clarificar la naturaleza de los principios penales según la doctrina extranjera y nacional.

En este trabajo haremos una exposición de lo que respecto a los principios penales dicen un autor italiano, otro argentino y uno más, mexicano. Después relacionaremos esto con la teoría sobre la naturaleza de los principios del derecho en general para tratar de clarificar lo relativo a los principios penales.

## 1. Los principios penales según Luigi Ferrajoli.

Para desarrollar este tema recurriremos en primer lugar a Luigi Ferrajoli.<sup>2</sup> Este autor construye un modelo denominado garantista en el cual a través de axiomas o principios se enuncian diez garantías necesarias para fincar la responsabilidad penal.

Los seis primeros son garantías sustantivas penales:

- A1. *Nulla poena sine crimine.*
- A2. *Nullum crimen sine lege.*
- A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
- A4. *Nulla necessitas sine injuria.*
- A5. *Nulla injuria sine actione.*
- A6. *Nulla actio sine culpa.*

Los últimos cuatro son garantías procesales.

- A7. *Nulla culpa sine indicio.*
- A8. *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9. *Nulla accusatio sine probatione.*
- A10. *Nulla probatio sine defensione.*

Es necesario aclarar que según Ferrajoli debe distinguirse entre garantías primarias o derechos fundamentales como límites al poder público y garantías secundarias, los recursos necesarios para hacer efectivas las primeras.

El modelo incluye once términos: delito, ley, necesidad, lesión, conducta, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada uno designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro de un modelo de derecho penal. Si se dan todas las condiciones estaremos en presencia de un modelo de estado **garantista**, también denominado **cognitivo, de estricta legalidad o de derecho penal mínimo**. Enunciarían esos términos condiciones de la responsabilidad penal. Axioma es la implicación entre cada término y los posteriores que prescriben lo que debería ocurrir. Es un modelo ideal. Cada axioma constituye una garantía. La función específica de las garantías en el derecho penal no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular, o sea deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.

Luigi Ferrajoli es filósofo del derecho, por ello remite a términos que conviene recordar en esta parte. AXIOMA. Es un principio que por su dignidad misma, por ocupar cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe estimarse como verdadero. Según Aristóteles principios evidentes que constituyen el fundamento de una ciencia. Proposición

---

<sup>2</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 3ª ed, Madrid, 1998, en especial pp. 91-115.

irreductible que no necesita ser demostrada. En cambio el TEOREMA es una Proposición que puede ser demostrada y no es evidente. TESIS. Es la proposición o afirmación de una doctrina sostenida con argumentos, por lo general es contraria a lo aceptado por la teoría dominante. CONNOTACIÓN. Alude al significado, comprensión o intención de los términos y DENOTACIÓN es sinónimo de extensión. A través de los conectores básicos, negación, conjunción, disyunción e implicación de los diez axiomas se derivan muchas tesis y teoremas en la construcción de ese autor.

El modelo garantista define las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Proviene dichas reglas del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que lo concibe como principios políticos morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Han sido incorporadas a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno estado de derecho.

Los principios A1, A2 y A3 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo castigar? Expresan las garantías relativas a la pena. Los A4, A5 y A6 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo prohibir? Y expresan las garantías relativas al delito. Los principios A7, A8 A9 y A10 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo juzgar? Y expresan las garantías relativas al proceso.

El principio A3 es el que caracteriza el modelo garantista. El axioma A2 es el principio de mera legalidad, vigencia o existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sea su contenido. El principio A3 es, en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes. Se dirige al legislador, el otro se dirige a los jueces. En este punto es necesario preguntarse ¿a quién se dirigen las normas? Con posterioridad volveremos a este punto.

Los modelos teóricos del derecho penal resultan de la inclusión de todos o parte de estos principios, siendo el sistema garantista aquel ordenamiento penal concreto que incluya todos los términos de esa serie, enunciados en esos diez axiomas, máximas o principios axiológicos. Sin embargo, el modelo es un límite ideal, solo tendencial y nunca perfectamente satisfecho. Por eso es posible elaborar teóricamente una tipología de los sistemas punitivos según los axiomas garantistas que adopten o supriman. La palabra **Garantismo** tiene varias acepciones, una de ellas es la de modelo normativo de derecho o modelo de estricta legalidad, propio del Estado de Derecho.

Resultan así los siguientes modelos:

## **MODELOS DE PROCESO PENAL AUTORITARIO.**

S1. Sistema sin prueba y defensa o de mera legalidad y mera jurisdiccionalidad. Por ejemplo, durante el estalinismo se tipificaban delitos contra “los enemigos del pueblo”. Igual son todas las figuras de delito cuyos elementos constitutivos están formulados en términos extremadamente valorativos y polisémicos. Se suprimen los axiomas A9 y A10.

S2. Sistema sin acusación separada. (inquisitivo). Se sustrae el axioma A8 sobre la imparcialidad del juez y sobre su separación de la acusación. Aparece en todos los ordenamientos en los que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones judiciales. Ejemplos. Exclusión de la defensa en el periodo de averiguación previa, inversión de la carga de la prueba en algunos delitos, prácticas que han hecho posibles las normas premiales a favor de cuantos colaboran o pactan con la acusación.

## **MODELOS DE DERECHO PENAL AUTORITARIO.**

S3. Sin culpabilidad. Se suprime el axioma A6

Doctrinas y ordenamientos que privilegian la defensa social, figuras de responsabilidad objetiva presunta o sin culpa.

S4. Sin acción. Se suprime el axioma A5

S5. Sin ofensa. Se suprime el axioma A4.

Estos últimos dos sistemas son subjetivistas. Reprimen no tanto o no sólo comportamientos determinados sino actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento más allá de su exteriorización en manifestaciones delictivas concretas. Aquí se ejemplificaría con las leyes raciales o la persecución de brujas y herejes, el modelo nazi de “tipo normativo de autor” o el positivista de criminal nato. Lo mismo en los delitos de peligro abstracto, delitos de asociación, delitos de opinión, delitos de sospecha. Sustancialismo y subjetivismo alcanzan las formas más perversas en el llamado derecho penal de autor en el que sus normas disponen medidas punitivas contra los ociosos, vagabundos, proclives a delinquir. Al respecto, puede recordarse las normas sobre vagancia y malvivencia, hasta hace muy poco vigentes en México o las referencias a la peligrosidad social de nuestro código penal veracruzano. Igualmente las macro instrucciones contra la criminalidad organizada a nivel federal.

S6. Sin necesidad. Se suprime el axioma A3. La necesidad es un criterio de política criminal. Este sistema se caracteriza por la presencia de prohibiciones y penas superfluas, en contraste con las razones de utilidad individual y colectiva que justifican el derecho penal; de prohibiciones penales injustificadas por no estar establecidas para la tutela de ningún bien jurídico o por poder ser convenientemente sustituidas con prohibiciones civiles o administrativas; de penas injustificadas por ser excesivas, no pertinentes o desproporcionadas respecto de la relevancia del bien jurídico tutelado.

## **MODELOS PUNITIVOS IRRACIONALES.**

S7. Sin delito. (Ej. prisión preventiva)

S8. Sin juicio. Sistema policial.

S9 Sin ley. Sistema del cadi o príncipe.

Esta tipología de los posibles modelos teóricos servirá para explicar y valorar los distintos sistemas penales concretos tanto en su dimensión normativa como en su efectivo funcionamiento y por ello nos permite identificar sus perfiles de irracionalidad, de injusticia y de invalidez. De acuerdo a lo anterior ¿cómo es nuestro sistema jurídico mexicano?

## **DERECHO PENAL MÍNIMO.**

Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal concretos oscilan entre dos extremos opuestos identificables con el carácter condicionado o incondicionado, limitado o ilimitado del poder punitivo. El modelo garantista presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones identificadas como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal. Es sinónimo de estado de derecho, entendido como aquél ordenamiento en que el poder público y específicamente el penal, está rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustantivo y procesal.



Los otros sistemas configuran sistemas de control penal propios del estado absoluto o totalitario, carentes de límites y condiciones. Estos dos extremos son llamados por Ferrajoli, derecho penal mínimo y derecho penal máximo.

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza. Existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, la verdad formal.

El criterio del *favor rei* es la norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón, al no sólo permitir sino exigir intervenciones potestativas y valorativas de exclusión y atenuación de la responsabilidad penal cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio se refieren instituciones como la presunción de inocencia del imputado, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio de *indubio pro reo*, la analogía *in bonam partem*.

El modelo del derecho penal máximo, a la inversa, es incondicionado, ilimitado, se caracteriza además de su extrema severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas. Se configura como un sistema de poder no contrastable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación.

La síntesis anterior del modelo garantista de Ferrajoli nos permitirá contrastar el sistema penal mexicano. En la actualidad se insiste en la frase *Estado de derecho*, sin que pueda entenderse muy bien su significado. Después de leer lo que afirma este autor, podemos contestar claramente su sentido en el área penal, misma que se opone diametralmente al estado totalitario o estado de policía. Ambos paradigmas son referidos por la mayoría de autores contemporáneos.

Ferrajoli es, junto con Alessandro Baratta, expositor de una tendencia en el derecho penal denominada de *derecho penal mínimo*, en la cual juegan un papel preponderante los principios penales que el segundo autor considera requisitos mínimos de los derechos humanos a través de los cuales se articula a nivel de ley la política de mínimo respeto de esos derechos. Los clasifica en dos grandes grupos: intrasistémicos y extrasistémicos, siendo los primeros los que indican los requisitos indispensables para la introducción y mantenimiento de las figuras típicas en la ley y los segundos aquellos referidos a los criterios políticos y metodológicos para la discriminación y construcción alternativa del sistema penal de los conflictos y problemas sociales.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Alessandro Baratta, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", *Capítulo criminológico*, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1985, pp. 81-99

## 2. Los principios penales según Eugenio R. Zaffaroni.<sup>4</sup>

Este autor, retomando a Baratta, hace una clasificación de los principios penales en tres grupos. Hago unas ligeras modificaciones a la misma, así como sustitución de algunos términos.

### **I. Los que constituyen el conjunto de manifestaciones particulares del general principio de legalidad o de máximo de legalidad. Aquí se incluyen:**

1. Principio de legalidad formal (promulgación acorde con las normas constitucionales tanto de ley penal como de leyes especiales y delitos contenidos en leyes administrativas)
2. Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa.

Este principio se ve gravemente lesionado cuando se descodifica, cuando los límites legales no se establecen claramente, cuando se prescinde del verbo típico, o las escalas penales tienen una amplitud inusitada, se remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión. La solución propuesta por Zaffaroni sería solicitar la inconstitucionalidad o bien la aplicación por parte del juez de este principio que se manifiesta también mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*. Encontramos la anotación respecto a que en China actualmente se permite esta interpretación.

3. Principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido. Ej. La palabra *Reproducción* en delitos contra la propiedad intelectual implicaba el mismo procedimiento original, años después es posible reproducir por varios modos diferentes, por lo cual dicho término debe interpretarse de manera diversa.
4. Irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del estado de derecho.

Esto implica la proscripción de la ley *ex post facto* con la excepción al efecto retroactivo de la ley penal mas benigna.

Para la aplicación de estos y los siguientes principios es necesario constatar su inclusión en las constituciones nacionales y leyes secundarias, pero también hay que remitirse a los documentos internacionales, suscritos, ratificados y publicados por México. Ej. Pacto Internacional de derechos políticos, económicos y sociales o la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

### **II. Principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos.**

Los principios de este grupo son:

1. Principio de lesividad.
2. Principio de proporcionalidad mínima.
3. Principio de intrascendencia.
4. Principio de humanidad. (art. 22 de la Constitución mexicana)
5. Principio de prohibición de doble punición.

Este principio es diferente del procesal *ne bis in idem*. La prohibición de doble punición se viola cuando a) la administración impone multas, cesantías, exoneraciones, inhabilitaciones; b) cuando las personas sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del estado en la investigación o represión

---

<sup>4</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal, Parte general*, México, Porrúa, 2001.

del delito cometido; c) cuando las personas que pertenecen a pueblos indígenas con culturas diferenciales tienen su propio sistema de sanciones y de solución de conflictos. En todos estos casos de imponerse una sanción tendría que descontarse la aflicción sufrida o el tiempo de esa pena. Finalmente el

6. Principio de buena fé y *pro hómine*.

### III. Principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del estado de derecho.

1.Limitaciones a la criminalización primaria. Dirigido al poder legislativo respecto a leyes aprobadas sin amplio debate, consulta o elaboración responsable. Se propone que el Poder Judicial interprete leyes innecesarias como podría ser tipificar la omisión de pago de un servicio público. El estado de policía encerrado y acotado por el estado de derecho multiplica las intervenciones punitivas. Con ello se pierde racionalidad y el segundo se debilita en su función de pacificación social.

2.Principio de depuración histórica.

Los tipos penales (criminalización primaria) surgen en determinado momento histórico y son consagrados por legisladores que participan de determinado contexto cultural y de poder. Los condicionantes cambian rápidamente pero los tipos quedan, y además son copiados por códigos de otros países que nada tienen en común con el contexto originario.

Zaffaroni indica lo necesario que es investigar esa procedencia y su adecuación a determinada legislación para que el poder judicial la interprete.

3. Principio de culpabilidad (de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado) y de exigibilidad. Estos principios se refieren a requisitos de la teoría del delito. Cfr. artículos 14, 18 y 20 fracciones XI y XII del Código Penal de Veracruz.

### 3. Los principios penales según Moisés Moreno Hernández

La mayoría de autores mexicanos se refieren brevemente a los principios como auxiliares en la interpretación penal <sup>5</sup> o bien señalan de manera enunciativa los principios penales, con énfasis en el de legalidad expresado con la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Derivados del anterior se alude a la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable y la prohibición de analogía. Se incluye también la intrascendencia de la pena y el principio de humanidad y el principio de mínima intervención penal. A pesar de ser explícitos no se elabora una sistematización como las anteriores.<sup>6</sup> Un autor que sí intenta una construcción teórica es Moisés Moreno Hernández.<sup>7</sup>

Hemos tocado el tema de los principios penales según dos autores, uno italiano y otro argentino. Veremos ahora lo que al respecto nos dice este distinguido penalista mexicano, doctorado en Alemania y actualmente radicado en México. Él expone que son “ciertos principios fundamentales que implican limitaciones al ius puniendo estatal y

<sup>5</sup> Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 12ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 171.

<sup>6</sup> Por todos, Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano*, México, F.C.E. Colecc., de Política y derecho, 1993, pp. 23-30.

<sup>7</sup> Moisés Moreno Hernández, “Principios rectores en el Derecho Penal Mexicano”, *Criminalia*, Año LXIV, no. 3, México, sept, dic. de 1998, pp. 141-184.

garantía de los derechos de los individuos”. Sólo se refiere a los principios penales sustantivos pero hace un amplio análisis sobre todo del código penal federal que recomendamos leer, dado que por razones de espacio, aquí solo referimos lo general.<sup>8</sup> Como se ha podido constatar anteriormente existe una íntima vinculación entre las garantías penales y las procesales. Igualmente deben hacerse extensivas al sistema penitenciario.

Nos comenta Moreno Hernández que el sistema penal mexicano plasmado en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (separados en Código Penal Federal y del Distrito Federal en 1999), gracias a las reformas de 1984 y 1994, había corregido la tendencia hacia el estado de policía, no obstante imperar este último en algunos aspectos y darse algunos retrocesos. Moreno se pregunta si en México se da un derecho democrático o un derecho autoritario (de derecho o de policía según Ferrajoli), respondiendo que en ocasiones puede ser el segundo cuando las reformas son eminentemente represivas. Para este autor, el estado democrático sería aquél que estableciera límites al poder punitivo estatal, logrando que éste esté al servicio de la persona humana, garantizando sus bienes jurídicos y proveyendo seguridad jurídica.<sup>9</sup>

Los principios rectores en el sistema penal mexicano serían los siguientes:

1. Principio de legalidad. Consagrado por el artículo 14 constitucional y trasladado a la ley secundaria significa que los tipos deben describir con toda precisión y claridad y de manera completa, la materia de regulación de la norma penal.
  - 1.1. Del principio anterior se derivan el principio de tipicidad o necesaria adecuación de la conducta al tipo;
  - 1.2. La prohibición de retroactividad y
  - 1.3. La prohibición de aplicación de la analogía y por mayoría de razón de pena alguna.
2. Principio de intervención mínima del derecho penal. También llamado de *última ratio* o de subsidiaridad, implica los procesos de descriminalización o despenalización. Dirigido tanto al legislador como al juez o a los órganos ejecutivos. Recordemos que para Ferrajoli, este principio se llamaría de necesidad A3 y estaría dirigido al legislador. Zaffaroni lo extiende también al juez. Moreno Hernández hace un amplio y detallado análisis de las reformas penales de los últimos años observando que se ha realizado un gran proceso para suprimir tipos penales, pero que sin embargo también se da la tendencia contraria o sea criminalizar, la cual ha sido mas intensa en los últimos 15 años, igualmente se han incrementado y endurecido las penas.
3. Principio de bien jurídico. Equivale al llamado principio de lesividad o de ofensa. Implica que debe haber una afectación a un bien jurídico de fundamental importancia. Relacionado con el principio de intervención mínima significa que si es posible proteger algún bien por otra rama del derecho debería hacerse antes de recurrir al derecho penal. Ejemplo, adulterio, regulado aún en el Código Penal Federal. Un caso problemático es el de los bienes colectivos o difusos (delitos ambientales). Asimismo es difícil en otros tipos como los de delincuencia organizada identificar el bien jurídico protegido.
4. Principio de *nullum crimen sine conducta*. Se debe penalizar por la conducta no por ser de tal o cual manera. Se da una violación a este principio en los tipos de vagancia, suprimidos

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 145. Todas las citas posteriores son de este artículo.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 154.

a nivel federal hasta 1994, en Veracruz desde 1980. Existen no obstante en la legislación de Veracruz múltiples referencias a la peligrosidad que se interpretan como derecho de autor.

5. Principio de culpabilidad y de presunción de inocencia. Aclara Moreno Hernández que el primer principio no se encuentra de manera expresa en la Constitución Mexicana, pero sí en Tratados Internacionales firmados por México como el PIDCP o la CADH. El Código Penal de 1931 consagraba el principio contrario o sea el de peligrosidad o de temibilidad (artículo 52), lo cual se modificó hasta 1994 por reformas a los artículos 12, 13 y 52.

Respecto al principio de presunción de inocencia, tampoco plasmado expresamente en la Constitución Mexicana, nos recuerda el autor que la legislación secundaria reconocía el principio opuesto o sea la presunción de intencionalidad e igualmente se afirmaba que *“ignorantia legis non excusat y error iuris nocet”*. Fue hasta 1984 que se modificó el artículo 9º y se admite el error (artículo 15, frac, XI y 59 bis). Posteriormente, en 1994 se regula expresamente el principio de culpabilidad, se precisa la fórmula del error al distinguirse entre error de tipo y error de prohibición, así como entre error vencible e invencible, admitiéndose el efecto excluyente de este último y se deroga el artículo 59 bis. En Veracruz se había hecho el primer cambio desde el Código Penal de 1980, manteniéndose hasta la fecha sólo el efecto atenuante al error de prohibición invencible.

Sin embargo, como lo señala Moreno Hernández, estos cambios legislativos no se han llevado totalmente a la práctica en la administración de justicia. El sistema penal mexicano aún se halla, dice, distante del modelo democrático de derecho. Volviendo a Ferrajoli podemos afirmar que observados de manera gruesa los diez axiomas están consagrados en nuestro sistema penal, no obstante de manera detallada hay muchas violaciones, mismas que saltan a la vista cuando se repasan los principios enunciados por Zaffaroni y Moreno. La tendencia hacia el modelo garantista se ve frenada por la pulsación contraria del estado de policía.

Destacamos la importancia de la teoría del derecho penal, sobre todo en su parte general y en la relativa a la teoría del delito, que se revela como el instrumento indispensable para el mejor entendimiento de la ley penal.

#### 4. Reglas y principios

Después de la exposición anterior acerca de la sistematización de los principios penales en la doctrina extranjera y nacional, quisiera tocar el punto respecto a la naturaleza de los mismos, atendiendo a los diferentes significados que les atribuye Atienza y expuestos al inicio de este trabajo. En otro libro,<sup>10</sup> este autor reitera la distinción entre reglas y principios del derecho y para explicar esa diferencia pone de ejemplo la protección del derecho al honor, plasmada en la mayoría de las constituciones modernas y con mayor garantía en los códigos penales al tipificar los delitos de calumnias e injurias (destipificado este último en casi todos los códigos penales en México). Estas normas penales están conectadas usualmente con disposiciones civiles para la indemnización. Los tipos penales son ejemplos de **reglas de acción** “pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y que se caracterizan por a) su estructura consistente en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades y un consecuente o solución normativa y b) ser obligatorias, tanto para el juez como para los ciudadanos”.

---

<sup>10</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, Colecc. Estructuras y procesos, Serie Derecho, 2000.

Además de esas reglas, en los sistemas jurídicos existen otras normas llamadas **principios**, también subdivididas en principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los principios sirven a) de justificación de las reglas de acción. En el ejemplo de la calumnia e injurias los principios que los dotan de sentido son la libertad de expresión y el respeto al honor. En otras palabras el límite a la libertad de expresión que supone el respeto al honor, y b) De criterio orientador en la promulgación o aplicación de las normas por parte de los órganos estatales ante casos problemáticos ocasionados 1) bien por ausencia de reglas específicas, 2) cuando hay indeterminación en la formulación de las normas o 3) cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que los justifican o con otros principios del sistema.<sup>11</sup>

Así, el principio de libertad de expresión entendido como norma dirigida a los poderes públicos “establece que siempre que se dé una ocasión de expresar pensamientos, ideas u opiniones y si no concurre otro principio que en relación con el caso tenga un mayor peso y opere en sentido contrario, está prohibido establecer prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas, impedir de algún modo su realización o imponer sanciones como consecuencia de las mismas”. De esas tres posibilidades sería el poder legislativo, el ejecutor o el judicial el destinatario del principio y a quien le toca la obligada deliberación en su actuación. Al contrario de las reglas en que no es posible la deliberación, en los principios esa deliberación es imprescindible. Si el destinatario es el órgano legislativo, éste debe determinar qué condiciones de cierto principio prevalecen sobre otro, dando lugar a una regla como la del tipo de calumnias e injurias. Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento si no existen reglas específicas que se apliquen a un caso, cuando éstas son indeterminadas en su formulación o cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre regla y principio que la justifican. En esos casos el juez lleva a cabo una ponderación entre principios cuyo resultado es una regla.

Los principios, siguiendo a Atienza y Manero, tienen como vocación dar lugar a reglas. Los principios en sentido estricto incorporan valores últimos. Eso sería la libertad de expresión.<sup>12</sup>

Trasladando lo anterior a los principios penales podemos llegar a las siguientes

### **Conclusiones.**

De acuerdo con lo último expuesto, ahora sí podemos llegar a una reflexión final. Los principios penales expresados en diez axiomas, en la sistematización de Ferrajoli, son reglas de acción, originadas en principios, pero una vez positivizadas, se convierten en normas obligatorias para los jueces, salvo el axioma A3, o principio de necesidad, que es un principio en sentido estricto, dirigido al legislador. Los primeros están plasmados en la Constitución Mexicana y en los códigos penales y procesales no obstante existir la tendencia a su violación en la práctica vía interpretación judicial. El principio de legislador racional es implícito. Podría considerarse que lo previsto en el artículo 18, segundo párrafo sería un principio programático o directriz: “Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...” Los datos aportados por las ciencias sociales demuestran que ésta última no se puede cumplir a través de las penas en general y menos de la pena de prisión.

---

<sup>11</sup> Atienza, *Ilícitos...* p. 18.

<sup>12</sup> Pp. 16-23.

*Grosso modo* se puede afirmar, entonces, que nuestro sistema jurídico penal cumple con los principios enunciados, sin embargo, de manera fina o profundizando en cada uno de los diez axiomas de Ferrajoli, bien remitiéndonos a la sistematización de Zaffaroni o de Moreno observamos violaciones recurrentes tanto en la criminalización primaria o tipificación como en la aplicación jurisdiccional, encontrando un criterio sugerente para el poder judicial cuando se recomienda interpretar de acuerdo a los principios y en contra de la ley promulgada o recurrir a la inconstitucionalidad de la misma. Otro recurso es la interpretación aplicando no la ley nacional sino los tratados internacionales suscritos por México.

En la exposición de los principios, procede entonces hacer la aclaración de que hay algunos ya transformados en reglas de observación obligatoria para el juzgador, existiendo otros principios en sentido estricto, cuya ponderación debe correr a cargo del juez, aplicando el *favor rei* y su corolario la presunción de inocencia. La interpretación se impone como necesidad para hacer efectivos los mismos pero se requiere un estudio profundo de cada principio, de sus implicaciones y sus consecuencias en los ordenamientos secundarios.

Los principios penales nos permitirán constatar si los sistemas jurídicos en general y nuestro sistema jurídico penal mexicano tiende a un modelo de estado de derecho o bien a un estado de policía. El análisis detallado de la legislación penal mexicana a la manera como lo hace Moreno Hernández, el estudio de la efectividad del sistema penal siguiendo el ejemplo del libro de Ferrajoli y la insistencia de Zaffaroni en conectar la dogmática con los datos reales es buen camino para intentar mejorarlo. La obligatoriedad de los principios se extiende a todos los poderes.<sup>13</sup>

Existe una íntima vinculación entre valores y principios. El valor último de los *principios penales* es la dignidad humana.

---

<sup>13</sup> La guía de Ceneval para examen de titulación de egresados de la carrera de Derecho, aplicada desde 2000 a nivel nacional, incluye dentro de la materia de derecho penal, en el punto I. Parte general. 1 Cuestiones generales, el inciso “1.4. Principios límite al poder punitivo estatal en el marco del Estado constitucional de derecho en los ámbitos sustantivo, procesal y penitenciario. El derecho mínimo racional y garantista”. Por esto consideramos de utilidad este trabajo.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2000.

----- *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

BARATTA, Alessandro. “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, *Capítulo criminológico*, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, pp. 81-99.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano, Parte general*, 12ª ed., México, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 3ª ed., 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Sistema penal mexicano*, México, F.C.E., Colección de Política y derecho, 1993.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Principios rectores en el Derecho Penal Mexicano”. *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, no. 3, México, septiembre, diciembre de 1998, pp. 141-184.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOCAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. México, Porrúa, 2001.



## Un discurso permanente: la edad penal

Ana Gamboa de Trejo\*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La deliberación. 2. El derecho de menores garantista o proteccionista. 3. Reflexión final. Bibliografía.

*La deliberación sobre la edad penal que durante largos años se ha llevado a cabo, no ha logrado conciliar las opiniones de legisladores y luchadores por la justicia de menores. El tránsito del derecho infantojuvenil –al menos en nuestro país-, ha mantenido un discurso: el proteccionista. Dejando de lado la importancia que hoy en día tiene la posición garantista.*

### Introducción

¿A qué obedece que la discusión sobre la edad penal en determinado momento se convierta en tema de debate? Adelantando una respuesta, podemos decir que en la época actual se debe al número de delitos cometidos por jóvenes adolescentes o preadolescentes. Las noticias nos llegan tan rápido que sentimos el temor de que los crímenes que suceden en otros espacios geográficos, pudieran repetirse en el lugar en donde nos movemos socialmente. Este temor fundado hace que se emitan disposiciones jurídicas que pareciera que son la solución a estos problemas de descomposición social, y que son conductas cometidas por sujetos con diferente cultura y costumbres a las nuestras. Afortunadamente, en Veracruz la delincuencia infantojuvenil es escasa. Pero no por ello habrá que conformarse y pensar que no pudieran cometerse crímenes que sacudan la paz de nuestras entidades. Es de todas formas legítima la preocupación del legislador, del educador, del padre de familia por tener en sus manos instrumentos que garanticen la seguridad. Sin embargo, no es suficiente el que se emitan leyes o que se reformen las que ya existen. Sino es necesario que emerjan de las propias leyes reformadas o creadas, programas que vayan cimentando una cultura: en este caso una cultura para tomar medidas preventivas sobre la delincuencia infantojuvenil. Porque habrá que recalcar que por un lado están los mecanismos de control formal y por otro los informales. Ambos deben tener el mismo fin, y en este sentido, no solamente tendrán que participar en este intento por contrarrestar y prevenir las conductas delictivas de los menores las instituciones que jurisdiccionalmente tienen que ver con este asunto, sino que también deberán de participar de manera activa tanto la familia como la escuela, como medidas de control informal.

---

\* Doctora en Derecho Público. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

## 1. La deliberación

El debate en cuanto a justicia de menores se centra en dos modelos: el tutelar y el garantista. Veracruz se inscribe con la idea correccional a partir de 1869 en menores de diecisiete años, diferenciándolos de los adultos hasta 1932 situándolos dentro del derecho penal. Me parece que la tendencia del legislador veracruzano con el tema de la edad, parte de la disposición jurídico-penal de 1944. El Título Sexto del Código de Defensa Social de ese año dice : “En cuanto a la reglamentación de los menores delincuentes se acepta la orientación del Código del Distrito Federal, con la única salvedad de la edad, al establecer el artículo 121 del Anteproyecto que los menores de dieciséis años que cometan infracciones a las leyes de defensa social, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa”. El límite de la edad se justificaba atendiendo a la precocidad del desarrollo físico en los habitantes del Estado de Veracruz. Así lo señaló Almaráz en la exposición de motivos de este código: “Antes de los siete años, los menores no tienen discernimiento, ni es posible que demuestren una peligrosidad que depende de la personalidad aun no integrada. Después de los dieciséis años pervierten y dominan a los otros menores con los que conviven.”<sup>1</sup>

Después, en 1948 se elaboró la Ley sobre Asistencia Social y la Atención Jurídica de los Menores y se creó el Tribunal para Menores. La preocupación del legislador de esa época era la de salvaguardar la moral y las buenas costumbres del menor, por consecuencia, se prohibía la entrada a menores a cinematógrafos, a cantinas, ver revistas prohibidas, mendigar y vagar por las calles. Esta tarea se hacía cumplir por el “policía tutelar”. La edad era semejante al anterior código, la edad estipulada era de dieciséis años, y considerados inimputables.

Desde entonces a la fecha, los jóvenes de menos de dieciséis años que cometan algún delito de acuerdo a la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores son inimputables. Es decir serán “tratados” clínicamente para su readaptación y atendidos por un grupo de expertos en la materia. De tal suerte, que la política criminal para la delincuencia infantojuvenil se inserta en la corriente tutelar y no en la corriente garantista.

De esta manera,

...el modelo tutelar no parece aceptar, con todas sus consecuencias, la propuesta de que los mayores de 12 años y menores de 18 pueden ser considerados penalmente responsables de sus actos, aunque inimputables, lo que implica reconocerles todas las garantías del debido proceso, mientras que los menores de 12 años son, en esta propuesta, considerados inimputables y no responsables penalmente. De igual forma, tampoco parece aceptar que debe terminarse con la posibilidad de privar de su libertad a los niños y adolescentes que, no habiendo infringido las normas penales, son considerados en *estado peligroso* mediante procedimientos no

---

<sup>1</sup> Véase Leyes Penales No. 3., p. 476

jurídicos todavía operantes en las dos terceras partes de las entidades del país, lo que contradice expresamente los principios contenidos tanto en la Convención como en los instrumentos suscritos por México.<sup>2</sup>

### **3.- Derecho de menores garantista o proteccionista.**

La justicia de menores ha tenido un tránsito muchas veces infortunado. Desde el momento en que se confunde lo que es impartir justicia con una actitud proteccionista o correccionalista por parte del Estado. La primera, - la proteccionista -, en donde los menores que delinquían estaban bajo la filantropía de patronatos e instituciones religiosas; la segunda -la correccionalista-, es tomada por el Estado dando paso a la llamada doctrina de la situación irregular, con un acentuado sentido proteccionista y cuya intervención violenta los derechos de los niños y los jóvenes.<sup>3</sup>

A partir de las deficiencias de ambos modelos surge la doctrina de la protección integral cuyas propuestas dan paso a las leyes de segunda generación, las cuales tienen como objetivo principal el respeto a las libertades de los niños y los jóvenes, proponiendo un verdadero garantismo. Este modelo, actualmente ha sido adoptado por varios países en Latinoamérica. Propone un esquema diferente del modelo tutelar. Basa sus presupuestos atendiendo a los diversos tratados internacionales suscritos por México, como son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores ( Reglas de Beijing, 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ( Directrices de Riad, 1988) y la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por México en 1991).

En dichos instrumentos se reafirman, entre otros, los principios de que para que un menor pueda ser privado de su libertad, se requiere que mediante un procedimiento conforme a las normas se le compruebe la comisión de un acto expresamente prohibido por las leyes penales; asimismo, que en dicho procedimiento tendrá derecho a la defensa y a la impugnación de las resoluciones, y que en todo momento deberán salvaguardarse sus derechos, no podrá sufrir torturas ni malos tratos y la medida de reclusión se adoptará sólo como último recurso.<sup>4</sup>

La nueva corriente que rompe con el antiguo sistema tutelar, ha sido adoptada en parte por el Distrito Federal a partir de 1992. En la exposición de motivos señala que los menores de 11 años no podrán ser privados de su libertad; que la ley debe ser aplicable hasta los 18 años.

<sup>2</sup> Emilio García Méndez, *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia.*, Editorial UNICEF-Fontamara, México 1999., p. 12

<sup>3</sup> Véase la Introducción hecha por Elena Azaola a la obra de Emilio García Méndez, anteriormente citada. Pp. 11-14

<sup>4</sup> Elena Azaola “ Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”, en *Memoria del Coloquio multidisciplinario sobre menores*, UNAM, México 1986, p.25

Vemos como en la legislación modelo para México que pudiera ser la de Distrito Federal, la edad que a los veracruzanos tanto preocupa, se sitúa en lo establecido por los ordenamientos internacionales.

Dentro de este debate, consideramos que el punto importante en todo esto no es estrictamente hablando la edad penal. Habrá que pensar en lo que jurídicamente se constituye en un instrumento que pueda ofrecer ventajas sobre el modelo tutelar cuyos esquemas y políticas han sido ampliamente discutidos por carecer de garantías hacia los menores que delinquen. En el supuesto de adoptarse la corriente garantista, no sólo es la reforma a la ley lo que importa, sino la derivación de las acciones en torno a la reforma. Es decir, jurídicamente habrá que dotar de autonomía a los defensores de los menores, implementar de procedimientos de supervisión y vigilancia de la actuación del Consejo y crear figuras como el juez de menores pero también, diseñar espacios en donde los menores que cometan delitos reprochables cuya culpabilidad sea comprobada, permanezcan en instituciones diferentes a la de los adultos, esto es indispensable y está ampliamente sustentado en el artículo 18 constitucional que hace referencia a la separación de adultos y menores.

Al atender las disposiciones internacionales se está en las coordenadas de la llamada “Doctrina de la protección integral” y ante este supuesto se hace admisible el principio de igualdad, como un concepto de interés superior sobre el niño en donde se le considera como sujeto de derecho y no como objeto de actuación tutelar.

Tal vez hoy en día haya que poner atención a una ley que da fin a toda la tradición legislativa en el continente latinoamericano. Se trata del “Nuevo Estatuto da Criança e do adolescente en Brasil”

De las múltiples innovaciones que presenta el Estatuto resulta interesante poner en evidencia aquellos cuatro que mejor lo caracterizan:

- 1) Municipalización de la política de atención directa ( art. 88-I)
- 2) Eliminación de formas coactivas de internación por motivos relativos al desamparo social, a través de la supresión de la figura de la situación irregular. El artículo 106 dispone en forma taxativa ( garantista) las causales de la privación de la libertad (flagrancia de acto infractor o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente).
- 3) Participación paritaria y deliberativa gobierno-sociedad civil asegurada a través de la existencia de Consejos de los Derechos del Niño y el Adolescente, en los tres niveles de la organización política y administrativa del país – federal, estadual y municipal – (art. 88-II).
- 4) Jerarquización de las funciones judiciales, transfiriendo a los Consejos Tutelares, de actuación exclusiva en la órbita municipal, todo lo relativo a la atención de casos no vinculados al ámbito de la infracción penal, ni a las decisiones relevantes posibles de producir alteraciones

importantes en la condición jurídica del niño o adolescente (art. 136 y 137).<sup>5</sup>

#### 4. Reflexión final

Los movimientos a favor de la infancia siempre serán bienvenidos. Las discusiones sobre lo que a los niños convenga serán temas importantes y recurrentes, como es el caso de la Comisión de Equidad, Género y Familia de la Legislatura del Estado de Veracruz. El interés y el compromiso en la producción jurídica acorde a las circunstancias se hace evidente en este momento en que nos encontramos reunidos debatiendo sobre un tema de gran relevancia social.

Al legislar sobre uno de los problemas que atañen a los niños y los adolescentes, no hay que perder de vista los otros problemas en los que se ven inmersos. Sabemos que muchos niños son violentados, abandonados, prostituídos y ocupados como objeto de la moderna esclavitud.<sup>6</sup> Al proponer una política integral, no sólo debemos abordar el tema del delito y la delincuencia, debemos afrontar la realidad de la infancia a través de una transformación substancial de los problemas que los hace perder la vida por no ser respetados como personas, por dar a luz incestuosamente cuando aun siguen siendo niñas<sup>7</sup>, por no contar con acceso a la educación, por no entender la saña con que reciben golpes, quemaduras y azotes, por tener como techo una alcantarilla o una banqueta, por carecer de alimentos, ropa y medicina, por no comprender las grandes diferencias sociales que los aleja cada día más de lo que pudiera llamarse justicia, entendida esta como el disfrute más equitativo de los derechos culturales y materiales que no tienen otra traducción más que insistir que debemos comprender que los derechos de los niños y los adolescentes deben sustentarse en el respeto a los derechos humanos.

---

<sup>5</sup> Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, UNICEF- Fontamara, México 1999, Capítulos: VI, VII y VIII.

<sup>6</sup> Recientemente se llevó a cabo en el seno de la Organización de las Naciones Unidas la Cumbre de los Niños, en ella participaron los países más importantes del globo terráqueo entre ellos México. 189 de esos países divididos en dos bloques opinaron acerca de la infancia, se dijo que: “han redactado un amplio documento de transacción, sin carácter vinculante, lleno de metas deseables pero vacío de los necesarios compromisos materiales para conseguirlas. Se dijo también que el grupo conservador (Estados Unidos, el Vaticano y los países Musulmanes han conseguido del otro bloque formado por la Unión Europea concesiones en donde se elimina cualquier referencia al aborto y a la prohibición de la pena de muerte como castigo a los delitos cometidos por menores de 18 años vigente en casi la mitad de los Estados de la Unión Americana. Se discutió sobre cuestiones pintorescas como la pretensión estadounidense de hacer de la abstinencia la columna vertebral de la educación sexual-que contrasta con la realidad de un mundo hambriento, donde mueren cada año millones de niños por enfermedades vergonzosamente simples y en el que otros centenares de miles hacen guerras como soldados, trabajan de porteadores o son convertidos en esclavos sexuales. La cumbre sobre la infancia es mejor que nada. Pero la insoportable suerte de tantos inocentes es cuestión acuciante, auténticamente global, que exige menos retórica y banderías y más compromisos fundamentales y urgentes apoyados en medidas concretas para llevarlos a cabo”. El País, “La cumbre de los niños”, mayo 13 de 2002

<sup>7</sup> Ángeles Cruz y Ernesto M. Elorriaga, “Cecilia una madre de sólo nueve años”, La Jornada, 12 de mayo de 2002 p. 40

**BIBLIOGRAFÍA:**

AZAOLA, Elena, “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”, en *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores*, UNAM, México 1986.

CRUZ, Ángeles y Ernesto M. Elorriaga, “Cecilia una madre de sólo nueve años”, *La Jornada*, 12 de mayo de 2002, p. 40

GARCIA Méndez, Emilio, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, UNICEF- Fontamara, México 1999.

“La Cumbre de los Niños”, *El País*, mayo 12 de 2002.

# ¿Reforma Integral o Nueva Constitución?

Luz del Carmen Martí Capitanachi\*

**SUMARIO:** Introducción. I. Poder Constituyente y poder revisor. II. La reforma constitucional. III. Límites de la reforma constitucional. IV. ¿Reforma integral o nueva Constitución? V. A manera de conclusión. Bibliografía.

*En el presente trabajo la autora sostiene que a pesar de las numerosas reformas que se han hecho a la Constitución General de la República, no se pronuncia por una nueva Constitución para México, sino por una reforma integral, que incluya mecanismos de democracia participativa como lo es el referéndum, para adecuarla la realidad mexicana actual.*

## Introducción

Considerada como una de las cuestiones pendientes de la Reforma del Estado, la reforma o sustitución total de la Constitución General de la República, al momento actual es uno de los temas que divide a los constitucionalistas mexicanos.<sup>1</sup>

Algunos, los menos, se pronuncian por una nueva Constitución, debido a las numerosas reformas que nuestro texto fundamental ha sufrido, y los más, son partidarios de extensas reformas o reforma integral, en donde existe mas o menos coincidencia sobre los temas a debate.

Sin embargo, ese tipo de cuestiones serán dejadas de lado, para orientarnos a establecer en primer lugar las argumentaciones que giran en torno a las razones que explican que una Constitución deba o pueda ser reformada; los diferentes mecanismos que existen para realizar tales cambios, así como la naturaleza del órgano encargado de llevarlos a cabo, y finalmente cuáles pueden ser los límites para operar un cambio constitucional en nuestro país.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana

<sup>1</sup> Ver *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Jaime Cárdenas Gracia, *Transición política y reforma constitucional*, México, UNAM, 1994; Manuel González Oropeza, "Una nueva Constitución para México", en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998; Miguel Carbonell, *La Constitución en serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, UNAM, 2001 y *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, 2002; Luis J. Molina Piñero, J. Fernando Ojesto Martínez Porcayo y Fernando Serrano Migallón, compiladores, *¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, México, Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2002.

A continuación, se sostendrá que no es necesario expedir una nueva Constitución, sino elaborar los consensos necesarios entre las fuerzas políticas, para reformar integralmente la Constitución vigente y así adecuarla a la realidad mexicana actual.

## **I. Poder Constituyente y poder revisor**

El tema que estudia la posibilidad de modificar el texto del ordenamiento que organiza al Estado y define su modo de ser, se encuentra inserto desde el punto de vista de la teoría constitucional, en uno de mucho mayor alcance, que es denominado como la teoría del cambio constitucional, a través de la cual se abordan asuntos como el de la mutación de la Constitución, la posibilidad de que sea suspendida en su vigencia, el quebrantamiento del orden que establece, y en un extremo, la supresión misma del principal ordenamiento del Estado.

Desde el nacimiento mismo de las constituciones que sirvieron de paradigma al constitucionalismo moderno, la americana de 1787 y la francesa de 1793, ha predominado, en los textos legales y los autores, la idea contraria a la inmutabilidad constitucional. No es concebible siquiera que el poder constituyente de un día pueda condicionar al poder constituyente del mañana. Jefferson en sus múltiples escritos denunció en diferentes oportunidades, como un tremendo absurdo que los muertos pudieran imponer su voluntad sobre los vivos. Sólo éstos, decía por su parte Thomas Paine tienen derechos en este mundo. Aquello que en determinada época pueda considerarse conveniente y parecer acertado, en otra resulta inconveniente y erróneo, y ante la pregunta de quién es el que ha de decidir, la respuesta la ofrecía la propia Constitución francesa de 1793, que en su artículo 28 establecía que “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución”. “Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.<sup>2</sup>

En efecto, una Constitución refleja en sus normas los compromisos sociales y políticos que le dieron vida, y entraña el modelo con el cual se pretende organizar una realidad social y política determinada; sin embargo, ni el ordenamiento debe esperarse que sea perfecto y completo, que la realidad resulte ser estática, o que las expectativas del cuerpo social permanezcan idénticas en el devenir del tiempo.

Cualquier leve esfuerzo de reflexión advertirá por fuerza las enormes diferencias existentes, por ejemplo, entre la sociedad mexicana de 1917 y la del siglo XXI, al igual que los grandes saltos sociales y políticos dados en el lapso intermedio, que no solamente explican, sino que justifican la mayor parte de las reformas practicadas a la Constitución General de la República.

El cambio del ordenamiento fundamental constituye pues, un instrumento de adecuación de la realidad jurídica a la realidad social y política, a la realidad histórica; mas aún, puede, eventualmente, constituir

---

<sup>2</sup> Citado por Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 59.



una palanca para impulsar ese cambio social y político, y sin duda es también un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado.

Pedro de Vega sostiene que “...la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa”.<sup>3</sup>

Siendo inaceptable el ejercicio de la soberanía popular radicada en el pueblo, por la totalidad de ese pueblo, se admite que ese poder ilimitado y superior a cualesquier otro, se subsuma en el órgano constituyente, y que ejerza el poder de constituir al Estado a través del orden jurídico plasmado en la Constitución, la cual deviene suprema.

La doctrina del Poder Constituyente<sup>4</sup> se remonta al abate Sieyès en su ensayo *Qué es el Tercer Estado*, en donde por primera vez se refiere al Poder Constituyente.

Una de las primeras definiciones de Poder Constituyente la proporciona Carl Schmitt: “es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”.<sup>5</sup>

La doctrina del Poder Constituyente como poder soberano plantea el problema de que el poder político se sujete a la norma constitucional por él creada. El problema se resuelve al distinguir, de acuerdo a Sieyès, entre Poder Constituyente y poderes constituidos, equivalente a la distinción americana de poder originario y poder delegado.

En efecto, el Poder Constituyente una vez que culmina su tarea, desaparece en su forma activa, se repliega y subsiste de manera latente en el cuerpo social, El Poder Constituyente no está destinado a gobernar.

Una vez promulgada la Constitución, ese poder [Constituyente] se halla destinado a desaparecer y a no ser evocado nunca mas, cediendo su puesto a los poderes simplemente constituidos. En definitiva, la función constituyente, a diferencia de todas las otras, se consume en un único acto de ejercicio. Después de ese acto, tienen lugar solamente funciones derivadas a las que por definición se veda la posibilidad de dar una nueva Constitución.<sup>6</sup>

Corresponde a los poderes constituidos, que sólo por hacer un énfasis llamaré ordinarios, asumir esa tarea, la cual realizan exclusivamente con arreglo a las disposiciones legales establecidas en la Constitución, que les resulta ajena, en el sentido de su intangibilidad respecto de órganos creados por ella, lo cual es consecuencia directa de su supremacía.

---

<sup>3</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>4</sup> Ver Jorge Carpizo, “ Reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en *Estudios Constitucionales*, quinta edición, México, Porrúa, UNAM, 1996.

<sup>5</sup> *Teoría de la Constitución*, segunda reimpresión, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1996, pp. 93-94.

<sup>6</sup> Gustavo Zagrebelsky, “La constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, segunda edición, Miguel Carbonell, compilador, México, Porrúa, UNAM, 2002, p. 69.

La pregunta que resulta de manera inmediata del aparente callejón sin salida que surge al afirmar que el Poder Constituyente desaparece y que el poder constituido está imposibilitado de tocar la Constitución, es la de ¿quién entonces, se hará cargo de esos cambios, que hemos calificado de indispensables?

La respuesta generalmente admitida parte del reconocimiento de que el Poder Constituyente, en el ejercicio de sus facultades soberanas, del mismo modo que organiza y establece las atribuciones y competencias de los poderes constituidos, puede crear también un procedimiento y un poder especial, capaz de realizar las transformaciones futuras del ordenamiento constitucional. A esta fuerza especial que lleva a efecto el cambio constitucional se le suele denominar poder revisor, poder reformador y en la doctrina constitucional mexicana, Poder Constituyente Permanente.<sup>7</sup>

Me adhiero cabalmente a la siguiente explicación del constitucionalista español Pedro de Vega:

Lo que por el momento interesa dejar bien sentado, y sin equívoco alguno, es el hecho de que, cuando se admite la posibilidad de autolimitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de un poder de reforma, reglado y ordenado en la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las nociones de poder constituyente y poder revisor. El poder constituyente, como poder soberano, (es) previo y total...A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre.<sup>8</sup>

Es ese poder un órgano revisor, también un poder constituido, tal vez no ordinario, pero constituido y limitado al fin, por el propio orden constitucional.

## **II. La reforma constitucional**

Veamos ahora, de manera muy condensada, con un enfoque de derecho comparado, los diferentes modos como se ha reglamentado la técnica de reforma constitucional. En términos generales se puede afirmar que en las constituciones modernas prevalecen dos características que derivan de los principios que hemos mencionado antes, en especial de los de supremacía e intangibilidad constitucional: que sean escritas, salvo de manera relativa los ejemplos de derecho constitucional consuetudinario, anglosajón, y que sean rígidas.

---

<sup>7</sup> Aunque es una denominación común en nuestro país, algunos tratadistas la cuestionan, pues da origen a confusiones, porque el poder revisor o reformador, ni es constituyente, porque no participa de la naturaleza del poder originario, ni es permanente, ya que en todo caso su existencia es intermitente, puesto que se actualiza y concretiza cada vez que se pone en movimiento el mecanismo para reformar la Constitución.

<sup>8</sup> Pedro de Vega, *op. cit.*, p. 65.

La primera característica resulta obvia. La segunda, consiste en que los poderes constituidos no pueden, a través de los procedimientos legislativos ordinarios, tocar la norma constitucional, y a que el procedimiento que debe seguir el órgano u órganos facultados para reformarla, reporta mayores grados de dificultad que aquellos.

Así, es posible, tomando en consideración tanto los órganos facultados para realizar la reforma, como los grados de complejidad para llevarla a cabo, presentar las alternativas siguientes:

I.- Se crea una asamblea especial o convención que se convierte en el órgano legislativo capaz de realizar la reforma:

- 1.- Constitución norteamericana de 1787.
- 2.- Constitución de Paraguay de 1870.
- 3.- Constitución de Costa Rica de 1871.

II.- Las dos cámaras del Parlamento o Congreso se reúnen en sesión conjunta formando una asamblea nacional de reforma:

- 1.- Constitución francesa de 1875.
- 2.- Constitución francesa de 1958.
- 3.- Proyectos constitucionales de Chile y Venezuela.

III.- Se combina la aprobación del Congreso Federal con la participación de las legislaturas de los estados miembros y se exigen votaciones calificadas:

- 1.- Constitución mexicana de 1857.
- 2.- Constitución mexicana de 1917.<sup>9</sup>

IV.- Referéndum obligatorio sobre todo proyecto de reforma constitucional:

- 1.- Constitución Suiza de 1874.
- 2.- Constituciones de algunos estados de la Unión Americana.
- 3.- Constitución española de 1978.

V.- Referéndum facultativo:

- 1.- Constitución de Dinamarca de 1953.
- 2.- Constitución francesa de 1958.
- 3.- Constitución española de 1978.

VI.- Establecimiento de mayorías calificadas en el Parlamento o en el Congreso:

- 1.- Constitución española de 1978 (3/5).

---

<sup>9</sup> En la práctica, el sistema de la Constitución mexicana no ha funcionado como rígido, y se han efectuado a la fecha alrededor de 400 reformas al texto original, siendo una de las razones por las que varios tratadistas proponen una nueva Constitución. Cabe mencionar que tampoco hay coincidencia respecto al número de las reformas que ha sufrido la Carta Magna, pues se han establecido diferentes criterios para contabilizarlas. Ver las reformas en general y por período presidencial en Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995, pp. 63-67, 327 y sigs.

- 2.- Constitución de Portugal de 1976 (2/3).
- 3.- Constitución de Alemania (2/3).
- 4.- Constitución italiana (2/3).
- 5.- Constitución de Checoslovaquia (3/5).
- 6.- Constituciones de India, Albania y Colombia (mayoría absoluta).

VII.- Doble aprobación con intervalos sucesivos o momentos temporales diferentes, pero en una misma legislatura:

- 1.- Constitución francesa de 1946.

VIII.- Doble aprobación en dos legislaturas diferentes, mediando por lo tanto elecciones:

- 1.- Constitución sueca de 1809.
- 2.- Constitución de Noruega de 1814.
- 3.- Constitución de Holanda de 1877.<sup>10</sup>

### **III. Límites de la reforma constitucional**

Debemos partir, aunque parezca reiterativo, de afirmar que el hecho de hablar de reforma constitucional implica por sí solo una limitante. En efecto, la acepción gramatical del verbo reformar conduce a pensar en alteraciones parciales, como volver a formar, rehacer, reparar, restablecer, restaurar, reponer, arreglar, corregir, enmendar, poner en orden, reducir, pero en ningún caso a la idea de sustituir una Constitución por otra, vía el acto de reformar o adicionar como agrega nuestra Constitución General:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Lo que puede discutirse, y en esto los autores no tienen una posición unánime, es si vía una reforma es posible cambiar cualesquiera de las instituciones contenidas en el texto constitucional, las llamadas decisiones políticas fundamentales<sup>11</sup> o si algunas se encuentran fuera del alcance del poder revisor; esto último sólo si la limitación no surge directamente de la

---

<sup>10</sup> Ver Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, tercera edición, México, Porrúa, 2003, pp. 105-106; Pedro de Vega, *op. cit.*, pp. 96-98.

<sup>11</sup> Ver Jorge Carpizo, "...las decisiones fundamentales no pueden ser reformadas por el poder revisor, sino únicamente por la voluntad directa del pueblo, y que si en México se suprimiera o cambiara la idea de una decisión, el orden jurídico mexicano actual se transformaría en uno nuevo, o sea que la Constitución de 1917 desaparecería y surgiría un nuevo código supremo", *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1995, p. 332.

propia Constitución. Utilizando la terminología de algunos autores, si existen o no límites implícitos a la facultad de reformar.

La distinción extrema de los límites de la reforma constitucional es la que resulta de inquirir acerca del origen de los mismos. Así, es posible de hablar de límites autónomos y límites heterónomos, según provengan del propio texto constitucional o de una norma cuya fuente es distinta, como pueden serlo los compromisos internacionales.

De los límites mencionados, los que pueden provocar cierto malestar teórico, son sin duda los heterónomos, dados los conceptos de soberanía y supremacía constitucional; sin embargo los procesos de globalización sobre todo en Europa Occidental, han propiciado que algunos textos admitan la injerencia de los tratados internacionales en el orden interno, al mismo nivel que el propio ordenamiento fundamental, lo cual no ocurre en la mayoría de las constituciones, incluyendo la mexicana.

Como límites provenientes del texto constitucional, encontramos los límites temporales, a virtud de los cuales durante un cierto término no se permite reformar la Constitución. Cito como ejemplos la Constitución francesa de 1791 (10 años), Constitución griega de 1975 (5 años), Constitución mexicana de 1824 (6 años).

Fix Zamudio y Valencia llaman límites circunstanciales a aquellas situaciones durante las cuales las reformas no pueden llevarse a cabo, como es el caso de la Constitución española vigente (guerra, estado de alarma, estado de sitio).

Límites sustanciales o materiales, son aquellos "...que dan lugar a las cláusulas "intangibles" o "pétreas"...como son los casos de algunos textos en que se ha prohibido la modificación del régimen republicano, tales los de Italia, artículo 139, o francesa, artículo 89, protegiendo la forma monárquica..."<sup>12</sup>, entre otros.

Las limitantes anteriores no solamente son autónomas en el sentido ya indicado, sino que además lo son explícitas, esto es, se encuentran plasmadas expresamente en las constituciones.

Volvamos a las limitantes implícitas cuya existencia puede ser deducida de por lo menos tres diferentes fuentes; en primer lugar, de la naturaleza misma de la soberanía popular y su instrumento que es el Poder Constituyente; bien de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional y que resultan de la Constitución misma, o bien como resultado de la calificación que en su propio texto se haga de determinado derecho, como ocurre por ejemplo en el artículo 7° de la Constitución General de México, al afirmar categóricamente que es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. "Inviolabilidad que, sobre todo en la doctrina germánica, ha sido interpretada mayoritariamente como irreformabilidad"<sup>13</sup>

La doctrina constitucional, tanto extranjera como mexicana, acerca de los límites implícitos, no es uniforme.

---

<sup>12</sup> Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, p. 108.

<sup>13</sup> Pedro de Vega, *op. cit.*, p. 242.

Así, a favor de la tesis que sostiene que el poder revisor se encuentra limitado aún cuando no lo establezca expresamente la Constitución, están autores como Carl Schmitt que excluye del poder reformador a las “decisiones políticas fundamentales”<sup>14</sup> o Maurice Hauriou que defiende la superlegalidad constitucional, que de alterarse da lugar al fraude constitucional.

La teoría opuesta ha concedido al órgano revisor la posibilidad ilimitada de modificar la Constitución; así, Carré de Malberg, consideró que la revisión podría ser parcial o total, siempre y cuando se hiciera según las reglas constitucionales previstas, como también opinó lo propio Duguit, para el cual el poder revisor podría incluso examinar la forma republicana de gobierno, cláusula por lo general intangible para los franceses<sup>15</sup>.

Algo semejante ocurre en la doctrina mexicana. En un extremo se puede ubicar a Ulises Schmill, para quien la limitación del órgano revisor no existe, ya que su competencia no se encuentra señalada por ningún precepto constitucional, y aunque no alude de manera directa a los límites implícitos, su argumento los excluye sin lugar a dudas.<sup>16</sup>

Una posición intermedia asume Felipe Tena Ramírez, quien aunque afirma que “por vía de reforma o adición nada escapa a su competencia [del órgano revisor] con tal de que subsista el régimen constitucional, que parece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución”<sup>17</sup>.

Quienes se pronuncian en nuestro país por la tesis de la limitación del órgano revisor son, entre otros, Luis Felipe Canudas, Jorge Madrazo,<sup>18</sup> Ignacio Burgoa,<sup>19</sup> Jorge Carpizo, cuyas opiniones comparto, quien sostiene que

Mientras que el poder constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución.

Mientras que el poder constituyente es un poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio poder constituyente en la Constitución.

Mientras que el poder constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos están completamente limitados, ya que no pueden actuar mas allá de su competencia.<sup>20</sup>

Si lo anteriormente expresado resultara abstracto, seguro si consideramos algunos artículos constitucionales las ideas se materialicen. Qué otro sentido puede darse a la declaración contenida en el artículo 40 constitucional que expresa “la voluntad del pueblo mexicano” de constituirse en una república, representativa, democrática y federal, que no

<sup>14</sup> Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 118-126.

<sup>15</sup> Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, p. 109.

<sup>16</sup> Ver *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Porrúa, 1971, p. 150.

<sup>17</sup> Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional mexicano*, decimonovena ed., México, Porrúa, 1983, p. 58.

<sup>18</sup> Jorge Madrazo, “La reforma constitucional, Un estudio comparativo con énfasis en el caso mexicano y norteamericano”, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, p. 200.

<sup>19</sup> Ignacio Burgoa, *Derecho constitucional mexicano*, decimotercera ed., México, Porrúa, 2000.

<sup>20</sup> Jorge Carpizo, “Reflexiones sobre el poder constituyente”, *op. cit.*, p. 573.

sea el que declara la parte final del artículo 39: “el inalienable derecho (de ese mismo pueblo) de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

Tales decisiones soberanas, plasmadas a través del poder constituyente implican una fuerza política que queda ajena al órgano revisor que no participa del atributo de la soberanía.

#### **IV.¿Reforma integral o nueva Constitución?**

Al asumir el poder el presidente Vicente Fox, dentro de su propuesta de Reforma del Estado se contemplaba la necesidad de reformar integralmente nuestra Constitución, o en su caso, la expedición de una nueva. La Comisión de Estudios de la Reforma del Estado entregó al Ejecutivo un documento en que se planteaban conclusiones sobre diversos temas: derechos humanos y libertades públicas; representación política y democracia participativa; forma de gobierno y organización de los poderes públicos; federalismo, descentralización, autonomías y municipio; Constitución y globalidad, objetivos económicos y sociales del Estado.

Han transcurrido casi tres años y el tema de la Reforma del Estado ha sido retomado, entre otros, por la Confederación Nacional de Gobernadores, (CONAGO), que congrega a ejecutivos de entidades federativas de diferente filiación política, para avanzar en la consolidación de nuestra democracia.

Sostengo que no es necesaria hacer una nueva Constitución, sino que lo deseable es una reforma constitucional integral, que contemple mecanismos de participación directa del pueblo en la reforma, sobre todo cuando se trate de las decisiones políticas fundamentales, a través del referéndum, que la experiencia de derecho comparado nos indica que ha sido utilizado con éxito en otros países, y que incluso ha sido incluido recientemente en la Constitución del Estado de Veracruz.<sup>21</sup>

Asimismo, considero que este nuevo intento por parte de los gobernadores es una oportunidad para que en el campo de la negociación política, se destrabe esta inercia que ha impedido hacer de nuestra Constitución un documento mas moderno, acorde con las nuevas tendencias del derecho constitucional.

#### **V. A manera de conclusión**

Es sentimiento generalizado entre los tratadistas mexicanos el tema de que las reformas a la Constitución, aunque en un balance final han sido benéficas, a veces el legislador ha cometido excesos, imprecisiones y en algunos casos, incluso ha llegado a alterar o modificar materias que por su naturaleza le estaban sustraídas.

También hay coincidencia de que muchos errores provienen de una deficiente técnica legislativa; pero en mi concepto, ninguna de las argumentaciones permite concluir que es necesaria una nueva Constitución.

---

<sup>21</sup> Ver el artículo 84 de la Constitución de Veracruz, reformada de manera integral el 3 de febrero de 2000.

Lo deseable sería llegar a los acuerdos y a la concertación entre las diferentes fuerzas políticas de nuestro país, para que en base a esos consensos y acuerdos, se proponga y apruebe una reforma integral de nuestra Carta Magna, acorde a la realidad cambiante que enfrentamos.

## **Bibliografía**

BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, decimotercera,ed.,México, Porrúa, 2000.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, UNAM,2001.

-----*La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, 2002.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Transición política y reforma constitucional*, México, UNAM, 1994.

CARPIZO, Jorge,“Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en *Estudios Constitucionales*, quinta edición, México, Porrúa, UNAM, 1996.

----- *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1995.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999.

FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, tercera edición, México, Porrúa, 2003.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Una nueva Constitución para México”, en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998.

-----*Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

MADRAZO, Jorge, “La reforma constitucional, Un estudio comparativo con énfasis en el caso mexicano y norteamericano”, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990.

MOLINA PIÑEIRO, Luis J., J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO y Fernando SERRANO MIGALLÓN, compiladores, *¿Qué es la Constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?*, México, Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2002.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, segunda reimpresión, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1996.



SCHMILL, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Porrúa, 1971.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional mexicano*, decimonovena ed., México, Porrúa, 1983.

VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “La constitución y sus normas”, en *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, segunda edición, Miguel Carbonell, compilador, México, Porrúa, UNAM, 2002.

# Gayo y su obra

Socorro Moncayo Rodríguez\*

**SUMARIO:** 1. Contenido del término *Institutiones*. 2. Gayo, el jurista. 3. Las Instituciones. Estructura y Contenido.

*Dentro de las actividades de los jurisconsultos romanos destacaban la de **scribere** (elaborar obras jurídicas) e **instituere** (enseñar el derecho), de la confluencia de ambas surgieron las **Institutiones**, obras que de manera clara, sencilla y lineal introducían al estudio del derecho. Gayo, jurista del s. II de cuya vida poco se sabe, no fue ajeno a tal tendencia, escribió las **Institutas**, obra de gran relevancia y trascendencia en el mundo antiguo y moderno, por dar a conocer de manera precisa y directa el derecho clásico romano.*

## 1. Contenido del término *Institutiones*.

La denominación *Institutiones* deriva del latín *instituere* que significa educar, iniciar, instruir, ordenar, formar, enseñar<sup>1</sup> y se utilizaba no únicamente en tema de derecho, sino que generalmente se aplicaba para iniciar en el conocimiento de alguna materia, así tenemos por ejemplo las *Institutiones oratoriae* de Quintiliano del siglo I, que introducen al campo retórico-educativo.<sup>2</sup>

Los juristas romanos desde épocas remotas se percataron de la necesidad de que el acceso al conocimiento del derecho debía basarse fundamentalmente en el estudio sistemático del ordenamiento jurídico.

En el ámbito del mundo antiguo, los romanos fueron los únicos juristas que dedicaron parte de su actividad a la elaboración de manuales claros, lineales, accesibles y sencillos que denominaron *Institutiones*,<sup>3</sup> en los que exponían de manera breve, elemental y ordenada en torno a una división sistemática, todas las instituciones que integraban el derecho privado romano.

---

\* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>1</sup> Cfr. J. Pimentel Álvarez, *Diccionario latino-español*, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 378; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Casa editrice Dottor Francesco Villardi, Milano, 1947, p. 1, señala el autor que *Instituere* es un arte, una ciencia consistente en dar las primeras fundamentales nociones.

<sup>2</sup> Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré Milano, 1990, p. 6; E. Bickel, *Historia de la literatura romana*, Ed. Gredos, Madrid, 1987, pp. 255, 280 y 408.

<sup>3</sup> También suele emplearse el término *Institutas* para designar estas obras, aunque se considera derivado del latín vulgar utilizado en la Edad Media, véase M. Ortolan, *Instituciones de Justiniano*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1976, p. 17.

De manera que los juristas romanos bajo la denominación *Institutiones* indicaban la exposición elemental del derecho y del proceso privado<sup>4</sup>, es decir de las normas que tendían a regular las relaciones entre los particulares: personas, matrimonio, propiedad, obligaciones, sucesiones *mortis causa*, acciones, etc., dejando de lado las disposiciones relativas a la estructura del Estado y de las relaciones entre el Estado y los particulares.<sup>5</sup>

Así es como tienen su origen algunos libros de Instituciones escritos por varios juristas romanos, como Gayo (integradas por cuatro libros), Florentino (dividas en doce libros), Calistrato (en tres libros), Paulo y Ulpiano (cuyas instituciones se componían de dos libros) y Finalmente Marciano( divididas en dieciséis libros)<sup>6</sup>

De todos los manuales escritos por estos juristas, el único que ha llegado hasta nosotros de manera directa es el primero, es decir las Instituciones o *Institutas* de Gayo; por cuanto hace a las demás obras, tenemos conocimiento de ellas a través de los diversos fragmentos que se encuentran insertos en algunos pasajes del Digesto de Justiniano, La obra de Gayo es considerada una fuente de gran valor para el estudio y conocimiento del derecho romano por ser la única obra del derecho clásico que se ha conservado casi en su totalidad.

## 2. Gayo, el jurista.

Gayo fue poco conocido en su época, prueba de ello resulta el no ser citado por ninguno de los jurisconsultos a él contemporáneos (Africano, Pomponio), a pesar de que era común esa práctica entre los juristas romano. Es generalizada la opinión que considera que vivió durante el siglo II de nuestra era, probablemente nació durante el mandato de Trajano (98-117) y murió poco después del año 178 bajo el gobierno de Comodo (180-192). Esto se deduce de dos interesantes testimonios, el primero resulta de un fragmento del Digesto (34 5.7 pr), en donde Gayo se refiere al caso de una mujer llamada Alejandrina que conjuntamente con sus quintillizos comparece ante el emperador Adriano (117-138), manifestando el jurista que ello ocurrió *nostra aetate*. Con (en nuestro tiempo), lo que hace pensar que Gayo era contemporáneo de aquél.

Otro fragmento relevante para dictaminar la última etapa de la vida de Gayo lo constituye un comentario que el jurista hace al Sc. Orfitiano emitido en el año 178.<sup>7</sup>

Se piensa que nació y vivió en alguna provincia romana<sup>8</sup> esto basado en varias consideraciones:

1. Se le conoció sólo por el *praenomen*: *Gaius*, cuando la práctica enseñaba que los ciudadanos romanos conformaban su nombre completo con un *praenomen*, un *nomen* y un

---

<sup>4</sup> Cfr. F. Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Jovene editore, Napoli, 1987, p. 1., E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza editrice, Roma, 1988, p. 2.

<sup>5</sup> Cfr. Biondi, B., *Istituzioni di diritto romano*, Guaffré, Milano, 1956., p. 18.

<sup>6</sup> Sobre estas obras véase M., Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 448 y ss.

<sup>7</sup> A. Di Pietro, *Institutas* (Introducción), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 20.

<sup>8</sup> A., Guarino, *Storia del diritto romano*, Editore Jovene, Naploli, 1981, p. 442 y ss.

*cognomen*, por ejemplo Marco Tulio Cicerón, por este motivo se ha llegado a afirmar que era provinciano; era usual que los provincianos adoptaran un *praenomen* romano al serles otorgada la ciudadanía romana.

2. Era provinciano y en particular de una provincia helenística, puesto que utiliza términos en griego, cita las leyes de Solón, manifiesta conocer el derecho oriental y escribió un comentario al edicto provincial.<sup>9</sup>

3. Careció del *ius publice respondendi*, algo natural en un jurista de provincia. Se trataba de un privilegio que Augusto concedió a algunos destacados y connotados juristas, consistente en la facultad de dar respuesta en nombre del emperador, *ex auctoritate principis*; el primer jurista que recibió el *ius respondendi* fue Masurio Sabino en tiempos de Tiberio.<sup>10</sup>

4. Los juristas de su época no lo mencionan, alcanzando notoriedad sólo después de su muerte. En la fase posclásica debido al caos de las fuentes jurídicas Teodosio II y Valentiniano III publicaron en el año 426 una Ley de citas con la que pretendían resolver esa situación, en la que a decir de Margadant<sup>11</sup> se elevó a Gayo al “jurado de difuntos”, al señalar dicha ley que en los juicios podían tomarse en consideración únicamente las opiniones de los cinco juristas siguientes: Gayo, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino.<sup>12</sup>

Gayo en su época, seguramente fue maestro en alguna provincia y enseñó las materias del derecho, en particular del derecho privado. Escribió varias obras, entre las que destaca notablemente una de carácter elemental: las Instituciones, también conocidas genéricamente como *Institutas*, a las que Gayo debe su fama y notoriedad a partir de la fase posclásica.

Las otras obras que Gayo redactó son las siguientes:<sup>13</sup>

- *Ad Edictum Provinciale*, (XXX libros).
- *Ad edictum praetoris urbanī* (más de X libros).
- *Ad legem Iulia et Papiam* (XV libros).
- *Ad legem XII tabularum* (VI libros).

---

<sup>9</sup> Por otro lado existe la posición contraria, considerando que estos argumentos son débiles y se pronuncia por la romanidad de Gayo, manifestando que se trata de jurista que refleja un buen conocimiento del derecho romano, domina el latín y pertenece a la Escuela Sabiniana, la cual no tenía ramificaciones en las provincias, por lo que el jurista tuvo que aprender de sus maestros en Roma. Estos argumentos también son tenues ya que el conocer el derecho romano no es privativo de los juristas romanos, por lo que Gayo como otros jurisconsultos pudiera ser de origen provincial y por cuanto hace a la participación de Gayo en las discusiones entre los sabinianos y proculeyanos, este hecho podría ser un indicio de su provincialidad en el sentido de que solo un jurista de provincia y que todavía viviese allí habría considerado de actualidad una discusión que ya en el siglo II había sido superada. Cfr. A., Guarino, *op. cit.*, p. 442 –443.

<sup>10</sup> Cfr. W. Kunkel, Historia del derecho romano, Ed. Ariel, Barcelona, 1979, p. 114.

<sup>11</sup> G. Margadant, *El derecho privado romano*, Ed. Esfinge, México 1983, p. 69.

<sup>12</sup> Cfr. J. Miquel, *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, p. 131.

<sup>13</sup> Cfr. V. Arangio-Ruiz, et A., Guarino, *Breviarium Iuris Romani*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 3; A. Guarino, *op. cit.*, p. 443.

- *Ad edictum aedilium curulium* (II libros).
- *Ad Quinctum Mucium* (citado por el mismo Gayo en las Instituciones 1. 188.).
- *Rerum cottidianarum sive aureorum* (VII libros).
- *De verborum obligationibus* (III libros).
- *De manumissionibus* (III libros).
- *De fideicommissis* (II libros).
- *De casibus* (*liber singularis*).
- *De re uxoria* (*liber singularis*).
- *De formula hypothecaria* (*liber singularis*).
- *Regularum* (*liber singularis*).
- *De tacitis fideicommissis* (*liber singularis*).
- *Ad SC. Tertullianum* (*liber singularis*).
- *Ad SC. Orfitianum* (*liber singularis*).
- *Ad legem Glitiam* (*liber singularis*).

Gayo, a diferencia de los jurisconsultos de su época no desempeñó cargos públicos, era un teórico del derecho, que como ya señalamos, no gozó del *ius publice respondendi*, consecuentemente no es mencionado en las fuentes por sus contemporáneos, sin embargo, para enfatizar su relevancia dice Kunkel.<sup>14</sup>

“Gayo es sólo un astro de tercera o cuarta magnitud en el firmamento de la jurisprudencia romana, aunque, desde luego, gracias a la casualidad de la tradición, sea aquél astro cuya luz nos ilumina más de cerca y, por ello, más vivamente”.

### 3. Las Instituciones. Estructura y Contenido.

Gayo debe fama y gloria en el mundo posclásico y actual gracias a su manual Las Instituciones que constituyen una introducción al derecho romano en los que se mezcla una ejemplar claridad en la exposición con la agudeza y profundidad en el planteamiento de los problemas jurídicos.

Algunas partes de esta obra han llegado hasta nosotros a través del Digesto de Justiniano, de la *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*<sup>15</sup> y del *Epitome Gai* contenido en la *Lex Romana Visigotorum*<sup>16</sup>; pero además de estas referencias, el texto casi íntegro de la obra llegó en vía directa a través de un manuscrito del siglo V d. C., encontrado en Verona por el historiador alemán B.G. Niebuhr en el año de 1816.

<sup>14</sup> W. Kunkel, *op. cit.*, p. 129.

<sup>15</sup> Obra elaborada en el Siglo V que contiene *iura* (jurisprudencia) y *leges* (Constituciones imperiales), véase la versión de M. E. Montemayor, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, UNAM, México, 1994.

<sup>16</sup> Es la más importante de las leyes romano-bárbaras publicada por el rey Visigodo Alarico II, publicada en el año 506.

Niebuhr de visita en la Biblioteca capitular de esa ciudad, estudiando un texto de las *Epistulae* de San Jerónimo, descubrió que estaba escrito sobre otra obra,, que había sido previamente cancelada, es decir, se trataba de un palimpsesto<sup>17</sup> que contenía fragmentos relativos a la materia jurídica, informó de tal hallazgo a Savigny, quien reconoció el texto de las Instituciones, posteriormente Göschel lo publicó por primera vez en 1820.

Otro gran descubrimiento tiene lugar en 1933 en Egipto por obra del romanista italiano Arangio-Ruiz, quien reconoce en un manuscrito algunos fragmentos importantes de los libros III y IV relativos a las acciones de la ley que vinieron a llenar las lagunas que en esa materia prevalecían.

Éstos hallazgos fueron de suma importancia, pues han permitido conocer directamente el derecho romano clásico.

Se trata de una obra de gran valor práctico y utilidad didáctica; por un lado expone de manera sencilla, el panorama general del derecho en su época, así como algunas referencias al derecho antiguo; por otro lado, la sistematización que utiliza Gayo en la obra es novedosa, sus clasificaciones permiten una mejor y más clara enseñanza del derecho.

El método seguido por Gayo resulta de un fragmento de la obra misma que a continuación citamos:

*Gai. I. 8.*

*Omne autem jus quo utimar, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.*

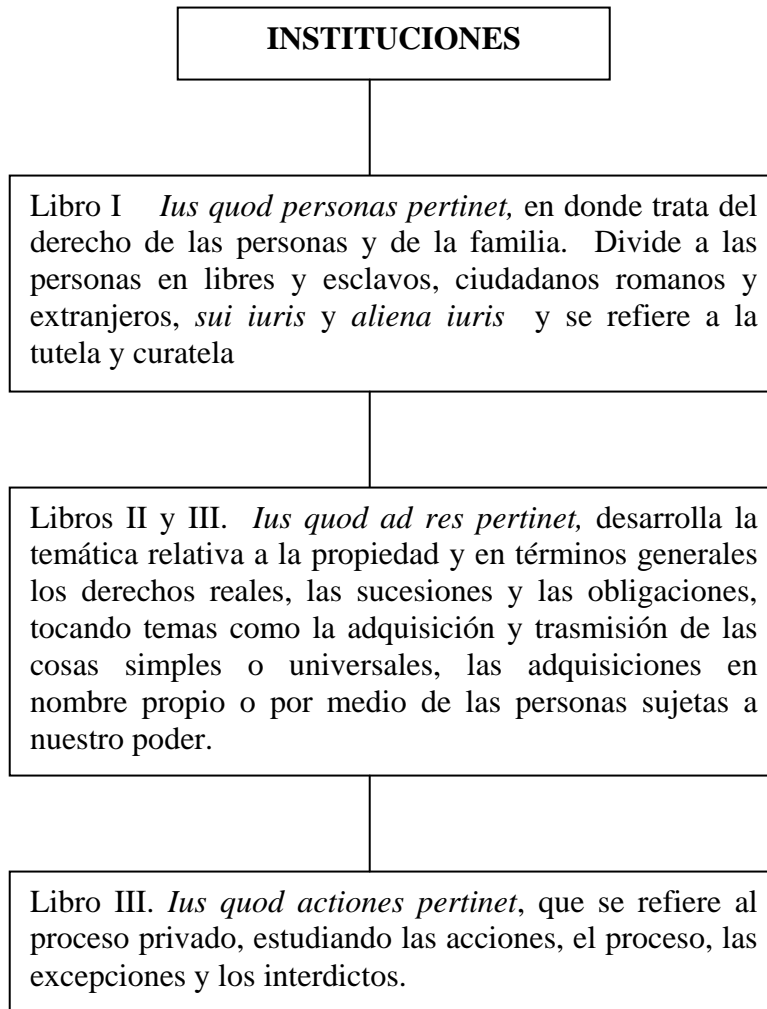
Gai. I. 8.

Todo el derecho que utilizamos se refiere a las personas, o a las cosas, o a las acciones.

La obra de Gayo inicia con una pequeña introducción sobre las fuentes del derecho y después todo el material está ordenado en tres partes: personas, cosas y acciones, todo ello sistematizado en cuatro libros que observan la siguiente estructura.

---

<sup>17</sup> Constituye éste uno de los cuatro palimpsestos más importantes de la literatura latina, Cfr. E., Bickel, *op. cit.*, p. 19.



Gayo hace una exposición del derecho vigente de su tiempo y sólo en algunas ocasiones, cuando lo consideraba oportuno, se concede algún comentario sobre formas jurídicas del pasado, lo que permite conocer con precisión los cambios y desarrollo de las instituciones del periodo arcaico al periodo clásico.

Una vez señalado el método y la estructura de la obra Gayana, consideramos oportuno reproducir de una manera resumida el contenido de la misma<sup>18</sup>, siendo éste el siguiente:

<sup>18</sup> Cfr. A. Guarino, *op. cit.*, pp. 581-590.

## Libro Primero

Proemio general del derecho.

1. *Ius Civile* y *Ius gentium*.
2. Fuentes del Derecho del *populus Romano*.
3. Clasificación del derecho de acuerdo a su contenido.

El derecho de las personas.

- A. De los libres y esclavos.
  1. De los ingenuos.
  2. De los libertos.
- B. De los *sui iuris* y de los *alieni iuris*.
  1. De los que están *in potestate*.
  2. De las mujeres que están *in manu*.
  3. De los que están *in mancipio*.
  4. De los modos por los cuales los *alieni iuris* se liberan de la dependencia.
- C. De los *sui iuris* que están en tutela o en curatela.
  1. De los que están en tutela.
  2. De los que están en curatela.
  3. De la caución de tutores y curadores.

## Libro Segundo

El derecho de las cosas.

- A. De las cosas que están dentro y fuera de nuestro patrimonio.
  1. División de las cosas en divinas y humanas.
  2. División de las cosas en corporales e incorporeales.
  3. División de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*.
- B. Adquisición de las cosas a título particular.
  1. Adquisiciones por si mismos.
  2. Adquisiciones y enajenaciones por persona bajo tutela.
  3. Adquisiciones y enajenación por medio de otras personas.
- C. Modos de adquirir a título universal.
  1. De las herencias.
    - a. De las herencias testamentarias.

## Libro Tercero

El derecho de las cosas (continuación)

- b. De las herencias intestadas.
  2. De la *bonorum emptio*.
  3. De otros casos de herencias.
  4. De la herencia por *in iure cesio*.
- D. De las obligaciones. Nacen de contrato o de delito.
  1. Obligaciones que nacen del contrato.



## 2. Obligaciones que nacen del delito.

### Libro Cuarto

El derecho de las acciones.

A. De las acciones.

1. Clasificación.
2. *Legis actiones*.
3. Procedimiento *per formulas*.
4. De las acciones que se ejercen en nuestro nombre.
5. De la obligación de prestar caución en juicio.
6. De los modos de terminar los juicios.

B. De las excepciones.

1. Excepciones.
2. Replicaciones, duplicaciones, triplicaciones.
3. Prescripciones.

C. De los interdictos.

1. Interdicto y decreto.
2. Clasificación de los interdictos.
3. Del procedimiento en los interdictos.

D. De las penas y sanciones a los litigantes temerarios.

1. Contra el demandado que actúa por calumnia.
2. Contra el actor que actúa por calumnia.
3. Acciones que portan infamia al condenado.

E. De la *in ius vocatio* y de los *vadinomia*.

La forma de citar las *Institutiones* de Gayo es la siguiente, iniciamos con la sigla que identifica la obra, Gai., en seguida el número del libro, anotándose posteriormente el número del párrafo.

Ejemplo: Gai. 1. 8.

Gai.	1.	8.
Sigla	Libro	Párrafo

Este manual sirvió de modelo a otros más. Así Justiniano lo siguió muy de cerca cuando solicitó a Triboniano, Téofilo y Doroteo que elaboraran sus *Institutiones*, las cuales estaban dirigidas a la enseñanza del derecho a estudiantes de su época, pero con fuerza de ley; publicada el 21 de noviembre del año 529 d. C.

Al respecto Justiniano en el preámbulo de ésta obra señala:

*VI. Quas ex ómnibus antiquorum Institutionibus, et praecipue ex commentaris Gaii nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis comentaris compositas, cum tres viri prudentes praedicti nobis obtulerunt, et legimus et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.*

Estas Instituciones, sacadas de todas las antiguas, de muchos comentarios, y principalmente de los de nuestro Gayo, tanto sobre las Instituciones, cuanto sobre las causas de cada día, nos han sido presentadas por los tres jurisconsultos arriba citados; las hemos leído y releído, y les damos toda la fuerza de nuestras constituciones.

Finalmente, siguiendo este modelo imperial se elaboraron posteriormente tratados y textos sistemáticos del derecho privado en la edad media y en la época moderna.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Cfr. F., Serrao, *op. cit.*, p. 2.

## BIBLIOGRAFÍA:

ARANGIO-RUIZ, V. et GUARINO, A., *Breviarium Iuris Romani*, Giuffré, Milano, 1974.

BICKEL, E., *Historia de la literatura romana*, Ed. Gredos, Madrid, 1987.

BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1956.

DI PIETRO, A., *Institutas* (Introducción), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1987.

GUARINO, A., *Storia del diritto romano*, Editore Jovene, Napoli, 1981.

KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1979.

MARGADANT, G. *El derecho privado romano*, Ed. Esfinge, México 1983.

MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

ORTOLAN, M., *Instituciones de Justiniano*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1976.

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Casa editrice Dottor Francesco Villardi, Milano, 1947.

PIMENTEL ALVAREZ, J., *Diccionario latino-español*, Ed. Porrúa, México, 1996.

SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Jovene editore, Napoli, 1987.

TALAMANCA, M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffre, Milano, 1989.

ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza editrice, Roma, 1988.

## **La cultura de los Derechos Humanos\***

Marta Silvia Moreno Luce\*

El tema de la cultura de los derechos humanos, lo podemos abordar desde dos perspectivas diferentes, la enseñanza por un lado y la educación por la otra, ambas indispensables para la realización del ideal de una cultura que permita el respeto absoluto de los derechos humanos.

Para principiar consideramos necesario delimitar los términos de educación y enseñanza-aprendizaje, que generalmente suelen considerarse como sinónimos, tanto en las legislaciones internas como en los documentos internacionales. La primera “es el procedimiento total mediante el cual, en cualquier sociedad, los adultos inculcan a los más jóvenes los principios y valores más apreciados, mientras que la enseñanza o instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos o a la formación intelectual”<sup>1</sup>.

En primer término, nos referiremos al proceso de la enseñanza, en general, el cual corresponde principalmente al estado y en una buena parte a la iniciativa privada. Está considerada como una institución de servicio social; como un conjunto de derechos y obligaciones muy complejo cuya problemática no se resuelve de ninguna manera con enfatizar exclusivamente la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. La enseñanza es un servicio social del estado en el que convergen varios derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de aprender, de opinar, de enseñar; el de las empresas dedicadas a esta función, entre las cuales podemos mencionar las escuelas, institutos tecnológicos y universidades. Pero también tenemos que incluir los deberes establecidos claramente en los textos normativos nacionales e internacionales, entre los que destaca la obligación de instruirse en los niveles primario y medio, expresamente regulados en los Instrumentos Internacionales y en las Constituciones respectivas. Todo ello nos indica que el derecho a la educación en el sentido de la obligación del Estado de proporcionar la enseñanza, tiene una naturaleza jurídica muy compleja, que encierra elementos individuales sin duda alguna, pero sobre todo factores sociales.

---

\* Ponencia presentada en el Congreso Nacional “Derecho y Docencia” en la ciudad de Xalapa, Veracruz en 2001.

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Estos conceptos están tomados de una Resolución del Tribunal Europeo: Caso *Campbell y Cosans vs el Reino Unido* de 25 de febrero de 1982.

El factor individual en la enseñanza, lo podemos analizar desde el punto de vista de sus protagonistas: los docentes, los estudiantes y las instituciones, que necesariamente participan en el proceso. Aunque no podemos negar la importancia de esos elementos individuales, consideramos que el proceso de enseñanza debe estar íntimamente ligado al de la educación cuya naturaleza es esencialmente social, especialmente en cuanto a sus fines. El proceso informativo a través de la enseñanza curricular, cumple en parte con su función social, pero si además lo unimos al de la educación, cuya finalidad es eminentemente formativa, se logra el objetivo de preparar al individuo para insertarlo adecuadamente en la sociedad, para que pueda desarrollar las funciones que necesita el medio social, entre las que destaca, la tolerancia, la convivencia pacífica y el respeto a la dignidad propia y a la del otro.

La *Constitución* mexicana, en el artículo tercero establece los principios a los que ha de sujetarse el proceso educativo: la educación debe ser laica, nacional y democrática; entendiéndose en nuestra Norma Fundamental a la democracia como un sistema de vida; el concepto de nacional, en el sentido de atender a la comprensión de nuestros problemas y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura. Añade el artículo mencionado que: "... contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexo o de individuos...", con lo que queda demostrado indudablemente el aspecto eminentemente social exigido para el cumplimiento de este derecho.

Podemos reafirmar que uno de los elementos más importantes regulados por el propio Estado mexicano, es la declaración de la utilidad social de la educación al establecer como una obligación para el mismo, la gratuidad de la enseñanza oficial primaria y media, superior, tecnológica, industrial y artística. En este proceso, las instituciones privadas pueden coparticipar en esa función social, pero debe dar preferencia a las escuelas públicas incluyendo por supuesto a las universidades.

El marco internacional a su vez, está integrado fundamentalmente por aquellos instrumentos que incluyen normas directas respecto a la enseñanza: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 26, especialmente establece el derecho a la educación, desde éste primer documento, ya no se habla de enseñanza sino de educación, refiriéndose a la actividad, no a las personas que participan. Establece la gratuidad y obligatoriedad de la instrucción elemental y fundamental, la generalización de la instrucción técnica y profesional, la igualdad de acceso a los estudios superiores, en función de sus méritos y no por algún otro tipo de discriminación. Estipula que "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales"<sup>2</sup> que "favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre

---

<sup>2</sup> Jesús Rodríguez y Rodríguez (comp.), *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*,

todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos”<sup>3</sup>, lo cual evidentemente va en contra de todo tipo de dogmatismo o tendencia ideológica o partidista, porque si hay que ser tolerante con todos, es evidente que no debe haber ninguna forma de adoctrinamiento en una institución que se dedique a la formación de las personas.

Otro instrumento importante es la *Declaración de los Derechos del Niño*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Establece normas muy importantes, porque reivindica al niño como persona, como sujeto no influenciable directamente ni por la propia familia ni por las instituciones docentes. Así, establece que: “se dará al niño una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, para llegar a ser un miembro útil a la sociedad”<sup>4</sup> añadiendo que el interés superior del niño debe ser el principio motor de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, en primer término sus padres. A esta Declaración se añade la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 que entró en vigor en México el 21 de octubre de 1990, publicándose en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

Uno de los documentos internacionales fundamentales, es la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 14 de diciembre de 1960. Allí se entiende por discriminación “toda distinción, exclusión, limitación o transferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, de origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto, destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”<sup>5</sup>.

Se destaca además, la *Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional*, proclamada el 4 de noviembre de 1966. En dicho documento se establece que una amplia difusión de ideas y conocimientos, basada en el intercambio y la confrontación más libres, es esencial para la actividad creadora, la búsqueda de la verdad y el cabal desenvolvimiento de la persona humana.

A su vez, en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* se establece en su artículo 13 que “toda persona posee el derecho a la educación” y que “la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre”<sup>6</sup>.

---

tomo I, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, p. 21.

<sup>3</sup> Ídem, p. 56.

<sup>4</sup> Declaración de los Derechos del Niño, publicada por el Departamento de Información de las Naciones Unidas en 1998.

<sup>5</sup> Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura, publicada por el Departamento de Información de las Naciones Unidas en 1960.

<sup>6</sup> Jesús Rodríguez y Rodríguez (comp.), *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, tomo II, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, p. 63.

En segundo término, no referimos específicamente a la educación, considerada como mencionamos, como un proceso de formación de la personalidad del individuo que debe abarcar a todos, ya sea comunidades indígenas, zonas de guerra, niños, mujeres, minusválidos, reclusos, habitantes de barrios pobres y en general a toda la población. Concibiéndose a la educación en su sentido más amplio, como un proceso que comprende a todos los hombres sin distinción de sexo, edad, categoría social, grupos étnicos, nacionales o lingüísticos, es decir, basándose en una visión global de la educación. La educación a diferencia de la instrucción en general, no debe ser sólo la institucionalizada, debe abarcar también la informal a través de la sociedad, el grupo familiar, de los medios de comunicación masiva o de cualquiera otra índole.

Existen documentos internacionales que abonan la tesis de que tanto la enseñanza pública como la privada, son de interés general del Estado y de la sociedad; que el Estado puede y debe intervenir y regular los aspectos generales, el funcionamiento de esas instituciones y controlar la aplicación de esos principios. De lo antes dicho podemos deducir que el proceso de enseñanza y el de educación van unidos, son correlativos.

En cuanto al tema de la cultura de los derechos humanos, constituye una obligación a nivel internacional para todos los países miembros de la ONU, signatarios de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, propiciar su difusión y divulgación, a través de los procesos de enseñanza y educación.

Para que se llegue a consolidar la cultura de los derechos humanos, es necesaria, insistimos, tanto la enseñanza como la educación. Los destinatarios de estos dos procesos los podemos encontrar en un gran número de actores participantes: particulares, familias, grupos y comunidades, centros de enseñanza, medios de comunicación, empresarios y sindicatos, movimientos populares, partidos políticos, parlamentarios, funcionarios, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de ámbito nacional e internacional, organismos de la ONU y de la O.E.A, así como todos los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, en especial de la UNESCO.

La educación en materia de derechos humanos debe asumir una actitud dinámica y participativa, no se trata sólo de transmitir la información de contenidos temáticos sino principalmente de obtener un cambio en nuestro comportamiento, para la adopción de actitudes participativas y respetuosas de los valores fundamentales, el aprendizaje no constituye un fin en sí, sino más bien un medio tendente a eliminar las violaciones de los derechos humanos y a constituir una cultura de paz basada en la democracia, el desarrollo, la tolerancia y el respeto mutuo. “La educación de los derechos humanos debe concebirse como una medicina preventiva en el sentido de que debe favorecerse la participación y el ejercicio efectivo de los derechos así como las limitaciones de dicho ejercicio para poder prevenir posibles conflictos. Haciendo una comparación con el campo de la medicina, es más importante la tendencia a la prevención que a la sola curación, el mejor antídoto contra la violación de los derechos humanos es la educación como método preventivo, cuanto más

se avance en este campo, menos habrá que recurrirse al método represivo de defensa ante los organismos especializados<sup>7</sup>.

Un punto que hay que resaltar relacionado con el proceso de educación de los derechos humanos, para que podamos considerarlo como plenamente realizado, es que haya servido para fomentar la “cultura de los derechos humanos” y no se haya concretado a una información sobre los mismos. Al respecto consideramos importante insistir en que los organismos encargados de la difusión y divulgación de los derechos humanos deben balancear debidamente el proceso, así, no deben concretarse a dar a conocer un catálogo de sus derechos a las posibles víctimas de violaciones de los derechos humanos para que estén alertas, y dado el caso, sepan defenderse, por el contrario, creemos que aunque es muy importante hacer conciencia en la población en general para que trate de evitar, en lo posible, la violación a sus derechos, es imprescindible que el proceso educativo en materia de derechos humanos esté enfocado a la prevención, para lo cual es necesario difundir entre los posibles violadores de los derechos humanos como los policías ministeriales o de otro tipo, los agentes del ministerio público, los presidentes municipales, los funcionarios de la administración pública en general para que sean conscientes de las violaciones que cometen y las graves consecuencias por las que deben responder, tanto en el ámbito interno como en el internacional, en los casos en que el quejoso acuda a las instituciones protectoras de los derechos humanos en uno o en los dos ámbitos.

En relación con este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en la ciudad de Costa Rica, tiene múltiples y diversas funciones que se encuentran comprendidas en los artículos 18, 19 y 20 de su Estatuto, y en el artículo 41 de la *Convención Interamericana*, entre las cuales queremos destacar la que se refiere a la tarea preventiva que busca promover el respeto a los derechos creando una verdadera cultura de los Derechos Humanos. Para alcanzar este fin, la Comisión Interamericana, hace uso de diferentes medios como la realización de estudios que ella misma elabora o patrocina. A través de ellos se conoce la situación que existe en un determinado país en cuanto al respeto, la promoción de los derechos humanos, a la vez se estudia a las instituciones existentes para su protección y la eficacia de éstas. Para la realización de estos estudios, la Comisión se apoya en universidades, institutos de investigación, etc. Otro medio empleado por la Comisión es el patrocinio de conferencias, congresos, coloquios, simposios, seminarios y cualquier otro tipo de eventos académicos; en ellos participa personal de la Comisión, convirtiéndose esos actos también en el mejor medio para dar a conocer la labor de la Comisión y sus funciones.

Todos los eventos que tengan como finalidad el estudio, la difusión y la formación de la cultura de los derechos humanos, nos conduce al fortalecimiento de la democracia, la cual es una tarea inacabada en la que cada generación debe seguir el esfuerzo de sus predecesores, en base a la necesidad de cultivar una cultura de los derechos humanos. La democracia exige un alto nivel de compromiso que ha de pasar por la conversión del

---

<sup>7</sup> Remedio Sánchez Ferriz y Jimena, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Madrid. Ed. Ariel, 1995.



hombre en ciudadano, para lo cual tenemos que esforzarnos en realizar el binomio democracia-educación y derechos humanos.

El profesor Miguel López Guerra, citado por Sánchez Ferriz, considera que la educación es la clave de la sociedad actual, en la que destaca el papel de la educación, que aparece para este autor como “el mecanismo de preparación de los ciudadanos para la convivencia dentro del orden político, además es el medio para la extensión y transmisión de los valores democráticos basados en el respeto a los derechos humanos”<sup>8</sup>.

En los modernos Estados constitucionales, los derechos fundamentales se hallan tutelados en cuanto a su eficacia jurídica y sociológica, pero generalmente se carece de esa cultura de los derechos humanos que comprende tanto el comportamiento de los ciudadanos como el de las autoridades.

La cultura de los derechos humanos abarca, así, el aspecto más general de la inquietud de toda la sociedad por una educación para todos sectores de la población sin excepción, entre los que tiene prioridad la que se refiere a los jóvenes y en especial a los niños.

Retomando el tema del derecho a la educación tal como lo plantean los instrumentos internacionales y las constituciones de la mayoría de los países, entre los cuales desde luego se incluye el nuestro, se considera que el derecho a la educación consta por una parte de un proceso de instrucción consistente en la adquisición de todo tipo de información científica, cultural y artística libre de discriminaciones, respetando ante todo las libertades implícitas en este derecho que permite al individuo contar con documentos que acrediten su preparación para el libre ejercicio de un trabajo o de una profesión. Pero, al mismo tiempo la normativa contenida tanto a nivel internacional como en el ámbito interno, exige que se lleve a cabo un proceso educativo, no sólo informativo, en el que está implícita la obligación para el Estado de formar a todos sus habitantes en la cultura de los derechos humanos, por lo que sería conveniente que forme parte de la currícula de todas las instituciones dedicadas a la enseñanza, independientemente de la difusión que realicen los organismos especializados.

Por lo tanto, a manera de conclusión, mi propuesta concreta se refiere a que en el proceso educativo en general que va desde la institución preescolar hasta los posgrados, es indispensable que se lleve a cabo de una manera integral tanto el proceso informativo como el formativo, los cuales no deben separarse, por el contrario, se complementan mutuamente y constituyen la única forma de contribuir a la realización las dos grandes necesidades en materia educativa, la adquisición de conocimientos especializados y la cultura de los derechos humanos para que su respeto, la convivencia pacífica y la democracia, sean una realidad y no sólo una declaración de buenos propósitos.

---

<sup>8</sup> Remedio Sánchez Ferriz, *op. cit.*, p. 122.

**BIBLIOGRAFÍA:**

ALBANESE, Susana, *Promoción y protección Internacional de Derechos Humanos*. Ed. La Roca, Buenos Aires, 1992.

ARBUET VIGNALI, Herber, *La función social de la educación.*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *La enseñanza de los derechos humanos*. Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.

*Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Documentos Básicos ONU*, Ed. Departamento de Información de la ONU, 1998.

*Declaración de los Derechos del Niño*, Ed.. Departamento de Información de la ONU, 1962.

*Pacto de Derechos Económicos*, Ed. Departamento de Información de la ONU, 1966.

Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Ed. Departamento de Información de la ONU, 1960.

*Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional*, Ed. Departamento de Información de la ONU, 1961.

## **El Nuevo Derecho Mercantil en la Docencia Jurídica**

Sara Luz C. Quiroz Ruiz.\*

**SUMARIO:** Introducción. 1. Marco de referencia. 2. Del Derecho Mercantil al Nuevo Derecho Mercantil. 3. El Nuevo Derecho Mercantil y su enseñanza en el Siglo XXI.

*Desde la segunda parte del siglo pasado, en las distintas reuniones de las Escuelas de Derecho, se ha venido pugnando por una enseñanza activa y flexible que desarrolle de manera integral al estudiante; posición que enfocada hacia el Nuevo Derecho Mercantil, es imprescindible para que el binomio conformado por el docente y el estudiante, ponderen los marcos regulatorios que en dicha materia prevalecen.*

### **Introducción**

El Siglo XXI plantea diversos desafíos a la enseñanza del derecho, uno de esos se refiere a la del Nuevo Derecho Mercantil, curso fundamental en los planes de estudio, ahora cuando las políticas públicas económicas se han extendido y profundizado.

Por ello el propósito de este trabajo es, visualizar el replanteamiento del Derecho Mercantil desde la perspectiva de la enseñanza activa del derecho, impulsada por la escuela mexicana de docencia jurídica; estudio que implicó la comparación de obras consideradas por la Academia de la materia como clásicas con aquellas innovadoras, para distinguir, un contenido de juridicidad producto del impacto de la globalización económica hacia el Derecho.

Dichos resultados se ponen a disposición de los interesados, tratando inicialmente, el renacimiento de la materia de Derecho Mercantil, para continuar comparando la tendencia tradicional y la innovadora de dicha disciplina, concluyendo con la visualización de lo que me parece la agenda permanente del grupo de trabajo académico, creatividad que sumada a lo expuesto por los impulsores del Nuevo Derecho Mercantil, sin duda resultará enriquecedor.

### **1. Marco de Referencia**

Considerando que cada época imprime a sus concepciones el enfoque de sus filosofías; el educar que procede del término latino *educare*, se identifica como el proceso por el cual se transmiten los valores y conocimientos de una sociedad; abundando en precisión se dice, es aquél proceso intelectual que pretende el

---

\* Candidato a Mtra. en Derecho Económico por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

perfeccionamiento del individuo como persona y su inserción en el ámbito social y cultural en donde se desenvuelve, lo cual muestra una dinámica ilimitada y una formación interminable y mundial, porque es planeada y sistematizada de tal manera, que tiende a unir hacia un fin, pero sin menoscabo de la libertad, porque es en esa libertad donde el individuo actúa y ejerce su creatividad.

Perfeccionamiento de la persona, porque entraña, la modificación y desarrollo de todas las capacidades del ser humano a fin de alcanzar el desarrollo o formación integral. Todo lo cual incorpora a la persona en la cultura - lengua, costumbres, ideas, normas morales - vigente en su sociedad, refiriéndonos a la educación clásica, a la “*paideia*” (herencia de Grecia) o “*Bilgung*” (creación del pensamiento alemán).

Por otra parte, está la escuela del sujeto, orientada hacia la libertad del sujeto personal, la comunicación intercultural y la gestión democrática de la sociedad y sus cambios, aquella que debe formar y fortalecer la libertad del sujeto personal, sin soslayar su ánimo de pertenencia a un ámbito social y culturalmente heterogéneo, lo cual atribuye una importancia central a esa diversidad y el reconocimiento del otro, comenzando por la comunicación entre varones y niñas hasta alcanzar la comunicación intelectual.

Sobre esta orientación ha dicho Alan Turaine, se impone en un mundo en el que el tiempo y el espacio han sido **comprimidos**, donde lo más distante y diferente se torna próximo -físico o en imagen-, lo que considerábamos como sucesivo, se vuelve simultáneo,...el reconocimiento del otro no puede separarse del conocimiento de uno mismo como sujeto libre, que une alguna o varias tradiciones culturales.<sup>1</sup>

Uniendo a lo expresado el concepto de educación superior, emitido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), durante la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior celebrada en París en 1999 que dice “Todo tipo de estudios, de formación o de formación para la investigación en el nivel postsecundario, impartidos por una universidad u otros establecimientos de enseñanza que estén acreditados por la autoridades competentes del Estado como centros de enseñanza superior ”; conduce a visualizar una serie de desafíos y dificultades que si bien han surgido en el devenir histórico de la propia Universidad, mutación que en la tercera etapa de la Revolución Científica Tecnológica, situada por Marcos Kaplan al inicio de la década de los 90’s, influye para que dichas instituciones inicien un substancial proceso de transformación, mediante, la asimilación de los cambios, en su relación tradicional que había sostenido con el sector productivo y la sociedad en general; manifestando dicho replanteamiento en los contenidos, organización académica, planes y programas de estudio, incorporándoles una visión de futuro en la definición de estrategias y en la responsabilidad en la toma de decisiones.

Esa transformación en la enseñanza del Nuevo Derecho Mercantil, significa enfocarla hacia una cosmovisión, precisada por el orden económico mundial, la cual no pasó desapercibida, tanto para la doctrina que puede llamarse clásica, así como en la surgida durante la segunda parte de la última década del siglo pasado, identificada como la del Nuevo Derecho Mercantil; por los reencuentros que asume.

---

<sup>1</sup> Alan Turaine, ¿Podremos vivir juntos?. *Iguals y diferente*, Tr. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

En efecto, los textos clásicos como el de Jorge Barrera Graf, Roberto Mantilla Molina entre otros; refieren sutilmente el acto de comercio al escenario del mercado, al reconocer la existencia de un paralelismo entre el Derecho Mercantil y el Derecho Económico, o insertando un breve apartado a la competencia económica generada por la actuación de los comerciantes en el escenario del mercado; otros estudiosos lo hacen, aludiendo a la corriente descodificadora que va imperando en la materia mercantil, por lo cual destacan que la enseñanza de esta materia no puede centrarse en el Código de Comercio, además de señalar que podríamos estar en presencia de una nueva *lex mercatoria*; inquietud que a través de la tendencia denominada Nuevo Derecho Mercantil, es visualizado el ordenamiento jurídico, no sólo como el resultado de la actividad puramente legislativa, sino de aglutinar textos legales de procedencia diversa, pero integrados para regular la actuación de los operadores económicos, tanto en el tráfico como en el mercado.

Así en la óptica del Nuevo Derecho Mercantil el mercado es visto, “como centro nuclear de nuestro sistema económico, transformado mediante la concentración e internacionalización que lo ha llevado a formas asimétricas en perjuicio de los más débiles, provocando la intervención del estado”<sup>2</sup>; precisión de economía neoinstitucional, a la que el derecho aporta equilibrio con los marcos regulatorios aplicables tanto al comerciante como al empresario, nivelando así intereses particulares e intereses públicos.

De la interacción mundial que dicha tendencia muestra, surgen nuevos contenidos de juridicidad, entre los que sobresalen: la publicidad de la calidad mercantil, los actos en masa, la digitalización del Registro Público de Comercio, el comercio electrónico, la escisión y las concentraciones de empresas definidas por la competencia económica, lo cual es un claro reflejo de la revolución de la ciencia y la tecnología percibido por la Academia Internacional del Derecho Comercial y del Consumidor, a la que pertenece Raúl Aníbal Etcheberry jurista argentino, el mexicano Miguel Acosta Romero, así como también King, Scott Kozolchyk, Ginger, Gutiérrez Falla, Rengifo, Silva Ruiz, Reich, entre otros.

Escenario que también es conocido por el estudiante, debido a la constante difusión en los medios de comunicación, lo cual le hace merecedor de una enseñanza activa y flexible, para una plena comprensión de la actividad comercial actual, trabajo docente que es al mismo tiempo, ancestral y complejo.

## 2. Del Derecho Mercantil al Nuevo Derecho Mercantil

La transformación así enunciada, plantea la difuminación de criterios tradicionales originada por el proceso de la globalización económica, naciendo un contenido que conduce tanto al estudioso como al estudiante del derecho, a observar un marco regulatorio de la actividad comercial, compuesto por ordenamientos de derecho nacional como de derecho extranjero, el cual es sustitutivo de aquél panorama centrado en el Código de Comercio con cierta referencia a otros cuerpos normativos nacionales y Tratados Internacionales entonces vigentes.

Ahora en el Siglo XXI, la docencia de la materia mercantil se ocupa de una cosmovisión, justificativa del calificado **nuevo**, aplicada a la visualización conjunta del

---

<sup>2</sup> Raúl Aníbal Etcheberry, *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 200. p.

acto de comercio y del comportamiento tanto del comerciante como de los auxiliares de comercio en el escenario del mercado; lo cual viene a resaltar el paralelismo existente entre el Derecho Mercantil con el Derecho Económico, referido ya por los autores clásicos del Derecho Mercantil, nacionales y extranjeros.

Dicha afirmación podemos constatarla, entre otros, a través de dos textos del continente latinoamericano orientados hacia el Nuevo Derecho Mercantil, escritos por el mexicano Miguel Acosta Romero titulado *Nuevo Derecho Mercantil* y el *Derecho Comercial y Económico, Parte General* de Carlos Aníbal Etcheberry, a los que sumo los del Continente Europeo de Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano denominado *Apuntes de Derecho Mercantil* y el de Manuel Broseta Pont intitulado *Manual de Derecho Mercantil*.

Ahora bien, si desde hace dos siglos el derecho mercantil nacional se ha centrado en el Código de Comercio promulgado en 1889, es consecuencia de la idea y la práctica de la codificación, que ha prevalecido en los países de derecho romanista desde principios del siglo XIX, por más que durante los últimos años la corriente descodificadora haya cobrado fuerza, tanto en la práctica como desde el punto de vista teórico, lo que además constituye una realidad evidente en todos los países del sistema.

Actualmente al tratar el acto de comercio y el posicionamiento del comerciante en el mercado en una perspectiva holística, ha originado una visualización pragmática de sus antecedentes históricos y de diversas instituciones del Derecho Mercantil, como: la clasificación de los actos de comercio, las obligaciones del comerciante, la transformación de sociedades mercantiles y la agrupación de empresas, y al Registro Público de Comercio, hasta insertar al consumidor final, sin olvidar su ponderación vinculado a los medios electrónicos. O sea, se estudia una regulación con clara referencia a la globalización.

Los términos de globalización y mundialización, son empleados por algunos autores como sinónimos, hacia la primera se inclinan los autores anglosajones y latinoamericanos, la mencionada en segundo término, es más utilizada por autores franceses y belgas; lo cierto es que dicha expresión se aplica para sintetizar una serie de tendencias que venían produciéndose a nivel mundial, desde hace un tiempo relativamente corto, de ahí que se escuche con más frecuencia el término de globalización.

Según Silvio Baró Herrera, sus raíces se localizan en procesos económicos ligados a la presente etapa de desarrollo del proceso capitalista mundial, tendencias que desbordan lo económico para extenderse y presentarse en los más diversos campos de las relaciones internacionales; lo cual considera que se ha visto facilitado, por la velocidad que han adquirido los mecanismos como:

1. progreso de los transportes y las comunicaciones,
2. los millones de dólares que se mueven a nivel mundial por cuestiones especulativas,
3. además de la concentración de información técnica y financiera en un reducido número de países, que ha hecho crecer la internacionalización de las estrategias empresariales de producción y distribución, que apoyándose en el avance tecnológico, son eliminados los obstáculos para el intercambio internacional de bienes y servicios.

Akio Morita, presidente de la Sony acuñó el término globalización para referirse a una situación en que las firmas trabajan en dos dimensiones al mismo tiempo: la global y la local. Señalamiento que constantemente los medios de comunicación

impresos o virtuales nos hacen saber, puntualizando los movimientos dentro de las firmas (local) como entre las naciones (global).

Osvaldo Martínez precisa los principales aspectos que ha presentado dicho proceso, resaltando el estadio cualitativo superior a la internacionalización de las economías; caracterizándolo a través de las dimensiones siguientes:

Económica (principalmente), la tecnológica, la de los medios, la cultural y la de los modos y medios de destruir el medio ambiente.

Anthony McGrew la define en el libro que escribe en coautoría con Lewis, titulado *Globalization and the Nation Status* en 1994 como, “la multiplicidad de los vínculos e interconexiones entre los estados y las sociedades, que conforman el actual sistema mundial”, señalando que la globalización atiende tanto a la amplitud como a la intensidad o profundidad.<sup>3</sup>

Por ello me parece, que a la clasificación clásica del acto de comercio, se suma aquella surgida del posfordismo y de la ergonomía, en la publicidad de la calidad mercantil, el comerciante agrega el cuidar la imagen corporativa, para que su dinámica empresarial y social se encuentre ubicada adecuadamente en el mercado, ponderando la diversificación de la empresa, apoyándose en el auxiliar del comerciante encargado de observar la ventaja comparativa y su ventaja competitiva, pues de ello resultará un posicionamiento exitoso en el mercado regional y zonal.

Contenido que en los textos apuntados, entre otros, se contempla y por ello constituyen excelentes apoyos didácticos que reclaman del binomio docente-estudiante una tarea de coordinación impostergable.

### **3. El Nuevo Derecho Mercantil y su enseñanza en el Siglo XXI**

Entre los impulsores de la docencia jurídica activa en México se ubica Jorge Witker, entre otros, quien se ha referido a esa tarea de la manera siguiente: “debe estar centrada en el aprendizaje del estudiante fomentando su autonomía, independencia y capacidad críticas, su libertad de pensamiento sobre los contenidos informativos que cada profesor debe impartir en su asignatura, obviamente que estos instrumentos didácticos forman un papel formativo fundamental, con lo cual estaremos construyendo el conocimiento jurídico, pues nuestro país necesita abogados de creación, innovadores que enfrenten los desafíos jurídicos que el país tiene.”<sup>4</sup>

En tal sentido, me parece que se desarrollará al estudiante en el Nuevo Derecho Mercantil, a través del preseminario y del seminario, por medio de talleres, discusiones dirigidas, foros, lecturas controladas sobre resoluciones judiciales y de justicia alternativa; en cuya realización indudablemente se apoyarán en los recursos tecnológicos.

Así del manejo de tales recursos didácticos resultará en lo jurídico, “...comprender la práctica jurídica, a través de la relación dialéctica entre la teoría y la práctica. Es decir, la preocupación fundamental del docente y del estudiante en este aprendizaje significativo, consiste en adquirir los conocimientos, habilidades y destrezas

---

<sup>3</sup> Silvio Baró Herrera, *Globalización y relaciones internacionales, Aportes*, Revista de la Facultad de Economía, Año II, Núm.5, Benemérita Universidad Autónoma de México, 2000. pp. 49-52

<sup>4</sup> Sara Luz Quiroz Ruiz, Entrevista realizada a Jorge Witker Velásquez el 4 de Mayo de 1999 para la Maestría en Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.

necesarias que les permita llevar a cabo tanto el proceso judicial como cualquier otra diligencia judicial.”<sup>5</sup>

Por ello ahora cuando la Universidad Veracruzana está desarrollando la docencia atendiendo a criterios holísticos, a través del llamado modelo educativo integral y flexible, considero apropiado observar los postulados de UNESCO en la enseñanza del Derecho Mercantil de la manera siguiente:

- *Aprende a aprender*, que reclama del estudiante el encontrar y plantear un problema, para con la guía del maestro encontrar su solución al aplicar el marco regulatorio correspondiente,
- *Aprender a ser*, donde el estudiante desarrollará sus capacidades y valores humanos, para contextualizar el marco regulatorio en estudio,
- *Aprender para emprender*, para que la participación crítica del estudiante, vincule las transformaciones sociales como generadoras de aquéllas que ocurran en el Derecho, para sensibilizarlo en un desempeño profesional adecuado, o sea, eficiente y eficaz, donde se unan la tradición con la innovación científica y tecnológica.

## Conclusiones

Como lo he dejado expresado, los cambios estructurales mundiales ha sido el origen para que algunas naciones configuren marcos normativos para perfilar un modelo económico en sus Textos Constitucionales, detallándolo en legislaciones secundarias.

Así se pretende, que el comerciante desde su definición y/o constitución, guarde un equilibrio en su accionar dentro del escenario del mercado, que le permita diseñar estrategias de vinculación o hasta alianzas estratégicas, salvaguardando el principio de libre competencia y libre competencia económica, protección que se extiende hasta el consumidor, para evitarle sufrir daño tanto en su salud como en su patrimonio.

---

<sup>5</sup> Rafael Sánchez, Vásquez, *Notas para un modelo de docencia diferente al sistema de enseñanza tradicional del Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de México, T XLIV, Nos. 195-196, 1994, pp. 209.



## **BIBLIOGRAFÍA:**

ACOSTA ROMERO, Miguel y Julieta Areli Lara Luna, *Nuevo Derecho Mercantil*, ed. Porrúa, México, 2000.

ATHIÉ GUTIÉRREZ, Amado, *Derecho Mercantil*, Ed. McGraw-Hill, México, 1997.

BARÓ HERRERA, Silvio, *Globalización y relaciones internacionales*, *Aportes*, Revista de la Facultad de Economía, Año II, Núm.5, Benemérita Universidad Autónoma de México, 2000. pp. 49-52.

BARRERA GRAF, Jorge, "Derecho Mercantil" en *El Derecho en México. Una Visión de Conjunto, T II*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colec. Serie A: Fuentes, b) textos y estudios legislativos, No. 69, México, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 10ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

LOZANO MARTÍNEZ, Roberto. *Derecho Mercantil I*, 2ª.ed., Ed. MacGraw-Hill, Colec. Jurídica, México, 1998.

MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1996.

SÁNCHEZ, VÁSQUEZ, Rafael, *Notas para un modelo de docencia diferente al sistema de enseñanza tradicional del Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de México, T XLIV, Nos. 195-196, 1994. pp. 209

TURAINÉ, Alan. *¿Podremos vivir juntos?. Iguales y diferentes*. Tr. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.



## El Municipio y la Modernización Administrativa

Mireya Toto Gutiérrez\*

**SUMARIO:** Introducción. 1. Modernización administrativa y el Art. 115 constitucional. 2. Perfil del personal municipal. 3. Profesionalización de servidores públicos. 4. Servicio civil de carrera municipal. Bibliografía.

*La autora destaca entre los dilemas de la modernización administrativa en los espacios locales, la necesidad de profesionalización de los servidores públicos municipales. Para ello propone un modelo de profesionalización, a través del Servicio Civil de Carrera, como presupuesto para la modernización de la gestión municipal y su concreción en una eficiente capacidad de gobierno y administración. Entre los retos que identifica destaca la necesidad de un marco jurídico idóneo.*

### Introducción

Desde diferentes ópticas los estudiosos de los gobiernos locales se interrogan sobre los principales dilemas de la modernización administrativa en los espacios municipales. Las tareas se orientan a identificar comunes denominadores, obstáculos y resistencias que inciden en el planteamiento modernizador de la administración municipal.

La heterogeneidad de la realidad municipal de nuestro país impone desafíos considerables para avanzar en la sistematización de los problemas y en la búsqueda de soluciones desde los ámbitos académicos y gubernamentales.

Así, se han identificado como temas de discusión de la Agenda para la Reforma Municipal los siguientes aspectos: Estructura financiera y coordinación fiscal, integración política y participación ciudadana, organización y gestión de la administración municipal y competencia y coordinación intergubernamentales.<sup>1</sup> El desarrollo institucional requiere diversos presupuestos, uno de ellos lo constituye la profesionalización de la gestión municipal.

En el marco del diagnóstico realizado para integrar la Agenda para la Reforma Municipal una de las constantes que presentan los gobiernos locales reside en un capital humano insuficiente, con altos niveles de

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

<sup>1</sup> Rodolfo García del Castillo, "Agenda para la Reforma Municipal. La modernización Administrativa y los Servicios Públicos Municipales", Centro de Investigación y Docencia Económica A. C. CIDE, México, 1999, pp. 19-25.

rotación y escasa o nula capacitación. En tal contexto, la profesionalización de los servidores públicos municipales a través del Servicio Civil de Carrera constituye un tema urgente de la Agenda para la Reforma Municipal.

La estructura del texto es la siguiente. En primer lugar, se destacará que las diversas reformas al artículo 115 constitucional requieren para su operatividad de un capital humano profesionalizado, presupuesto de la modernización de la gestión municipal y su concreción en una eficiente capacidad de gobierno y administración. Se tratará el perfil y grado de capacitación que tiene el personal municipal, así como los mecanismos de reclutamiento y selección de personal que se aplican en los municipios del país. En tercer lugar se abordarán las implicaciones de la profesionalización, para precisar en cuarto lugar la definición del servicio civil de carrera municipal y los procesos que integran el modelo de profesionalización que se propone.

## **1. Modernización Administrativa y el Art. 115 Constitucional**

En efecto, el ámbito municipal constituye el primer nivel de contacto con los gobernados. Las demandas ciudadanas cada vez más complejas se incrementan y ejercen una presión constante en la eficacia y calidad de la prestación de bienes y servicios. La vieja lógica institucional de concentrar funciones en unos cuantos aparatos políticos-administrativos erosionó la capacidad institucional y jurídica de representación legítima de las distintas aspiraciones sociales. Esta tendencia ha cedido paulatinamente terreno, no sin conflicto, a la diversidad funcional de las instancias de gobierno, administración y representación de la sociedad, para responder eficientemente a la complejidad social, proceso denominado: crecimiento de la densidad institucional.<sup>2</sup>

En esa dirección, la modernización de la administración pública municipal pasa, entre otros aspectos, por un incremento en la eficiencia de su capacidad de gobierno y administración.

La realización de las atribuciones y funciones conferidas a los municipios en la Constitución Federal y en las respectivas leyes orgánicas, requiere de una organización administrativa ágil y eficiente que de respuesta a la complejidad de la demanda ciudadana. Un factor fundamental lo constituye el capital humano con que cuenta dicho orden de gobierno, pues a mayor capacitación y profesionalización mayor eficacia de la gestión pública municipal.

Las funciones políticas, administrativas y técnicas de los municipios se regulan en el artículo 115 constitucional. Las diversas reformas a este precepto, como las de 1999 que dotan a los municipios de mayores

---

<sup>2</sup> Mireya Toto Gutiérrez y Constantino, Mario César, "Reforma política. Algunos elementos conceptuales", Fundación Cambio XXI "Luis Donaldo Colosio", Xalapa, Ver., 1995, pp. 17 y ss.

facultades y las más recientes reformas constitucionales al 115 y 116 que preveen más responsabilidades a los municipios en el manejo de los recursos públicos para atender demandas prioritarias y abatir rezagos sociales; no se podrán ejercer plenamente en tanto los gobiernos municipales carezcan de suficientes recursos y de capital humano debidamente profesionalizado.

En ocasión de las reformas de 1999 señalé que la operatividad de las mismas dependía en gran medida de la profesionalización de los servidores públicos municipales.<sup>3</sup> Y en esa dirección, el fortalecimiento municipal requiere, además de reformas constitucionales que por si mismas son insuficientes, dotar a los municipios de los mecanismos jurídicos e institucionales necesarios para operativizar dichas reformas e impulsar debidamente su potencial de modernización y desarrollo administrativo.

Las reformas y adiciones al artículo 115 constitucional generan un impacto, entre otros aspectos, en el ámbito de los recursos humanos con que cuentan los ayuntamientos para hacer frente a sus nuevas atribuciones. Es relevante señalar que del perfil o grado de capacitación que posea el personal dependerá el buen gobierno municipal y en consecuencia el ejercicio pleno de las atribuciones constitucionales conferidas al municipio.

## **2. Perfil del Personal Municipal**

Conviene pues, conocer ¿cuál es el perfil y el grado de capacitación que tiene el personal que labora en los 2,427 municipios de nuestro país? ¿y si sus formas de reclutamiento, obedecen a reglas y procedimientos administrativos, es decir a un modelo "legal racional" o a las formas tradicionales de ingreso a la administración pública?

De acuerdo a la Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal 2000 realizada por INDESOL-INEGI, contamos en el país con 2,427 municipios.<sup>4</sup> Analizando un comparativo nacional del número de empleados tenemos que en 1995 existían 336,014 empleados, en el año 2000 la cifra varió a 478,010 lo que significó un incremento de un 40% con respecto a 1995. De ésta última cifra de más de 470,000 empleados el 90% de ellos no tiene más de 3 años de experiencia.<sup>5</sup> Este aprendizaje de lo que implica una administración es lo que se desperdicia cada 3 años, cuando se renuevan las administraciones municipales y no se asegura la permanencia de los mejores servidores públicos independientemente de su filiación partidista.

---

<sup>3</sup> Cf. Mireya Toto Gutiérrez, "El artículo 115 constitucional y la profesionalización de los servidores públicos municipales", Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 1999, pp. 3 y ss.

<sup>4</sup> Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal 2000, INDESOL- INEGI, pp. 18-40.

<sup>5</sup> Cecilia Loría Saviñón, ponencia presentada en el Foro Nacional Permanente de Profesionalización y Servicio Público de Carrera, México, D.F, 2001, p. 10.

En relación a la rotación del personal tenemos que el 88% de los secretarios, el 90% de los tesoreros, el 88% de los directores de seguridad pública, el 88% de responsables de la unidad de planeación y el 91% de los responsables del área de participación social permanecen de 1-3 años, mientras únicamente 12% de los secretarios, 10% de los tesoreros, 12% de los directores de seguridad pública, 12% responsables de la unidad de planeación y 10% de los responsables del área de participación social continua mas allá del periodo de gestión municipal. El cambio de funcionarios municipales que se produce cada trienio obstaculiza la creación de una base estable de recursos humanos e impide la continuidad en la delicada tarea de gobernar.

De acuerdo a la categoría ocupacional, en mandos superiores de un total de 25,927 empleados, 22,091 son hombres contra 3,836 mujeres; en mandos medios de un total de 25,799 empleados 20,509 son hombres y 5,290 mujeres; en cuanto al personal administrativo de un total de 124,603 son hombres 69,198 y mujeres: 55,405. Como se puede observar a mayor categoría ocupacional menor presencia de mujeres. Es en la categoría de personal administrativo donde la contratación femenina alcanza porcentajes más cercanos a sus compañeros varones, sin por ello igualarlos o rebasarlos.

En las categorías ocupacionales el incremento se reflejó en la categoría de mandos superiores en más de 900%, los mandos medios disminuyeron en un 22% y el personal administrativo se incrementó en un 60%.<sup>6</sup>

Otro aspecto relevante de la Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal 2000, reside en el hecho de que entre los aspectos más problemáticos que se presentan en los municipios aparece al lado de seguridad pública, participación ciudadana y limitación de recursos económicos, la prestación de los servicios públicos y el perfil y grado de capacitación que tiene el personal del municipio.

En cuanto a las funciones que realiza el área de administración de personal tenemos que de un total de 2,427 municipios: 1,698, es decir un 69.96% no aplican procedimientos de reclutamiento, selección y contratación contra 729 ayuntamientos que si los utilizan, lo que representa un 30.04%; respecto a la inducción al puesto: 2,017 municipios no la realizan lo que representa un 83.11% contra 410 que responden afirmativamente, es decir un 16.89%. En el rubro de capacitación y desarrollo personal: 1,814 municipios, un 74.74% no realiza estas funciones, contra 613 que si las realiza, un 25.26% y por último, en motivación y premios 1,918 responden negativamente contra 509 afirmativo, respectivamente un 79.03% y un 20.97%.

---

<sup>6</sup> Cecilia Loría Saviñón, *op.cit*, p.12.

Analizar en detalle los porcentajes citados, rebasa el propósito del presente texto, baste con señalar que no podremos hablar de modernización administrativa municipal en tanto las burocracias locales no abandonen el patrimonialismo, la discrecionalidad y el clientelismo como formas de reclutamiento del personal. Resulta preocupante advertir que de 2,427 municipios del país únicamente 729 ayuntamientos utilizan procedimientos administrativos de contratación y selección de personal.

### **3. Profesionalización de Servidores Públicos Municipales**

La profesionalización de los servidores públicos municipales es el presupuesto *sine quo non* para la revalorización y dignificación del trabajo burocrático. En nuestro país, se han instrumentado esfuerzos con diferentes perspectivas para la profesionalización del servicio público, esfuerzos que se han realizado de manera parcial en diferentes dependencias de la administración pública federal.<sup>7</sup>

En marzo del presente año la Cámara de Diputados aprobó por 374 votos a favor, 0 en contra y 6 abstenciones la Ley Federal del Servicio de Carrera de la Administración Pública Federal, esta ley pretende terminar con los vicios que han permeado la administración pública para acceder a los puestos públicos. Vicios como el amiguismo, compadrazgo y la discrecionalidad de los gobernantes sobre los aparatos administrativos, han sido consecuencia de la conjunción entre élite política y alta función pública. Con esta ley se pretende subsanar los aspectos incompatibles de la experiencia mexicana con la instauración de un servicio civil de carrera que separe la administración de la competencia política y ofrezca neutralidad a los cuerpos burocráticos.<sup>8</sup>

En algunas entidades federativas se avanza en los diferentes procesos que implica una estrategia de profesionalización que induzca al establecimiento del Servicio Civil de Carrera.<sup>9</sup>

En el ámbito municipal, la instauración del Servicio Civil de Carrera objetivo de la profesionalización de los servidores públicos, comporta el fortalecimiento institucional de los municipios; de allí que sea uno de los dilemas actuales de la modernización municipal.

---

<sup>7</sup> Para conocer los avances de la carrera administrativa en México, en lo jurídico y en las experiencias vigentes véase: Guillermo Haro Bélchez, *Servicio público de carrera: tradición y perspectivas*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, 246 pp.

<sup>8</sup> Para conocer las causas por las que no se desarrolló el Servicio Civil de Carrera durante el régimen del Partido Revolucionario Institucional, véase Juan Pablo Guerrero Amparan, "Consideraciones sobre la instauración del Servicio Civil en México", Centro de Investigación y Docencia Económica A. C., México, 2000, pp.15-16.

<sup>9</sup> Véase "La profesionalización y la carrera administrativa en las entidades federativas", de Cezario Aguilar Rubio, Mónica Guicho González, y Mireya Toto Gutiérrez, *et. al*, en *Servicio público de carrera en México. Experiencias y perspectivas*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2001, pp. 211-243.

Incrementar la profesionalización de los administradores municipales implica separar la función política de la función administrativa o, dicho de otro modo, separar la función de gobierno del municipio de la filiación partidista. La instauración del Servicio Civil propicia asimismo la continuidad de los planes, para lograr una mayor eficiencia en el desarrollo de los servicios públicos y del municipio en general.

En México el servicio de carrera no se ha instrumentado en la administración pública municipal por diversas razones de orden jurídico, político, económico y cultural. No obstante, existen esfuerzos para diseñar a nivel nacional un sistema de profesionalización y servicio civil de carrera.<sup>10</sup> Ello, sin perjuicio de los esfuerzos aislados que diferentes entidades federativas realizan en el ámbito municipal.<sup>11</sup>

La profesionalización de los recursos humanos municipales, implica un cambio cultural en el servicio público para lograr un buen gobierno que dote a sus gobernados de servicios de calidad.

La implantación de un Servicio Profesional de Carrera en el ámbito municipal, proporciona una alternativa de desarrollo y garantiza una eficiente prestación de servicios públicos a la sociedad, basados en: compromiso institucional, eficacia, creatividad, lealtad y ética profesional.

Implementar la carrera administrativa, propósito del Servicio Civil, conlleva a la profesionalización de los servidores públicos y a una mayor estabilidad de la función pública.

Con dicha propuesta, se propician las condiciones para asegurar la permanencia en los Ayuntamientos de los servidores públicos como consecuencia de la calificación al mérito. Estas acciones constituirán el punto de partida de la carrera administrativa municipal, que para formalizarse requerirá de un nuevo esquema jurídico que garantice estabilidad y eficiencia en el servicio público.

#### **4. Servicio Civil de Carrera Municipal**

El Servicio Civil de Carrera se define como el conjunto de normas y procesos racionalmente vinculados para la gestión de personal al servicio del Estado, que garantiza la adecuada selección, desarrollo profesional y retiro digno de los servidores públicos, sobre la base de capacitación permanente, evaluación del desempeño y ascenso mediante la valoración de conocimientos y méritos.

La profesionalización de los servidores públicos demanda transformación en las costumbres, mentalidades y actitudes que por tradición han obstaculizado, aunque no siempre impedido, el buen

---

<sup>10</sup> Estos esfuerzos se iniciaron en enero de 2001 en CEDEMUN, instancia federal de la Secretaría de Gobernación que el 30 de julio de 2002 se convirtió en el Instituto Nacional para el Federalismo y Desarrollo Municipal hoy INAFED.

<sup>11</sup> Abordar los avances mencionados forma parte de una investigación más amplia que rebasa los límites del presente texto.



desempeño de los trabajadores al servicio de la comunidad. Enfrentar la tarea de cambio de mentalidades, debe ser un trabajo interdisciplinario y multifactorial: implica entre otros aspectos, sensibilizar a los servidores públicos para que interioricen el perfil que requiere una administración pública productiva, confiable y eficiente.

La profesionalización de los servidores públicos municipales debe partir de la adecuación de la normatividad municipal, siguiendo los contenidos del artículo 115 de la Constitución Federal, que reconoce en el municipio un potencial de modernización y desarrollo administrativo. En consecuencia, será necesario prever en la ley reglamentaria del artículo 115 constitucional, en las constituciones estatales y en las respectivas leyes orgánicas municipales, la inclusión del Servicio Civil de Carrera en el ámbito municipal. Consideramos que la metodología adecuada para emprender la profesionalización de los servidores públicos municipales debe tomar en cuenta la necesidad de modificar los procesos que tradicionalmente utilizan las administraciones locales para el reclutamiento, selección, ascenso y promoción de personal.

El modelo de profesionalización de servidores públicos municipales que proponemos comprende un esquema integrado por tres grandes procesos: pre-empleo, empleo y post-empleo.

La metodología parte de la premisa que el punto de referencia de los tres grandes procesos que integran el modelo de profesionalización —pre-empleo, empleo y post-empleo— debe ser la calificación al mérito. Para ello se propone crear un sistema que permita establecer los mecanismos administrativos que con transparencia, equidad e imparcialidad valoren la calidad y eficiencia del servidor público

El pre-empleo comprende los criterios, políticas y procedimientos que permiten la incorporación de recursos humanos calificados para ingresar y desarrollarse en la administración pública municipal, a través de procesos que garantizan transparencia y legalidad. En la etapa de selección se analiza la aptitud, capacidad, experiencia e intereses de los aspirantes a ocupar un puesto en la administración pública, a fin de detectar los perfiles idóneos para el eficiente desempeño de las funciones, sentando las bases para la prestación de servicios de calidad a la población.

La fase de empleo se inicia con la contratación y es el punto de partida para el desarrollo profesional del servidor público, integrada por los siguientes aspectos: inducción, capacitación, evaluación del desempeño y promoción. Es en esta etapa donde se potencian las habilidades, destrezas y conocimientos de los servidores públicos para su eficiente desempeño, motivados por políticas de promoción y ascenso, condicionadas por la calidad de los servicios que se prestan a la sociedad.

El post-empleo corresponde a las acciones relacionadas con la terminación de la relación laboral que concierne al servidor público.

Diversos son los beneficios que ofrece el servicio profesional de carrera, destacan entre otros:

- Mejoramiento en la productividad y rendimiento de la función y servicios públicos.
- Alternativas de desarrollo y profesionalización de los servidores públicos.
- Certidumbre en el empleo.
- Ingreso y promociones con base en concursos y méritos.

A pesar de los beneficios indiscutibles de un sistema de profesionalización de servidores públicos, su diseño e implantación comporta un largo y complejo proceso que exige, además de voluntad política, enfrentar una serie de retos entre los que destaca la integración de un marco jurídico idóneo para las diferentes etapas del proceso de instauración de la carrera administrativa.

## Bibliografía

AGUILAR RUBIO, Cezario, GUICHO GONZÁLEZ, Mónica y TOTO GUTIÉRREZ, Mireya, *et. al*, *Servicio público de carrera en México. Experiencias y perspectivas*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), México, 2001.

Encuesta Nacional sobre Desarrollo Institucional Municipal 2000. INDESOL- INEGI.

GARCÍA DEL CASTILLO, Rodolfo, "Agenda para la Reforma Municipal. La modernización Administrativa y los Servicios Públicos Municipales", Centro de Investigación y Docencia Económica A. C. (CIDE), México, octubre, 1999.

GUERRERO AMPARAN, Juan Pablo, "Consideraciones sobre la instauración del Servicio Civil en México", Centro de Investigación y Docencia Económica A. C. (CIDE), México, septiembre, 2000.

HARO BÉLCHEZ, Guillermo, *Servicio público de carrera: tradición y perspectivas*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), México, 2000.

LORÍA SAVIÑÓN, Cecilia, ponencia presentada en el Foro Nacional Permanente de Profesionalización y Servicio Público de Carrera, México, D.F, octubre del 2001.

TOTO GUTIÉRREZ, Mireya, "El artículo 115 constitucional y la profesionalización de los servidores públicos municipales", Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, noviembre de 1999.

-----, "Modelo del servicio civil de carrera para el Estado de Veracruz", tomado de *Profesionalización de los servidores públicos*, Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 15 de noviembre de 1999.

-----, "La experiencia en el gobierno del Estado de Veracruz: El servicio civil de carrera y su inserción en el proceso de modernización del Estado", en Memoria del seminario *Servicio Público de Carrera en México. Experiencias y perspectivas*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), México, 2001.

TOTO GUTIÉRREZ, Mireya y CONSTANTINO, Mario César, "Reforma política. Algunos elementos conceptuales", Fundación Cambio XXI "Luis Donaldo Colosio", Xalapa, Ver., 1995.

# Sobre dos modelos de democracia

Eduardo Trejo Rodríguez\*

**SUMARIO:** 1. Introducción, 2. Definición de Democracia. 3. El modelo de democracia elitista competitiva. 4. La democracia participativa. 5. Conclusión. Bibliografía.

*Este artículo tiene como propósito destacar las características propias de la democracia elitista competitiva y la democracia participativa. Se exponen sus propuestas teóricas, sus ventajas y desventajas a partir de su aplicación en la realidad política.*

## 1. Introducción

El antagonismo teórico que existe entre diversas concepciones de la democracia es sumamente complejo. En este trabajo se analizan dos teorías democráticas que son excluyentes entre sí: la democracia elitista competitiva y la democracia participativa. Cuando una propone un escenario dominado por las elites en competencia por alcanzar el poder, a través de estrategias de marketing político y carente de valores éticos sociales, la otra, propone la participación del pueblo a través de formas políticas directas o semidirectas para alcanzar objetivos y valores sociales. Todo el trabajo gravita en torno a esta confrontación, solamente la primera parte se dedica a explicar el significado polisémico de la democracia. En la parte final se llega a una conclusión que integra a la democracia representativa, desprovista de los elementos perturbadores de la democracia elitista, que a veces suele exhibir, con la democracia participativa.

## 2. Definición de democracia

La utilización de la palabra democracia en el título de una investigación conlleva el compromiso de definir, en principio, cuál es el sentido que se le está dando a este concepto. Por lo tanto, debemos emitir una definición de carácter instrumental para efecto, de realizar este trabajo. La palabra democracia es un concepto anfibológico, es decir, tiene diversos significados y se emblematiza de diferentes maneras: se trata de un uso en expansión en el discurso político; invade cada vez más los ámbitos no políticos, como el medio económico, familiar, el deporte, etc., tiende a usarse como adjetivo y se hace referencia a “una familia democrática”, un “profesor democrático” y una “actitud democrática”; se usa con carácter axiológico, es decir, lo democrático es lo estimable, lo valioso, y su contrario, lo no democrático es lo no valioso, lo negativo; también suele utilizarse en sentido procesal, designando no una realidad existente, sino el desarrollo de ciertas actividades a un objetivo aún no logrado: se habla de “democratización de la cultura”, “democratización de la universidad”, “democratización de la justicia”.

---

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

En términos generales debe quedar establecido la dificultad conceptual y teórica para definir un concepto esquivo y polivalente. El término democracia en primer lugar puede ubicarse en el contexto de los ideales de la humanidad; en principio todo ideal resulta sumamente complicado darle corporeidad y operatividad en el campo de la realidad. Su idealidad lo hace inmanejable, y cuando se le ajusta y aprehende en términos de una definición es insuficiente para abarcar todos los aspectos que conforman el concepto definido. O la definición peca de estrechez o la dimensión democrática es inmanejable.

La idea de la democracia es tema de reflexión desde la antigüedad clásica hasta nuestros días, por esta razón, han gravitado en torno a ellas los intentos más diversos, provenientes de todas las épocas e ideologías, para sintetizarla en pocas palabras, que informen de ella.

Por ejemplo, la definición de Abraham Lincoln es la más frecuentemente citada porque tiene la ventaja de ser breve, directa y clara: la democracia es “el gobierno del pueblo, por el pueblo, y para el pueblo”<sup>1</sup>. Sin embargo, tiene sus matices y bemoles que producen una primera reflexión en torno de ella: se está refiriendo a dos clases o modalidades de democracia, primero la democracia formal que es considerado como el gobierno del pueblo, y después, a la democracia sustantiva que está vinculada a la idea de gobierno para el pueblo. Además, se está refiriendo a dos momentos distintos. En una primera parte se estaría aludiendo a la forma de acceder al poder; en la segunda parte, en la sustantiva, se referiría al momento de cómo se ejerce el mencionado poder.

Otro problema, de agudas proporciones, es el que se refiere a la definición de la democracia por diversas escuelas o corrientes de pensamiento teórico político. Así podríamos recoger herramientas definitorias de la democracia dentro de diversas latitudes del pensamiento. Hallaríamos, en un primer intento, definiciones de carácter clásico, como las emitidas por Platón y Aristóteles; las que señalan de manera más acuciosa la participación de los individuos en la conformación de la democracia; la de carácter procedimental, que destacan los formalismos que hay que cumplir para cerciorarnos que estamos frente a un proceso democrático; las definiciones de marxistas y socialdemócratas; las que se refieren a la democracia directa, las definiciones que se basan en la ética; las que se inspiran en la oferta y la demanda para explicar la democracia como si la relación entre los políticos y los ciudadanos fueran productor y demandante de satisfactores; las definiciones de carácter jurídico, filosóficas, economicistas; las que se formulan desde la posición política de la derecha, como las de Nozick y Hayek, las provenientes de la izquierda, como la sostenida por Macpherson, etc. Todo parece indicar que es una tarea imposible lograr el encapsulamiento de la democracia en términos que la definan a cabalidad. Sin embargo, es un deber académico explicar los términos que se van a operacionalizar, para evitar interpretaciones erróneas de la forma en que se usan los conceptos en un trabajo de investigación, por lo tanto, asumiría este compromiso, estableciendo un primer criterio de acercamiento al asunto que me interesa deslindar.

---

<sup>1</sup> Henry B. Kranz, *Abraham Lincoln*, p. 296

Cuando hago referencia a la democracia, estoy refiriendo las condiciones en que surge, los procesos institucionales que la conducen, las formas y mecanismos establecidos para hacer culminar la democracia representativa. Existe la convicción de que la democracia no se agota en las instancias meramente electorales, no obstante, es seguro que la creación de mecanismos, procesos e investigaciones que pasteuricen todo el proceso electoral, otorgando legalidad y legitimación a los hombres que participan en las elecciones a puestos públicos, permitirá, limpiar otras áreas o zonas de convivencia que no alcanzan a estimarse como democráticas.

Se advierte en esta diversidad de acepciones que resulta difícil de aprehender el concepto de democracia en una definición que nos permita utilizarla de manera pertinente en esta investigación, sin embargo, cuando hurgamos en el pensamiento de algunos estudiosos de la ciencia política que han reflexionado en torno al concepto en cuestión hallamos la definición política de democracia y confeccionada con el propósito de explicar e instrumentalizar los procesos, que son consubstanciales, a la democracia política.

Con el propósito de tener a la mano una definición pertinente de democracia, utilizaremos la que proporciona un estudioso del tema:

La democracia es una forma de organización política o forma de estado (no forma de gobierno) que conecta al elemento poder con el elemento humano del Estado. Esa conexión implica resolver el modo de instalación política de los hombres en el Estado, y ese modo de instalación política tiene su dinámica real a través del poder estatal.<sup>2</sup>

Particularmente importante resulta esta definición porque hace alusión a un proceso político que implica la instalación de los hombres en posiciones de poder. ¿Cómo resuelve la democracia ese modo de instalación o situación política de los hombres en el Estado? De un modo favorable al respecto de su dignidad de personas, a sus libertades y a sus derechos.

Al hablar de libertades y derechos en relación con la democracia estamos aludiendo a dos modelos específicos de democracia: la democracia elitista competitiva y la democracia participativa.

### **3. El modelo de democracia elitista competitiva**

En la era contemporánea al hablar de democracia se alude a diversos valores que están referidos a un sinnúmero de teorías de la democracia, por ejemplo, cuando se habla de ética, de tolerancia, etc. No obstante podemos afirmar que las teorías de la democracia, que ahora, y más adelante, van a campar por sus respetos en la vida de las colectividades humanas, son dos prototipos de teorías: la democracia elitista competitiva y la democracia participativa. Para efectos de este trabajo, se expondrá cuáles son los principios en que se sustentan.

Quien formuló el modelo de la democracia elitista competitiva fue Joseph Schumpeter en unos capítulos de su obra *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. “El

---

<sup>2</sup> Germán Bidart C., et. al., *En torno a la democracia*, p. 19.

método democrático es el arreglo institucional para llegar a las decisiones políticas en el que algunos individuos adquieren el poder de decidir mediante una lucha competitiva por el voto del pueblo”.<sup>3</sup>

En principio y de acuerdo a su formación de economista, Shumpeter, concibe a la democracia como un orden institucional al igual que el mercado (el reduccionismo de la oferta y la demanda que informa de manera integral a la economía). En donde hay productores que ofrecen determinados factores y consumidores que los demandan. Es decir, en un sistema político democrático existen distintos grupos de personas- equivalente a los empresarios del mercado- que compiten para ganarse los votos de los electores, o sea los consumidores políticos. Economía y política en una inextricable unión.

Shumpeter parte de la diferenciación entre democracia clásica y la conceptualización de democracia como competencia entre élites por el liderazgo político. Una diferencia substancial entre ambas es la intervención mayor o menor de elementos éticos fuertes. El modelo de democracia clásica se basa en la dignidad del hombre, en su desarrollo como miembro, actuante, socialmente hablando, y que depende de su participación en las decisiones colectivas que influyen en él; el modelo shumpeteriano margina totalmente algún indicio de ética y lo reduce a la competencia política por el liderazgo político; la discusión y la reflexión sobre los fines de la sociedad se vuelven irrelevantes para concretar la democracia a la elección de los ciudadanos que van a tomar las decisiones políticas.

Las notas distintivas de este modelo las podemos resumir brevemente:

En primer lugar, que la democracia no es más que un mecanismo para elegir y autorizar gobiernos, no un tipo de sociedad ni un conjunto de objetivos morales; y en segundo lugar que el mecanismo consiste en una competencia entre dos o más grupos autoelegidos de políticos(élites), organizados en partidos políticos, a ver quién consigue los votos que les darán derecho a gobernar hasta las siguientes elecciones.<sup>4</sup>

Y como una idea complementaria, que redondea el concepto de democracia en este autor citaríamos otras palabras del mismo libro referidas a su concepción del método democrático.

El papel de los votantes no es el decidir cuestiones políticas... es más bien el de elegir a los hombres que adoptarán las decisiones... el papel del pueblo es el de producir un gobierno... el método democrático es el mecanismo institucional para alcanzar decisiones políticas en las cuales unos individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Joseph A. Shumpeter, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, p. 269

<sup>4</sup> C.B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, p. 96

<sup>5</sup> Idem.

Subsiste y se mantiene firme la concepción cuasi mercantilista de oferta y demanda política. Se destierra tajantemente cualquier indicio que vislumbre una apreciación valorativa-idealista de la democracia; ningún respeto por los objetivos superiores que debe contener un sistema político, como por ejemplo, el bien común. Todo eso significan intrascendencias frente a un mercado que se autorregula con los imponderables mecanismos de la mano invisible de los economistas clásicos. En este modelo la participación popular es reducida a la emisión de su voto en alguna dirección ideológico partidista que al ciudadano le produzca la impresión que es lo que va a satisfacer sus intereses. Pero esta propuesta política adolece de diversos errores al contemplar la participación ciudadana con miras muy cortas.

En primer lugar, el sujeto ya no es considerado como sujeto racional de la política sino como ignorante y falto de juicio en cuestiones de política nacional e internacional... en segundo lugar, el proceso político es concebido como la lucha competitiva de las élites por los votos de un electorado pasivo, por medio de las técnicas más descaradas de propaganda comercial... en tercer lugar desaparecen los conceptos fundamentales de la teoría clásica como bien común y voluntad popular, que pasan a ser considerados como mera retórica de los partidos... en cuarto lugar, anticipa buena parte de la más reciente literatura científica sobre los contenidos modernos de las instituciones democráticas.v.gr. La importancia del momento electoral en la elección de gobernantes y la función crucial desempeñada por los institutos de control de las carreras de los hombres políticos(modalidades de reclutamiento y selección) es decir, la naturaleza procedimental de la democracia y el papel de la lógica competitiva en el interior del mecanismo de formación de decisiones.<sup>6</sup>

El mismo autor citado señala diversas críticas que se le hace a la Teoría de Shumpeter, por ejemplo, señala que al establecer una conexión causal entre el capitalismo y el nacimiento de la democracia moderna, Shumpeter, introduce en su teoría conceptos tales como la de acción racional, responsabilidad individual, autodisciplina, tolerancia, que parecieran términos vinculantes con la teoría clásica de democracia(Pateman).

Por otra parte, se escribieron algunos libros que se ocupaban de nuevas clasificaciones de la democracia, y que eran obvias respuestas, al esquema planteado por Shumpeter, el cual la reducía a dos modelos: la clásica y su propuesta de proyecto democrático. Una de esas obras fue *La democracia liberal y su época* de Macpherson, el cual propone cuatro modelos de democracia en respuesta al modelo de Shumpeter. Entre los aciertos teóricos de nuestro autor deben consignarse el uso inaugural de conceptos sobre el carácter elitista y competitivo de la democracia.

El ponderar el análisis económico de la política, según los estudiosos de filiación positivista, es lo más correcto que se puede hacer, ya que esto permite aplicar una metodología deductiva al estudio de los problemas políticos, o sea, se pueden crear

---

<sup>6</sup> César Cansino, "El análisis de la política, la contribución de J. A Shumpeter", en: *El Pensamiento Austriaco en el exilio.*, p. 147



hipótesis y generalizaciones con rigor científico, superando el carácter descriptivo de la ciencia política norteamericana. Podríamos adelantar un argumento en contra de la visión positivista que esta teoría o cualquier otra postularan, toda vez que el avance de la ciencia actual hacia conceptos como relativismo, probabilidad e indeterminación crean la convicción de que cualquier ciencia que postule el método hipotético-deductivo se encuentra inmóvil dentro del paradigma científico positivista que ha sido ampliamente superado. Los argumentos a favor de una ciencia que se puede matematizar y deslumbra con su rigor lógico, no deja de advertirnos su enfoque formalista que tiene suma consistencia pero que se aleja de algunos valores, que en el caso de la política, sentimos imprescindibles. Al margen de cuestiones metodológicas y volviendo al balance de logros y objetivos no alcanzados de dicha teoría tenemos que admitir, que tiene una forma simplista y muy esquemática de explicar la democracia, porque afirma que ésta consiste en:

La habilidad de los ciudadanos para sustituir un gobierno por otro y por lo tanto, para protegerse del riesgo de que los políticos encargados de tomar las decisiones se transformen en una fuerza inamovible. Mientras los gobiernos puedan cambiarse, y mientras el electorado pueda elegir entre (al menos dos) plataformas de partido muy distintas, la amenaza de una tiranía pueda ser controlada.<sup>7</sup>

Es notorio el reduccionismo electoral que postula como máxima prueba de democracia. No obstante, debemos reflexionar en la posibilidad de que si se llevan procesos electorales limpios, que se respeten los derechos humanos, que exista una real división de poderes, que funcione un auténtico sistema de partidos, y que haya, finalmente, alternancia en el poder al menos entre dos partidos, entonces estaríamos hablando efectivamente de un modelo democrático.

Consideraríamos la posibilidad de que los eventos electorales por sí mismos traerían aparejados la realización de la democracia, aunque este enfoque choque de forma violenta con los modelos que hablan de ella, pero desde la perspectiva de una carga valorativa. En el arquetipo de la democracia elitista competitiva existe una visión política que se puede reducir a su aspecto procedimental. “Pero esto presupone un orden institucional el que a su vez implica siempre una dimensión normativa. El propio Shumpeter reconoce que el éxito del método democrático depende de una serie de condiciones.”<sup>8</sup>

Shumpeter reconoce la necesidad de esta serie de “condiciones para el éxito del método democrático”, en un capítulo de su obra, el cual lleva precisamente ese título. Y si como presupuesto para el éxito de dicha propuesta, existe una dimensión normativa, esta no puede estar desprovista de valores porque el derecho es una disciplina de fines, de metas y objetivos que se deben alcanzar para la realización de valores sociales.

---

<sup>7</sup> David Held, *Modelos de democracia*, p. 201

<sup>8</sup> Enrique Serrano, “Dos interpretaciones de la democracia”, en: *El pensamiento Austriaco en el exilio*, p. 157

#### **4. Democracia participativa**

En nuestro país la democracia participativa tuvo sus manifestaciones más importantes en los movimientos estudiantiles de 1960. Posteriormente se difundió entre la clase obrera en los decenios de 1960 y 1970. En esos mismos decenios, la idea de participación de los ciudadanos en la formación de decisiones por el gobierno se extendió tanto que varios gobiernos nacionales empezaron a hacer suyas, al menos verbalmente, las consignas de participación, y algunos incluso iniciaron programas que contenían una amplia participación ciudadana. Una forma de combatir la desigualdad social es permitiendo la participación ciudadana, es una posibilidad de sociedades más equitativas. La poca participación y la desigualdad social están inextricablemente unidas; por lo tanto, en la medida en que los ciudadanos concurren a la tarea de perseguir objetivos comunes a su colectividad en esa proporción la sociedad será más justa.

Pero para que surja una democracia decididamente participativa es necesario que se den ciertos presupuestos:

Primero: que la conciencia de la gente pase de verse a sí misma y de actuar como esencialmente consumidora a verse actuar como persona que ejerce sus propias capacidades y gozan con el ejercicio y desarrollo de éstas.

Segundo: una gran reducción de la desigualdad social y económica, pues esa desigualdad, requiere un sistema no participativo de partidos a fin de que la sociedad funcione.

Del primer aspecto podemos decir que la única forma de que las gentes trasciendan su conciencia de consumidoras y apropiadoras es a través de la acción política conjunta. De aquí se deriva un círculo vicioso: no podemos lograr más participación democrática sin un cambio previo de la desigualdad social y la conciencia, pero no podemos lograr los cambios de la desigualdad social y la conciencia si antes no aumenta la participación democrática.

Partamos del supuesto de que la mayor parte de nosotros somos maximizadores de nuestro propio beneficio y sometemos todo a un análisis de costo-beneficio y que nos vemos como esencialmente consumidores; si se parte de este supuesto, entonces caeríamos en un círculo vicioso: la mayor parte de gente apoyará un sistema que produce abundancia, que aumenta el producto nacional bruto y además dista de ser el ideal que persigue el hombre. Tal situación de bonanza económica en algunas sociedades de nuestro tiempo no compensa el deterioro que se sufre a nivel planetario en aspectos relacionados con la calidad de vida de las personas y que motivan su participación en asuntos políticos. Por ejemplo, se puede advertir algunos beneficios de la expansión económica pero cada día, también, se adquiere conciencia de los daños irreversibles que se producen en el hábitat del hombre: contaminación del aire, el agua y la tierra. La conciencia de estos costos es lo que quita validación a la creencia de que la generación de riqueza económica es el único criterio de bien social.

Por otra parte, es cada vez mayor la conciencia de la apatía política, se está empezando a apreciar que la no participación ciudadana permite que la concentración de poder industrial y empresarial domine nuestras calles. Así se observa que surgen

movimientos de ciudadanos de barrios en contra de la especulación urbana, en contra del deterioro de los centros de las ciudades, a favor de mejores escuelas y guarderías, etc. Otro movimiento menos perceptible es la participación democrática en la formulación de decisiones en el lugar del trabajo. Es muy posible que el apetito de participación, basado en la experiencia participativa pase del lugar del trabajo o la calle a esferas muy amplias. Quienes han mostrado su competencia en un tipo de participación, y han adquirido confianza en que puede ser eficaz, quedarán menos afectados por las fuerzas que los han mantenido en la apatía política.

Podríamos asegurar que la conciencia cada vez mayor de los costos del crecimiento económico, la conciencia de los costos de la apatía política y las dudas acerca de la capacidad del capitalismo de empresa para satisfacer las expectativas de los consumidores al mismo tiempo que reproduce la desigualdad, contribuye al logro de las condiciones necesarias para la democracia participativa, conduce a una conciencia de reducción en el consumo, a una reducción de la desigualdad social y a un aumento de la participación social.

Este enfoque sobre la democracia participativa evidentemente está relacionado con las condiciones que permite que surja esta modalidad democrática, así dice un autor mexicano:

Me encontré con el debate que hasta la fecha sostienen dos escuelas o corrientes de pensamiento sobre la mejor manera de explicar la democracia y la democratización. Una corresponde al enfoque estructuralista que busca analizar las precondiciones de la democracia tales como el grado de desarrollo económico-social o la cultura; estuvo de moda sobre todo en los sesentas. La otra se orienta más hacia el proceso mismo de la transición y trata de precisar los términos y actores que la determinaron; cobró carta de naturalización a partir de los setentas.<sup>9</sup>

Si utilizamos esta referencia a la obra de Rabasa encontraremos que el enfoque estructuralista privilegia la idea de democracia participativa. Hay otro autor que aporta elementos importantes de juicio para entender a la democracia participativa y llega incluso a proponer dos modelos de dicha democracia, dice:

El modelo más sencillo de lo que cabe calificar correctamente de democracia participativa sería un sistema piramidal, con la democracia directa en la base y la democracia delegada en todos los niveles por encima de ella. Así se empezaría con una democracia directa a nivel de barrio o de la fábrica, con debates totalmente directos, decisión por consenso o mayoría, y la elección de delegados que formarían un consejo al nivel más amplio, como un distrito o ciudad, y así sucesivamente hasta el nivel más alto, que sería un consejo nacional para asuntos de gran

---

<sup>9</sup> Emilio Rabasa Gamboa, *¿Por qué la democracia?* p. 13

importancia y consejos locales y regionales para asuntos de importancia no nacional.<sup>10</sup>

Recomienda el mismo autor que para que cada nivel sea democrático es necesario que los responsables de tomar decisiones elegidos desde abajo sean responsables ante los de abajo al estar sometidos a la reelección o incluso a la revocación.

Aunque otro enfoque considera que la democracia participativa es el contramodelo principal de la izquierda a la democracia legal de la derecha es cierto que, la democracia participativa fomenta el desarrollo humano, intensifica un sentido de eficacia política, reduce el sentido de enajenación respecto a los poderes centrales, nutre la preocupación por los problemas colectivos y contribuye a la formación de una ciudadanía activa, capaz de tomar intereses por las cuestiones de gobierno. Por esta razón, muchas de las instituciones centrales para la democracia liberal- los partidos políticos competitivos, los representantes políticos, las elecciones periódicas- serán elementos inevitables en una sociedad participativa. La participación directa, junto con la competencia entre partidos y grupos de interés en las cuestiones gubernamentales, es la forma más realista de avanzar.

Una actitud que iría aparejada a este enfoque de la democracia participativa podría sintetizarse así: que las personas aprenden a participar participando. Si las personas saben que existen oportunidades para una participación efectiva en la toma de decisiones, es probable que merezca la pena participar, además que defienden la idea de que las decisiones colectivas deben ser obligatorias. De otra manera si las personas son sistemáticamente marginadas o pobremente representadas, es probable que crean que rara vez se tomarán en serio sus opiniones y preferencias, difícilmente se considerarán con el mismo peso que el de los demás o se valorarán en un proceso imparcial o justo. Por todas éstas razones es probable que encuentre atractivo participar en los procesos de toma de decisiones que afectan a sus vidas. Esta visión de la democracia participativa ha sido criticada por un autor renombrado diciendo:

Una cosa es reconocer un derecho y otra muy distinta, suponer que de ello se deduce que todo el mundo debe, independientemente de su elección, participar realmente en la vida pública. La participación no es una necesidad. Se ha argumentado que una de las libertades negativas, más importantes que se establece a partir del último período del mundo antiguo es la libertad frente a la política y que esa libertad es una parte esencial de la herencia democrática contemporánea.<sup>11</sup>

Y más adelante afirma: “los ciudadanos pueden decidir que una participación extensa es innecesaria en ciertas circunstancias, y pueden decidir esto por causas racionales incluyendo la convicción de que sus intereses ya están bien protegidos”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> C.B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, p. 96

<sup>11</sup> David Held, ob. cit., p. 350

<sup>12</sup> Ibid.

Como hemos visto, la propuesta social de la democracia participativa tiene como uno de sus objetivos compensar las desigualdades sociales, por ende, cuando se trate de cualquier orden político que tenga como prioridad la transformación de las desigualdades, este tipo de democracia, disfrutará de una cierta legitimidad, siempre y cuando sea receptivo a las manifestaciones de inconformidad que diversos sectores sociales a través de su participación política logren filtrar hasta la cima de la pirámide del poder. Este aspecto de la investigación rememora lo asentado por Bobbio en relación con la esfera privada de lo público o lo público de la vida privada:

Hace algunos años Habermas, en un libro muy conocido y discutido presentó la historia de la transformación del Estado moderno mostrando la aparición gradual de lo que llamó la esfera privada de lo público, o dicho de otra manera, la importancia pública de la esfera privada de la llamada opinión pública que pretende discutir y criticar los actos del poder público y para ello exige la publicidad de los debates, tanto de los debates políticos como de los judiciales.<sup>13</sup>

Como podemos apreciar hasta ahora, la idea de la democracia participativa tiene sus bemoles, puede considerarse beneficiosa para abrir posibilidades al cambio o a la transición democrática de un régimen pero también existen serios argumentos en contra de la democracia participativa. Así, las objeciones y reparos a este tipo de democracia van desde representar un riesgo a la libertad y a los procesos políticos democráticos. De esta manera advierte S.M. Lipset: “La creencia de que un alto nivel de participación siempre es bueno para la democracia no es válida. Una excesiva participación popular podría conducir a lo que Kornhauser llamó movimientos masivos perturbadores de la libertad y de la democracia misma.”<sup>14</sup> Así que cualquier intento por representar una voluntad popular única sería ficticio y peligroso para los derechos humanos en una sociedad moderna y plural. De la pluralidad de la sociedad proviene la sospecha sobre cualquier movimiento masivo que quiera arrogarse dicha representación tan diversa. El camino para escaparse de este dilema, lo establecieron algunos teóricos, afirmando que tal pluralidad social podría ser representada por los grupos de presión, es decir, estos grupos escenificarían un papel central en esta nueva versión de democracia.

## **5. Conclusión.**

A manera de conclusión para este apartado diríamos que un escenario posible y deseable sería que funcionara la democracia participativa en la base de la actividad política de la sociedad, es decir, en las escuelas, barrios, fábricas, y talleres, y para elegir a los representantes de todo ese universo se aplicaría la democracia representativa. Este concepto de democracia es, con toda certeza, el más completo y detallado porque en su concepción más cabal, democracia es:

---

<sup>13</sup> Norberto, Bobbio, *El futuro de la democracia*, p. 69

<sup>14</sup> Anthony Arblaster, *Democracia*, p. 87

La representativa pluralista fundada en el Gobierno Constitucional, que respeta necesariamente los derechos humanos y se integra con la idea del estado de derecho... Las otras formas democráticas, con los calificativos de populares, revolucionarias, etc. podrán ser sistemas políticos que recogen algunos de los elementos de la idea democrática (origen popular del Gobierno, Gobierno de la Mayoría, etc.) pero no pueden confundirse con la democracia constitucional moderna, pluralista y representativa, única a la que cabe individualizar con el sólo nombre de democracia.<sup>15</sup>

En la reforma constitucional integral que se hizo de la Constitución Política de Veracruz se incorporaron las instituciones de la democracia directa- referéndum, plebiscito e iniciativa popular- instaurando un sistema político donde pueden operar en forma alternativa los procedimientos de la democracia representativa y la democracia participativa. La expectativa existe a nivel constitucional, falta observar su instrumentación práctica en la realidad.

---

<sup>15</sup> Término democracia en *Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, p. 203

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ARBLASTER, Anthony, *Democracia*, Editorial Nueva Imagen, México 1991.

BIDART CAMPOS, Germán, et.al., *En torno a la democracia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1990.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

CANSINO, César, “El análisis de la política, la contribución de J. A Schumpeter” en: *El pensamiento austriaco en el exilio*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México 1994.

DICCIONARIO Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989.

HELD, David, *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, México 1991.

KRANZ, Henry B., *Abraham Lincoln*, (Biografía), Editorial Novaro, México 1964.

MACPHERSON, C.B., *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid,

RABASA Gamboa, Emilio, *¿Por qué la democracia?* UNAM, México 1993.

SERRANO, Enrique, “Dos interpretaciones de la democracia”, en: *El pensamiento austriaco en el exilio*, Editado por la Universidad Autónoma Metropolitana, México 1994.

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Editorial Orbis, Barcelona, 1983.

## **Métodos didácticos para la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho y propuesta alternativa**

Ana Lilia Ulloa Cuéllar\*

**SUMARIO:** Introducción. 1. Métodos didácticos empleados en la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho. 2. Propuesta metodológica alternativa. 3. Programa de estudio de la Filosofía del Derecho vía la Lógica Jurídica. Bibliografía.

*En el presente ensayo analizamos tres métodos didácticos representativos de la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho y postulamos una propuesta metodológica alternativa, con su respectivo programa de estudios.*

### **Introducción**

El estudio de la Filosofía del Derecho comprende cuatro grandes áreas que conforman su objeto de estudio: la ontología, la epistemología, la axiología y la lógica jurídicas. De ahí que un primer método didáctico consista en estudiar éstas cuatro grandes áreas de la Filosofía del Derecho –lo que parece obvio en primera instancia–, pero que ante la complejidad de desarrollar estos cuatro grandes temas en un solo semestre, el proceso de enseñanza-aprendizaje resulte sumamente difícil tanto para los alumnos como para los catedráticos de la materia y, como consecuencia, los alumnos no alcancen a profundizar sobre los auténticos problemas iusfilosóficos.

El segundo método didáctico consiste en estudiar la Filosofía del Derecho mediante el análisis de las metodologías jurídicas más representativas, el cual tiene ciertas ventajas, pero también sus inconvenientes, mismos que en este estudio señalamos.

El tercer método didáctico consiste en realizar el proceso de enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho vía el análisis filosófico de un problema jurídico fundamental, del cual también señalamos sus ventajas y desventajas.

Por nuestra parte, proponemos un cuarto método didáctico que si bien le otorga una mayor preeminencia a la lógica jurídica, no deja de considerar los aspectos ontológicos, epistemológicos y axiológicos de la Filosofía del Derecho. Además, complementariamente proponemos el programa de estudios para esta asignatura, considerando en principio que pueda ser cursada durante un semestre, pero que en caso de que disponga de un mayor lapso de tiempo para ser impartida, podría ampliarse siguiendo los mismos criterios.

---

\* Doctora en Filosofía e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.



## **1. Métodos didácticos empleados en la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho**

Este ensayo tiene como objetivo analizar los diversos métodos didácticos empleados para la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho en nuestra Facultad de Derecho; métodos didácticos que he trabajado alternativamente durante los últimos 8 años en que he impartido esta asignatura y que parten de una determinada noción de Filosofía del Derecho, a saber: la Filosofía del Derecho es parte de la Filosofía de la Ciencia y, por lo mismo, un metalenguaje que se ocupa del análisis ontológico, epistemológico, axiológico y lógico de la Ciencia Jurídica en general y de las teorías y conceptos jurídicos fundamentales.

De esta noción de Filosofía del Derecho surge una primera propuesta metodológica para su enseñanza-aprendizaje, que consiste en impartir dicha asignatura a través de las diferentes áreas que conforman su objeto de estudio. Y entonces, bajo esta modalidad, el programa de estudio de la Filosofía del Derecho estaría conformado de cuatro unidades temáticas. Una primera unidad dedicada a la ontología jurídica; una segunda a los problemas del conocimiento jurídico; una tercera a los valores; y la cuarta, a la lógica jurídica.

En términos generales considero que a través de esta propuesta metodológica para la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho, el estudiante de la Facultad de Derecho adquiere un panorama general acerca de los grandes problemas iusfilosóficos. Sin embargo, el estudiar estas cuatro unidades temáticas en un solo semestre hace que sea sumamente difícil que maestros y alumnos lleguen a profundizar en los auténticos problemas iusfilosóficos.

La segunda propuesta metodológica para la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho se actualiza mediante el estudio de las metodologías jurídicas más representativas. Este método tiene la ventaja de que el estudiante se enfrenta en un primer momento con los contenidos y la terminología jurídica, y ya posteriormente, con la reflexión filosófica del Derecho, que es con la que encara los problemas fundamentales de la Ciencia Jurídica que por su naturaleza resultan ser generalmente los más complejos. A mi juicio este método didáctico supera al anterior. Sin embargo, el problema del tiempo destinado a esta asignatura en nuestra Facultad de Derecho, que es de un semestre, resulta ser demasiado corto y se corre nuevamente el peligro de que el alumno sólo tenga un panorama general sobre los grandes problemas iusfilosóficos.

Un tercer método didáctico que creo puede superar los problemas que enfrentan los dos anteriores, consiste en la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho a través de la discusión de algún problema paradigmático de la Ciencia Jurídica, como por ejemplo, el problema de la discrecionalidad jurídica.

“...[L]os problemas jurídicos fundamentales son de tal magnitud que la enseñanza de la Filosofía del Derecho puede llevarse a cabo a través del análisis filosófico de alguno de ellos.

[...L]a complejidad de los problemas jurídicos básicos hace que el estudio filosófico de ellos nos lleve de problemas epistemológicos y lógicos a problemas de ontología y axiología jurídica.

El análisis filosófico de la discrecionalidad jurídica [por ejemplo] nos remite[...] al problema ontológico de la naturaleza del derecho, a la cuestión de cuál es la lógica que predomina en el quehacer jurídico: ¿la lógica deductiva o la teoría de la argumentación? Igualmente nos enfrenta con el ya tradicional problema de la relación o separación entre derecho y moral”<sup>1</sup> y, por supuesto, a toda la problemática de la interpretación jurídica.

Al inicio de este trabajo, señalé que el campo de estudio de la Filosofía del Derecho se conforma de cuatro grandes áreas: la ontología jurídica, la epistemología jurídica, la axiología jurídica y la lógica jurídica. Sin embargo, debemos considerar que esta distinción es sólo para efectos didácticos, en virtud de que no existen problemas iusfilosóficos completamente ontológicos, epistemológicos, axiológicos o lógicos; por ello es que cuando se realiza la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho mediante el análisis de un problema jurídico paradigmático, nos encontramos con que un problema jurídico que en principio puede ser de carácter epistemológico, contenga implicaciones tanto ontológicas como axiológicas y lógicas, en diverso grado.

## 2. Propuesta metodológica alternativa

Ahora bien, como los problemas básicos de la Ciencia Jurídica no son puros y aislados, las cuatro grandes áreas de la Filosofía del Derecho se implicarán mutuamente, y por ello es que una **propuesta metodológica alternativa** para la enseñanza-aprendizaje de esta disciplina, consiste en efectuarla a partir de una sola área del conocimiento iusfilosófico, pero sin que ello implique dejar de considerar los otros aspectos del mismo; y para esto, propongo que sea a través de la lógica jurídica el que se busque la implicación de los demás aspectos del conocimiento iusfilosófico.

Y como una de las cuestiones fundamentales de la lógica jurídica es el concerniente a la pregunta: ¿cuál es la lógica que debe manejar el jurista? ¿la lógica deductiva o la teoría de la argumentación?. Por mi parte considero que el jurista puede hacer uso de ambas lógicas si así lo requiere la situación concreta a la que se enfrente, pero sin dejar de lado los otros aspectos del problema iusfilosófico como lo hemos acotado.

El jurista en su actividad profesional no sólo hace uso de la lógica formal, sino también de lo que algunos estudiosos como Robert Alexy han llamado la teoría de la argumentación. Pues ésta conlleva una lógica no lineal que se caracteriza, entre otras cosas, no por deducir consecuencias ni elaborar silogismos aristotélicos, sino por ponderar principios<sup>2</sup>. De ahí que cuando en su quehacer jurídico, el jurista esté interesado en detectar si hay lagunas o contradicciones en un determinado dispositivo normativo, deberá hacer uso de la lógica deductiva; pero cuando esté interesado en desarrollar una jurisprudencia y encare en forma directa la justificación de sus regulaciones o cuando tenga que proponer interpretaciones que sean valorativamente satisfactorias, deberá hacer uso de la teoría de la

---

<sup>1</sup> Ana Lilia Ulloa Cuellar, “Discrecionalidad jurídica y la didáctica de la filosofía del derecho”, en *Ergo*, revista de Filosofía de la Universidad Veracruzana, marzo-septiembre 1997, p. 44.

<sup>2</sup> Cfr. Ronald Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, Cuadernos de crítica, UNAM, 1977; y Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1989.

argumentación. Pero, sea que haga uso de una u otra o de ambas, también deberá implicar las demás áreas del conocimiento iusfilosófico, esto es, considerar los aspectos ontológicos, epistemológicos y axiológicos que requiera la cuestión.

El proceso de la sistematización del derecho comprende varias operaciones que tienden no sólo a exhibir las propiedades estructurales del sistema y sus defectos formales (contradicciones y lagunas), sino también a reformularlo, para así alcanzar un sistema más sencillo, coherente y didáctico.

“...(E)l tratamiento de las normas en un nivel puramente sintáctico tiene considerables ventajas desde el punto de vista metodológico, y no significa necesariamente un prejuzgamiento acerca de su status ontológico. El análisis lógico ha resultado ser mucho más eficaz, desde que ha sido aplicado a expresiones lingüísticas y no a (...) esencias”<sup>3</sup>.

En *Tras la justicia, una introducción al razonamiento jurídico*, Manuel Atienza nos presenta una variedad de casos y ejercicios valiosos para la práctica y la teoría de la argumentación jurídica. Y nos dice que el Derecho “[...]es una técnica para resolver [...] cierto tipo de problemas; que para ello han de utilizarse –además de las normas vigentes– una serie de procedimientos conceptuales y de técnicas de argumentación características; que en el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario, suele esconderse una cuestión moral y/o política de envergadura[...]”<sup>4</sup>. Y en esta línea, también podemos ubicar las propuestas de Carlos Nino, Robert Alexy y Ronald Dworkin. Asimismo, autores como Esser, Kriele y Struck sostienen que los juicios de valor relativos a una decisión son ineliminables en el Derecho, porque guían todo el proceso de aplicación de la ley<sup>5</sup>. “La decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”<sup>6</sup>.

### **3. Programa de estudio de la Filosofía del Derecho vía la Lógica Jurídica**

Para la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho vía la lógica jurídica, propongo el siguiente programa:

1. La primera unidad se dedicará a develar que en su quehacer profesional el jurista hace uso tanto de una lógica formal como de una teoría de la argumentación jurídica.

---

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 24.

<sup>4</sup> Manuel Atienza, *Tras la justicia, una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, España, 1993, p. XI.

<sup>5</sup> Cfr. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, cap. VII, Ariel, Barcelona, 1991.

<sup>6</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1989, p. 23.

2. La segunda unidad estaría dedicada a la lógica formal y su aplicación en el derecho. Para esta unidad recomiendo los primeros capítulos del texto, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.
3. La tercera unidad, versará sobre la teoría de la argumentación, y sugiero trabajar con los capítulos uno y dos del texto, *Derecho y razón práctica*, de Robert Alexy, así como el libro, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, de Carlos Nino.
4. Y la cuarta unidad estará dedicada al estudio de la relación que existe entre Derecho y Política. El estudio de esta relación debe ser contemplado por cualquier propuesta didáctica para la enseñanza de la Filosofía del Derecho; pues al igual que Vilajosana, creo que las preguntas que cabe formular en el ámbito jurídico, obtienen una respuesta más adecuada no ya acudiendo a otras teorías del Derecho (por ejemplo, las no positivistas), sino aceptando aportaciones de otras disciplinas como la Teoría Política, tomando en serio la vinculación entre el derecho y la política. Y, a partir de ahí, formularse un criterio material de identidad que salve los inconvenientes de los criterios formales<sup>7</sup>. Para esta unidad, sugerimos trabajar los primeros capítulos de la segunda parte de *El significado Político del Derecho*, de José Vilajosana; así como los capítulos 14 y 15 del libro, *El Poder y El Valor*, de Luis Villoro.

Asimismo, considero que para cada una de éstas propuestas metodológicas, y para cualesquier otra, el maestro debe siempre partir de lo que he llamado la regla de oro del educador y que reza así:

*La primera labor del docente deberá consistir en desengañar al estudiante lo más pronto posible de su esperanza de contar con una serie de fórmulas que resuelvan de modo definitivo y concluyente todas las dificultades*<sup>8</sup>.

Finalmente, me permito enlistar “Los diez mandamientos para la vida universitaria” que atinadamente Garzón Valdés ha formulado en su artículo titulado con el mismo nombre:

1. No confundir oscuridad con profundidad.
2. No ceder a la tentación de formular profecías en las ciencias sociales y políticas.
3. No sucumbir a la tentación de la retórica.
4. No creer en la fecundidad de las tautologías y en el carácter inofensivo de las contradicciones.
5. No utilizar la cátedra para la indoctrinación.
6. No cultivar el dogmatismo.
7. No hacer uso autoritario de la cátedra.
8. No creer en el principio según el cual todo da lo mismo.
9. No relativizar los valores hasta tal punto, que al final sólo quede el solipsismo.
10. No creer en el carácter nacional de la ciencia.

<sup>7</sup> José Vilajosana, *El significado político de derecho*, distribuciones Fontamara, México 1997, p. 13

<sup>8</sup> Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. XV.

Respecto a este último mandamiento, Garzón Valdés nos dice:

“La capacidad de percibir en el otro la misma humanidad, de entender que nuestra patria es el mundo entero y que no debemos encerrarnos dentro de las murallas de nuestras ciudades, como ya Séneca lo sabía, es condición necesaria de toda actividad científica que quiera evitar el peligro del provincianismo. La invocación de un ‘espíritu nacional’, del regionalismo y del particularismo ha causado y sigue causando en la historia universal demasiadas catástrofes como para que uno pueda permitirse este tipo de sentimentalismos irracionales”<sup>9</sup>.

Menciono estos ‘diez mandamientos’ por dos razones fundamentales: una, por su valor intrínseco, y la otra, porque me parece que mis consideraciones acerca de la enseñanza-aprendizaje de la Filosofía del Derecho no podían concluir sin hacer mención a uno de los trabajos del maestro Garzón Valdés, pues la obra de este autor sin duda representa un ejemplo de paradigma pedagógico para la Filosofía del Derecho.

“En la cuestión pragmática, Garzón Valdés se caracteriza por apoyar siempre a los estudiosos del conocimiento filosófico-jurídico, por impulsar la publicación de la literatura iusfilosófica, y por una constancia en la creación de nuevos espacios para la reflexión jurídica (...) su obra *Derecho, ética y política* (...) constituye una excelente propuesta metodológica para la enseñanza de la Filosofía Jurídica (...) su defensa por el coto vedado de los derechos humanos nos lleva a recordar siempre que ante cualquier propuesta teórica social, el elemento fundamental es el ser humano para quien exige siempre el respeto universal de su libertad, su autonomía y en general, de todos aquellos derechos que están vinculados con el aseguramiento de los bienes básicos necesarios para la realización de sus diferentes planes de vida (...) sea el trabajo de Garzón Valdés un ejemplo a seguir no sólo en la enseñanza de la Filosofía del Derecho o en la enseñanza de la Filosofía a secas sino en la enseñanza de cualquier conocimiento”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Ernesto Garzón Valdés, “Diez mandamientos para la vida universitaria”, *Isonomía*, Ediciones Fontamara, ITAM, México, 1998, p. 55

<sup>10</sup> Ana Lilia Ulloa Cuéllar, “Enseñanza de la Filosofía del Derecho”, revista *Letras Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, no. 1, Imprenta Universitaria, México, 2000, pp. 240-241.

## Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, España, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, Carlos, “Diez mandamientos para la vida universitaria”, *Isonomía*, ed. Fontamara, ITAM, México, 1988.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, Cuadernos de crítica, UNAM, México, 1977.
- ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia, “Discrecionalidad jurídica y la didáctica de la filosofía del derecho,” en *Ergo*, revista de Filosofía de la Universidad Veracruzana, marzo-septiembre 1997, México.
- , “Enseñanza de la filosofía del derecho”, revista *Letras Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, no. 1, Imprenta Universitaria, México, 2000.
- VILAJOSANA, José, *El significado político de derecho*, distribuciones Fontamara, México 1997.
- VILLORO, Luis, *El Poder y el Valor*, FCE, México, 1998.

*Reseñas*

**SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Ed. Taurus, Madrid, España. 2002. 139 páginas.**

Ma. del Carmen Ainaga Vargas \*

Giovanni Sartori, en su obra *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* cuestiona el multiculturalismo como proyecto ideológico. Y, a partir de esa crítica, aboga por una política de inmigración que sepa distinguir entre aquellos extranjeros susceptibles de integrarse en la sociedad receptora y aquellos otros para los que las diferencias religiosas o étnicas se erigen en "extrañezas radicales" (pág. 108).

La primera parte de la obra, la más extensa, es como afirma el propio autor, una teoría de la buena sociedad. Examina el origen de la idea de pluralismo y el significado de la tolerancia. Según Sartori, el concepto de pluralismo queda desprovisto de valor si por éste se entiende el mero hecho de "ser plurales". Todas las sociedades serían de alguna manera pluralistas en la medida en que no conforman un todo indiferenciado, sino que están compuestas por grupos, comunidades y culturas diversas.

De ahí el esfuerzo por repensar el pluralismo, por definir los valores que afirma y por hacer explícitos los rasgos que les son propios. En esa empresa procede cotejando el concepto con las ideas de tolerancia, consenso, respeto, afirmación de la diversidad, disenso y conflicto, entre otras.

También distingue los niveles de análisis actitudinal, social y político. Concibe las comunidades pluralistas como entidades que combinan una disposición tolerante con la existencia de asociaciones voluntarias y afiliaciones múltiples. De acuerdo con ello, uno de sus rasgos distintivos consiste en que, por lo general, las identidades lingüística, étnica o religiosa no se superponen, sino que se agregan conforme a líneas de división "transversales y cruzadas" (pág. 50).

Es esta tensión entre aprecio de la diversidad y freno de la heterogeneidad lo que separa a pluralismo y multiculturalismo: mientras que el primero "se manifiesta como una sociedad abierta muy enriquecida por pertenencias múltiples", el segundo "significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y homogéneas" (pág. 127).

---

\* Doctora en Derecho Público e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.



Una de las tesis centrales de Giovanni Sartori es que la sociedad pluralista no puede acoger sin desintegrarse a los extranjeros que la rechazan, y en particular a los que cabe concebir como "enemigos culturales" de la misma (pág. 54).

La segunda parte, se apoya en el análisis conceptual previo para proponer una política de inmigración restrictiva: tan preocupada por limitar el número de extranjeros asentados en Europa, como por restringir el acceso de los colectivos que a priori guarden mayor distancia cultural con la población europea. Introduce así una figura que incide ya directamente en la espinosa situación de la inmigración: el contraciudadano que rechaza los principios de la sociedad que le acoge mientras se beneficia de las ventajas que le ofrece esa misma sociedad.

Desde el punto de vista de Sartori, una sociedad multiétnica, que aspira a diferenciar entre ciudadanos según características étnicas, raciales, religiosas o cualquier otra que éstos no puedan controlar, va en contra de la sociedad pluralista y debe, por tanto, ser rechazada. De ahí nace la oposición que plantea, en la práctica, entre pluralismo y multiculturalismo.

Pero estrictamente, lo que rechaza con total claridad es la ciudadanía diferenciada, aquella en la que a ciertos ciudadanos se les permiten ciertas cosas por pertenecer a ciertos grupos que no se les permiten a otros ciudadanos de grupos distintos. Lo que indica que no todos los inmigrantes son iguales, que convertirse en ciudadanos no es limitarse a ver reconocida la ciudadanía. Por tanto, la inmigración no puede tratarse con soluciones fáciles, sino que es un problema complejo que requiere mucha reflexión y soluciones igualmente complejas.

Giovanni Sartori muestra que los problemas a los que se enfrenta una sociedad que recibe un gran flujo migratorio son muchos, variados y complejos, y que las soluciones, más allá de ideales utópicos, deberán estar a la altura de las circunstancias. Defiende la integración, pero que ésta implique una reciprocidad y una mínima aceptación por parte del integrado. Concluye el autor en que "el pluralismo no se reconoce en unos descendientes multiculturalistas sino en todo caso en el interculturalismo" (Pag 128).

## Por la vigencia de Derechos Laborales

Josefa Montalvo Romero\*

**HERNÁNDEZ PIÑEIRO, Felipe, *Los Derechos de Preferencia en la Ley y la Jurisprudencia*, Ediciones Universidad de Xalapa, México 2002.**

El trabajo se circunscribe a lo que sobre derechos de preferencia señala la *Ley Federal del Trabajo*, y a lo que en ocasiones contemplan los contratos colectivos a través de la cláusula de exclusión.

La investigación, dividida en tres capítulos, nos da un recorrido por la normatividad laboral relativa al tema en estudio, pasando por lo que el autor llama las vicisitudes del servicio como serían el inicio, la permanencia y la antigüedad en el trabajo; para finalmente avocarnos al estudio de la preferencia como institución laboral.

Aquí es importante recordar que cuando quedó en el olvido la idea de que el trabajo era una misión degradante, el trabajo del hombre generó, con la promulgación de un ordenamiento jurídico, la dignificación del quehacer productivo.

Así, el derecho del trabajo cobra fuerza no sólo por la presencia cualitativa y cuantitativa del trabajo productivo, sino por la conciencia insoslayable de atender a la supervivencia y reivindicaciones de los hombres que trabajan.

Esta disciplina se encuentra inspirada y fundamentada en un conjunto de principios que soportan su sistema de conocimientos y que la justifican y caracterizan, todo, con la finalidad de conciliar progreso económico con justicia social.

En este sentido, Hernández Piñeiro nos remonta al surgimiento del artículo 123 constitucional, dándonos, de manera completa, un panorama histórico, social, político y jurídico del nacimiento del derecho del trabajo y señala: “La norma suprema es la expresión última de la voluntad de un alma colectiva en realidades y respuestas, es la cúspide de la normatividad que legitima a todo un sistema legislativo, y de la cual fluye la potestad de quienes actúan en nombre de la autoridad”.

Resulta relevante este espíritu colectivo a que se refiere nuestro autor, pues en la actualidad pareciera que se está debilitando. La identidad colectiva de los trabajadores se vincula estrechamente a la especificidad y uniformidad de los derechos que se reconocen.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

La generalización y diversificación de estos derechos no puede sino ponerla en entredicho. Esta generalización y diversificación proceden de la propia dinámica del derecho del trabajo. Para ello hay al menos tres razones:

La primera es la dinámica de la idea de seguridad, que conduce, ante todo, a un buen número de personas que no son trabajadores a reivindicar también para sí las ventajas en otro tiempo reservadas tan sólo a los trabajadores, un ejemplo claro es la seguridad social.

La segunda razón que empuja a la pérdida del sentimiento de identidad colectiva es la puesta en entredicho de las seguridades conquistadas que provoca el rechazo de los que quieren garantizar la primacía de la libertad del empresario sobre la seguridad del trabajador.

Y el tercer factor lo constituyen las políticas públicas de inserción por medio del trabajo.

Esto nos lleva a pasar de la identidad colectiva por medio del trabajo a una identidad individual en el trabajo.

En el segundo capítulo de su obra, Hernández Piñeiro expone con la claridad académica que lo caracteriza, lo referente al inicio de la relación laboral, basándose en lo dispuesto por la *Ley Federal del Trabajo* y en la opinión de expertos en el tema como el Maestro Jorge Ortíz Escobar, para de manera esquemática señalar los elementos que dan nacimiento y conforman la relación individual de trabajo.

Esto lleva al lector a reflexionar en el sentido de que la relación o contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica es la autonomía de la voluntad de los que se ubican en este supuesto de subordinación de manera libre; sin olvidar que en materia civil la voluntad se compromete, en el derecho del trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y como objeto del contrato o relación.

La objetividad de las relaciones laborales se promueve y enriquece con la prestación eficiente y continua del trabajo que genera derechos en la empresa, como la estabilidad y la antigüedad en el empleo, aspectos importantes para el estudio de los derechos de preferencia del trabajador.

Respecto de ellos, nuestro autor, valiéndose de su experiencia práctica y académica en la materia, analiza ambas figuras para al final delimitar su relación al establecer que “el transcurso del tiempo tiende a beneficiar dentro de una evaluación a favor a los trabajadores que han cumplido 20 años o más de presencia en el trabajo; en este caso, la prolongación de la estabilidad, sin llegar a la inamovilidad, establece para la posible separación del trabajo una imputabilidad agravada.”

Otro tema importante que se desarrolla adecuadamente en la obra es el referente a la capacitación y adiestramiento.

Aquí se nos aclara la diferencia entre un término y otro, resaltando que hablar de capacitación y adiestramiento, resulta de suma importancia por la relevancia que proporciona a la preferencia laboral.

Compartimos el punto de vista, sobre todo cuando vemos el impacto que las nuevas tecnologías tienen en el trabajo y lo trascendente de una adecuada y oportuna capacitación para el trabajador.

Esto está en estrecha relación con los conceptos de productividad y calidad. Puede haber dos direcciones en el concepto de la productividad; una que atiende a los cambios tecnológicos y otra que se apoya en el capital humano.

Esta última consiste en elevar la capacitación de la fuerza laboral, mejorando su eficiencia para adecuarla a los cambios tecnológicos.

La importancia aquí, siguiendo a Alain Supiot es saber cómo situar respectivamente las normas de organización del trabajo que se apoyan en la autoridad de la ciencia y de la tecnología y las reglas del derecho que se apoyan en la autoridad de la ley. Los “círculos de calidad” ideados en Japón serían una alternativa.

Respecto del adiestramiento, lo que se busca es el perfeccionamiento lo que ha llevado a evolucionar en varias legislaciones el principio tradicional de “a trabajo igual salario igual” hacia “salario igual para trabajo de igual valor”, lo que plantea la necesidad de encontrar nuevos métodos para establecer los criterios valorativos al comparar los distintos trabajos.

Relevante resulta el contenido del capítulo III en el que el Mtro. Hernández Piñeiro se refiere a la institución de la preferencia, analizando la preferencia en el ingreso y su grado de legalidad y legitimidad.

En este contexto, el sindicato puede ser considerado actualmente como una institución primordial para regular y articular el renovado y cambiante proceso de la cuestión social; generando un nuevo derecho vinculatorio entre las organizaciones de capital y del trabajo.

En materia de preferencia, para el Mtro. Hernández Piñeiro, la aplicación estatutaria y los actos de representación deben de estar encaminados a cumplir con esta finalidad, de tal manera, que resultando el estatuto, la norma jurídica que conjuntamente con el contrato colectivo van a proyectar al interesado en la plaza vacante o en el puesto de nueva creación, la representación sindical debe ajustarse con estricto apego a lo estatuido en el ordenamiento, y participara en la promoción. De la preferencia para el ascenso se indica que implica desde luego con apoyo en la estabilidad, la presencia del aspirante en el centro de trabajo.

Para finalizar la obra, nuestro autor, producto de su basta experiencia en la materia, busca localizar al destinatario de las acciones de condena derivadas de la responsabilidad en materia de preferencia profundizando en la responsabilidad y la prescripción.

Finalmente el Mtro. Hernández Piñeiro plasma en su obra la idea de que “en la vida todo tiene una razón para aparecer, en toda época las personas que para vivir tienen que trabajar asumen su papel en el curso de los acontecimientos, y no dejan de cumplir su misión cuando al aportar su esfuerzo, obligan a los cambios como edificadores de la riqueza que transforma a la propia sociedad.”

# *Noticias Legislativas*

## Intereses jurídicos colectivos de los consumidores en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española

Ma. del Rosario Huerta Lara \*

Como es sabido y motivo de grandes polémicas en la teoría procesalista, los casos de legitimación, ordinaria o extraordinaria, son supuestos tradicionales de legitimación en cuanto parten de la base de un proceso que tiene por objeto una relación o situación jurídica individual o individualizada. Empero, la realidad socioeconómica actual desborda la estructura jurídica tradicional al surgir nuevas situaciones jurídicas materiales de titularidad supraindividual que exigen para su adecuada y efectiva tutela jurisdiccional de nuevas estructuras procesales. Hasta ahora el derecho material ha ido por delante del derecho procesal, puesto que la regulación que determinadas normas sustanciales realizan de los intereses supraindividuales no se ha armonizado con las correspondientes reformas procesales, con excepción del artículo 7.3 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ). Esta situación intenta superarla la recién promulgada *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) al reconocer en su artículo 11 una legitimación para la tutela de los intereses legítimos y los derechos de consumidores y usuarios. Esta legitimación “colectiva” es un presupuesto necesario para que la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales sea efectiva, puesto que, aun estando legitimados individualmente los titulares de estos intereses, es evidente que normalmente no se hace uso en la práctica de esta legitimación al no compensar los gastos de tiempo y dinero que el proceso genera para el sujeto individual en relación con los beneficios que la sentencia le pueda reportar. En todo caso, hay que diferenciar entre la situación legitimante para la tutela de intereses colectivos o difusos y la existencia de una pluralidad de personas titulares de derechos subjetivos homogéneos.

Los intereses colectivos y difusos suponen situaciones jurídicas materiales cuyos titulares no son personas individuales en cuanto tales individuos sino en cuanto miembros, determinados o indeterminados, de una colectividad. No se trata de auténticos derechos subjetivos, al no tener reconocidos los individuos que forman la colectividad un poder de disposición sobre tales situaciones, siendo titulares, en cambio, de un interés legítimo en su goce y disfrute, el cual no excluye el de los demás sujetos de la colectividad, pero cuya vulneración o desconocimiento por un tercero los legitima, individual o colectivamente, para pretender su tutela jurisdiccional. Los intereses supraindividuales así entendidos forman un género cuya dos especies lo componen los intereses colectivos, cuando sus titulares están determinados o son fácilmente determinables (artículo 11.2 LEC), y los intereses difusos, cuando sus titulares son indeterminados o son de difícil determinación (artículo 11.3 LEC). Si la vulneración de

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

los intereses supraindividuales produce, además, un daño material a determinadas personas, entonces surgirá respecto de ellas un deber de reparación de los daños y perjuicios efectivamente sufridos y así serán titulares de un auténtico derecho subjetivo de crédito a la citada indemnización. Esta última situación es claramente diferente de la realidad de los intereses supraindividuales, al dar lugar a una pluralidad de legitimados ordinarios por un hecho dañoso o por varios hechos homogéneos, para cuya tutela jurisdiccional efectiva es también oportuno el reconocimiento de una legitimación colectiva.

En el panorama español son diversas las normas jurídicas materiales que regulan diferentes situaciones jurídicas de titularidad supraindividual. Así, la Ley 26/1984, de 19 julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU); la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de *Marcas* (LM); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* (LGP); la Ley 3/1991, de 10 enero, de *Competencia Desleal* (LCD); y la Ley 7/1998, de 13 abril, de *Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC).

La LEC se limita a regular los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. El artículo 1 LGDCU nos indica quienes tienen la consideración de consumidores y usuarios:

*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden (artículo 1.2).*

*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (artículo 1.3).*

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la disposición final 6ª.5 LEC añade una disposición adicional 4ª a la LCGC, según la cual:

*Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación.*

Asimismo, las referencias contenidas en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio.



Para la tutela de los intereses supraindividuales de los consumidores y usuarios se podrán ejercitar las oportunas pretensiones ante los tribunales jurisdiccionales. Sobre la base de la cláusula general contenida en el artículo 11.1 LEC y en el artículo 20.1 LGDCU, tanto un sujeto individual, como una asociación o un grupo de afectados por la vulneración de un interés colectivo o difuso, según cada caso y en relación con la legitimación que su interés fundamente y exija, podrán interponer pretensiones declarativas o de condena.

En la legislación encontramos pretensiones meramente declarativas.

Éstas podrán puntualizarse como:

- Pretensión declarativa de la deslealtad del acto de competencia (artículo 18.1ª LCD).
- Pretensión declarativa de nulidad o de caducidad del registro de una marca (artículo 56 LM).
- Pretensión declarativa de una cláusula como condición general de la contratación (artículo 12.4 LCGC).

Pretensiones de condena (muchas de las cuales se interpondrán conjuntamente y sobre la base de una pretensión declarativa) y pueden describirse como:

- pretensión de cesación o de rectificación de una publicidad ilícita (artículo 25 LGP).
- Pretensiones de cesación o de prohibición, de remoción de los efectos producidos y de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, todas ellas relativas al acto de competencia desleal (artículo 18. 1ª a 4ª LCD).
- Pretensión de cesación de los actos que violen el derecho de una marca (artículo 36 a) LM).
- Pretensión de cesación de una cláusula general de la contratación que se repunte nula y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo (artículo 12.2 LCGC).
- Pretensión de retractación de la recomendación que se haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (artículo 12.3 LCGC).

La LEC no crea un proceso especial para la tutela de los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, sino que las pretensiones que tienen por objeto estos intereses han de sustanciarse en el proceso ordinario que corresponda. Al respecto, el artículo 249 LEC dispone que el juicio ordinario será el procedimiento adecuado para conocer las pretensiones que se ejerciten “en materia de competencia desleal, propiedad industrial y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en

función de la cuantía que se reclame” (artículo 249.1.4º) y las pretensiones “relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia” (artículo 249.1.5º).

Sin embargo, aun no creando la LEC un proceso especial, sí dispone importantes especialidades procesales, y, a saber: capacidad para ser parte y capacidad procesal de los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso (artículos 6.1.7º y 7.7), publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios (artículo 15), reglas especiales de competencia territorial en los juicios sobre competencia desleal, patentes y marcas y condiciones generales de la contratación (artículo 52.1 números 12, 13 y 14), acumulación de procesos (artículo 78.4), sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 221), límites subjetivos de la cosa juzgada (artículo 222.3), diligencia preliminar para concretar el grupo de consumidores o usuarios afectados (artículo 256.1.6º) y acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de beneficiados (artículo 519).

Las personas, físicas o jurídicas, y las entidades sin personalidad jurídica, a las que se les reconoce legitimación para interponer estas pretensiones se determinan en el artículo 11 LEC. Para comprender el contenido de este precepto hay que tener en cuenta que, como ya se ha indicado, en el mismo se hace referencia a dos situaciones bien distintas. En primer lugar, se atribuye la legitimación para la tutela de intereses supraindividuales, tanto colectivos como difusos, pero también, en segundo término, se reconoce una legitimación colectiva para ejercitar una pretensión de condena dineraria de indemnización de los daños y perjuicios que un hecho dañoso haya producido sobre consumidores o usuarios individuales, estén éstos determinados o sean de fácil determinación y también cuando no estén determinados los sujetos que hayan sufrido el daño o sea difícil su determinación. Una y otra situación son distintas como también son diferentes los problemas procesales que genera cada situación.

La gran innovación de la LEC radica en el reconocimiento de la legitimación para pretender la condena de resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por un hecho que supone la vulneración de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Es decir, el artículo 11 LEC regula tanto la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales como la legitimación para la tutela de derechos subjetivos plurales homogéneos, esto es, auténticos derechos subjetivos a exigir la indemnización de los daños sufridos por una pluralidad, determinada o indeterminada, de personas por un mismo hecho que produce el daño o por distintos hechos con un origen común o conexo.

La tutela jurisdiccional de estos consumidores o usuarios podría alcanzarse mediante los mecanismos procesales tradicionales, esto es, bien mediante la reclamación individual de cada uno de los perjudicados, bien mediante una acumulación subjetiva de pretensiones ex artículo 12.1 LEC, teniendo en cuenta la flexibilidad con la que la jurisprudencia interpreta el presupuesto de tal acumulación. Sin embargo, el

legislador ha considerado que esta manera tradicional de reclamar procesalmente la indemnización de daños y perjuicios pudiera no ser efectiva, principalmente por condicionamientos fácticos (elevado coste del proceso en relación con la cantidad de dinero que se pretende obtener de la sentencia de condena).

De manera que cuando un hecho que viole los intereses supraindividuales además produce un daño en personas concretas, podrá iniciarse un proceso para la reparación del daño sufrido, bien individualmente (caso tradicional de legitimación ordinaria por un propio derecho), bien por el grupo de afectados (nuevo supuesto de legitimación representativa), bien por una asociación de consumidores y usuarios (nuevo reconocimiento de legitimación extraordinaria de actuación de una persona en nombre propio por un derecho ajeno y en interés ajeno). Cuando la asociación o el grupo de afectados comparecen en el proceso como actores, podrán intervenir en el mismo los perjudicados individuales (artículo 13.1 LEC), garantizándoles su intervención la publicidad que ha de realizarse de la existencia del proceso (artículo 15), publicidad que, además, se configura como una intervención provocada, puesto que los concretos individuos que han sufrido un daño por el hecho que supone la vulneración del interés supraindividual les afectará la sentencia (artículo 222.3 LEC), pero podrán verse beneficiados por la sentencia estimatoria de la pretensión de condena aunque su respectivo derecho no haya sido objeto del proceso (artículos 221 y 519 LEC). Como ejemplos de esta situación de auténticos derechos individuales plurales homogéneos, previstos expresamente por la ley, pueden señalarse el caso de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por un acto de competencia desleal (artículo 18.5ª LCD) o el de la pretensión de condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por una cláusula general de la contratación (artículo 12.2 LCGC), y, en general, todos los casos en que una vulneración de los intereses supraindividuales genere un daño patrimonial (adquisición de un producto defectuoso, realización de un viaje en unas condiciones distintas de las pactadas, etc.)

Sobre esta base el artículo 11 LEC reconoce legitimación a los siguientes sujetos o entidades:

-El artículo 11.1 reconoce una legitimación ordinaria a los perjudicados por un hecho dañoso; una legitimación también ordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender sus propios derechos e intereses; una legitimación extraordinaria representativa de tales asociaciones para defender los derechos e intereses de sus asociados –tanto en este supuesto como en el anterior, coincide el artículo 11.1 con el contenido del artículo 20.1 LGDCU-; y una legitimación extraordinaria para defender los intereses supraindividuales y los derechos de los consumidores y usuarios.

-El artículo 11.2 reconoce una legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios, y a otras entidades legalmente constituidas que tengan por fin la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios –por ejemplo, las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa ex artículo 20.2 LGDCU- para pretender la defensa de los intereses y derechos colectivos de los consumidores y usuarios, esto es, los intereses de un grupo de consumidores y usuarios

determinados o fácilmente determinables; y una legitimación extraordinaria representativa de los grupos de afectados por el hecho dañoso, para lo cual se reconoce capacidad para ser parte al propio grupo (artículo 6.1.7º LEC), el cual actuará en el proceso representado por la persona que de hecho o en virtud de pactos internos del grupo actúe en su nombre (artículo 7.7 LEC).

-El artículo 11.3 reconoce legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para pretender la defensa de los intereses y derechos difusos de consumidores y usuarios, esto es, los intereses y derechos de consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación. En este caso la asociación ha de ser representativa, condición que no se entiende pues cualquier asociación de consumidores ha de considerarse que es representativa por naturaleza, y menos si además esta representatividad ha de ser reconocida por la ley. En todo caso, la finalidad de esta condición es garantizar que la asociación que defienda derechos e intereses de consumidores y usuarios indeterminados tenga un grado suficiente de asentamiento y una cobertura territorial lo suficientemente amplia para considerarla representativa.

.

.

#### **LEGISGRAFÍA ESPAÑOLA:**

Ley 3/1991, de 10 enero, *de Competencia Desleal* (LCD).

Ley 7/1998, de 13 abril, *de Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC).

Ley 1/2000 de 7 de abril, *de Enjuiciamiento Civil* (LEC).

Ley 26/1984, de 19 julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU).

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* (LGP).

Ley 32/1988, de 10 de noviembre, *de Marcas* (LM).