INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

TOMO II

DERECHO COMPARADO

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TOMO II

DERECHO COMPARADO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Serie E. VARIOS. Núm. 42

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TOMO II

DERECHO COMPARADO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MÉXICO, 1988

Primera edición: 1988

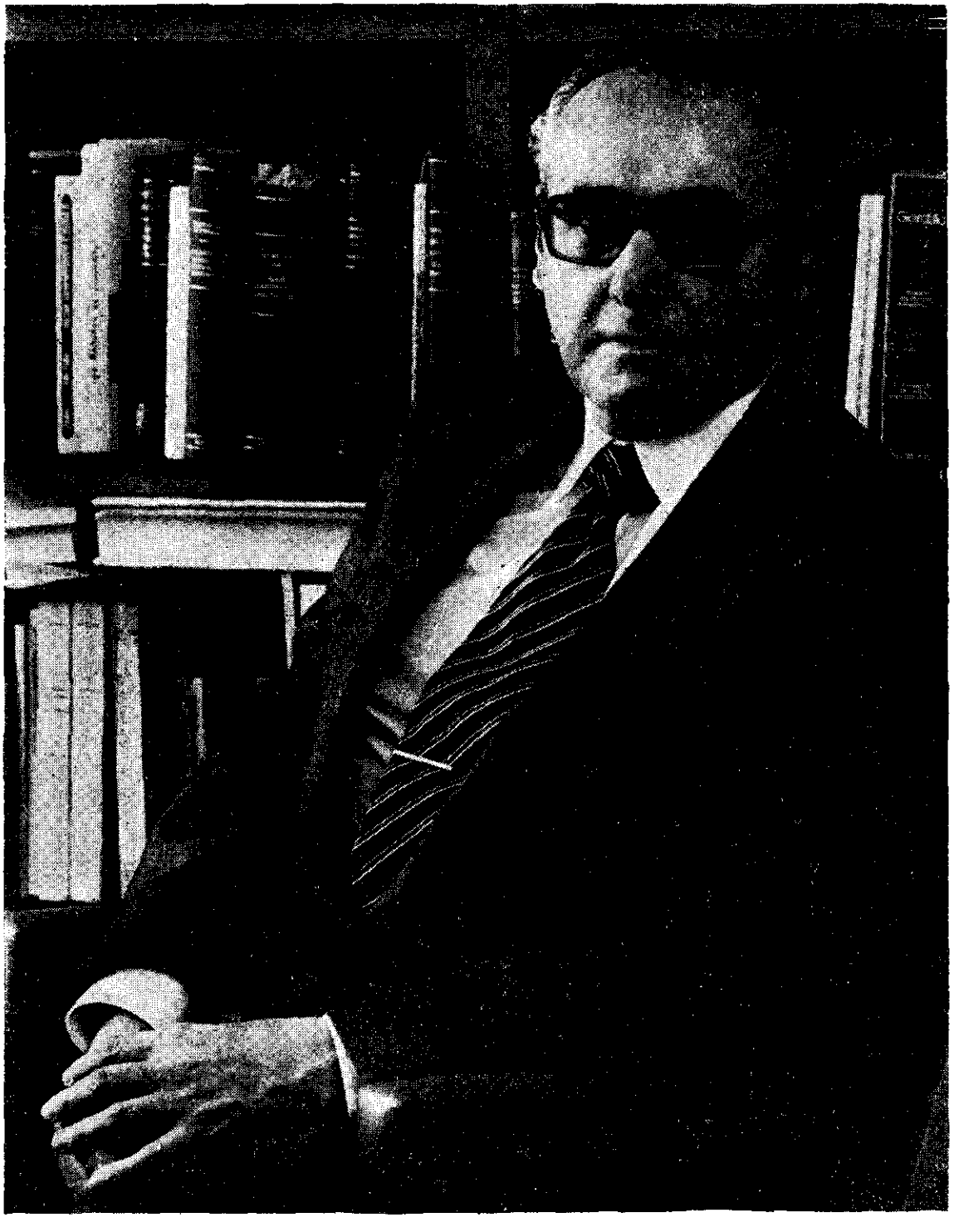
DR © 1988, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 094519 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-837-548-9 (Obra completa)
968-837-553-5 (Tomo II)



INDICE

Derecho comparado del servicio del empleo.
Santiago Barajas Montes de Oca 869

La proyección en el tiempo de los efectos de la condición cumplida: una cuestión de derecho comparado.
Diego Baudrit Carrillo. 901

La crisis de los sistemas contemporáneos de seguridad social.
José Dávalos 919

Los pactos internacionales y las modernas tendencias sobre los derechos humanos.
Luis Díaz Müller 957

La lesión en los contratos: un análisis comparativo.
Ignacio Galindo Garfias 1011

Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno.
Héctor Gros Espiell 1025

Cartography and the World's Legal Cultures.
John N. Hazard 1043

Justicia constitucional y consenso básico.
Hans-Rudolf Horn. 1053

El derecho comparado y la paz internacional.
Paulino Jacques. 1087

El poder ejecutivo de Francia y su influencia.
José Luis Lazzarini 1091

La libertad de imprenta en el constitucionalismo norteamericano y en el mexicano.
Guillermo Floris Margadant 1105

Modernas tendencias del órgano legislativo en América Latina y España.
J. Jesús Orozco Henríquez 1151

La participación social para la planeación: los casos de México y Francia
Francisco Javier Osornio Corres 1171

El divorcio en Italia: invitación a una reflexión.
Alicia Elena Pérez Duarte y N. 1195

Situación jurídica de los asilados y refugiados centroamericanos en México.
Jesús Rodríguez y Rodríguez 1213

The Protection of Judicial Independence en Latin America
Keith S. Rosenn. 1247

Reflexiones sobre la vinculación entre la historia del derecho y el derecho comparado.
José Luis Soberanes Fernández 1277

El "litigio" en los códigos procesales civiles de Guanajuato y Federal.
Salvador Soto Guerrero 1285

El derecho contemporáneo en la era poswatergate.
David H. Stern 1315

El "Derecho Comparado", técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada.
Rolando Tamayo y Salmorán 1355

Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado.
Giuseppe de Vergottini 1373

Las nulidades procesales en el derecho comparado.
Lorenzo Zolezzi Ibárcena 1429

MISCELÁNEA

Notas sobre el estado actual de la enseñanza de la historia del derecho en México.
Beatriz Bernal 1449

El autor mediato.
Álvaro Bunster 1463

Posgrado en desarrollo agrario.
Ramón Vicente Casanova 1487

The protection of Cultural Property.
John Henry Merryman 1507

Repose Legislation: A Threat to the Protection of the World's Cultural Heritage.
James A. R. Nafziger 1529

La personalidad jurídica de los sindicatos.
Braulio Ramírez Reynoso 1545

Una reflexión más sobre "El hombre de derecho".
Jorge Reinaldo Vanossi 1555

Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta años como Investigador de las Ciencias Jurídicas, Tomo II, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se terminó de imprimir el 26 de agosto de 1988, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ. La edición consta de 2 000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

En octubre de 1986, el doctor Héctor Fix-Zamudio cumplió treinta años como investigador universitario. Este acontecimiento dio lugar a que el Consejo Interno del Instituto de Investigaciones Jurídicas promoviera tres diferentes iniciativas: la primera, proponer al Consejo Universitario la designación de Fix-Zamudio como investigador emérito; la segunda, la realización de un ciclo de mesas redondas en homenaje al maestro, y la tercera, la promoción de una obra de homenaje que recogería las ponencias presentadas en las mesas redondas y muchos ensayos y artículos más, nacionales e internacionales, que no fueron leídos en esos actos académicos.

Originalmente pensamos que la obra en homenaje podría aparecer durante 1987; pero la enorme y magnífica respuesta que el Comité Editorial recibió, ante la invitación de que se escribieran artículos para esta colección, hubo de retrasar su aparición.

Hoy, es particularmente grato ponerla en manos de sus lectores. La obra en homenaje está dividida en tres volúmenes. El volumen I recoge treinta y cinco trabajos de algunos de los más destacados constitucionalistas de nuestro tiempo. En ellos se condensa la tendencia actual del constitucionalismo americano y europeo, así como el pensamiento y aspiraciones políticas de nuestros pueblos.

El volumen II, dedicado al derecho comparado, incluye veinte trabajos que reflejan una bastísima y enriquecedora variedad temática.

Finalmente, el volumen III, compuesto por treinta y cinco artículos, se dedica al derecho procesal y, en forma por demás importante, a tópicos relativos al juicio de amparo, a la protección de los derechos humanos y al órgano judicial.

La división temática de la obra no es caprichosa. El Comité Editorial que la preparó coincidió en que eran estas tres ramas del derecho: constitucional, comparado y procesal, las que con más intensidad había abordado el homenajeado, las que mejor reflejaban su vocación jurídica y las que más se habían beneficiado con las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio.

Quiero aprovechar este espacio para dejar testimonio de gratitud a los noventa autores que han hecho posible esta obra. Su pródiga respuesta habla por sí sola del afecto y admiración que sienten todos por el doctor Héctor Fix-Zamudio. Los noventa trabajos tienen una extraordinaria calidad académica y reflejan, con nitidez, las grandes preocupaciones jurídicas de nuestro tiempo.

El 24 de octubre de 1986, al clausurarse el ciclo de mesas redondas en homenaje al doctor Fix-Zamudio, tuve la oportunidad de dirigir un mensaje en el que quedaron vertidos mis conceptos sobre el homenajeado. Siendo tales conceptos y sentimientos invariables, he decidido ahora repetirlos: Hoy se cumplen 30 años de que el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México recibiera en su seno a Héctor Fix-Zamudio para dar inicio a una de las más importantes, brillantes y hermosas carreras en la investigación científica de las que puede dar cuenta la historia moderna de nuestra casa de estudios.

Después de tres décadas de labranza, el maestro recibe la cosecha; cosecha que encierra la esencia misma de la universidad, cosecha que se hace simiente y otra vez cosecha y otra vez simiente.

Jurista excelente, exhibe un criterio agudo y penetrante, capaz para el diagnóstico más fino y la proposición enriquecedora e imaginativa.

Investigador infatigable, inquieto, verdaderamente original; sus aportaciones para el estudio del juicio de amparo, del derecho procesal, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho administrativo, el laboral, los derechos humanos, la metodología de la investigación y la enseñanza del derecho, son verdaderamente sobresalientes en México y en el extranjero.

Autor pródigo y poseedor de una pluma delicada y profunda: ahí están sus siete libros, tres monografías, más de cien artículos de investigación original publicados en revistas especializadas nacionales e internacionales; diecinueve traducciones; infinidad de ponencias en congresos celebrados en distintas partes del mundo; incontables trabajos de divulgación.

Maestro de esos que se escriben con mayúscula: en la serenidad de su magisterio se explica su lucidez y su penetración; reposado y preciso, sin aspavientos y exabruptos ha sabido comunicar a sus discípulos el enorme caudal de sus conocimientos. Catedrático de garantías y amparo, derecho comparado, problemas procesales del derecho privado, defensa jurídica de los particulares frente a la administración y teoría del proceso laboral.

Universitario ejemplar: por doce años dirigió al Instituto de Investigaciones Jurídicas; desde esta posición ha formado a uno de los más grandes contingentes de investigadores para la ciencia del derecho. Siempre dispuesto y amable, atinado y sugerente nos ha conducido con la suavidad de su trato, casi sin sentir, por los muy frecuentemente intrincados caminos de la investigación jurídica. Como miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad, es depositario de una de las responsabilidades más elevadas de esta casa de estudios que cumple todos los días con energía y disciplina a la luz de toda su comunidad.

Sólo su pasión por la Universidad le hizo variar el rumbo de la vida en la judicatura, de la que se apartó para entregarse todo a la investigación, como si fuera una fuerza incontrolable y todopoderosa. Sus altos méritos científicos le llevaron, recientemente, a su nombramiento como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actividad compatible e inherente a su trabajo intelectual en nuestra institución.

El maestro Fix ha recibido algunas de las distinciones más importantes que nuestro país otorga: premio de la Academia de la Investigación Científica en 1963; miembro de El Colegio Nacional en 1974; Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales en 1982. La trascendencia internacional de su trabajo le ha valido el otorgamiento del doctorado honoris causa *de la Universidad de Sevilla y profesor honorario de la Universidad Mayor de San Marcos, de Lima, Perú.*

Junto a tan elevados reconocimientos, el homenaje que hoy le tributa a usted su instituto, querido maestro, resulta insignificante. Sin embargo, quiero expresarle que lo hemos preparado con profundo cariño, como respuesta a ese mismo cariño con el que usted siempre nos ha tratado; es ciertamente modesto y sencillo, con la misma modestia y sencillez que usted encarna y que nos ha enseñado; es institucional, como siempre ha sido su conducta de universitario; es académico, como académica es toda la sangre que fluye por sus venas; es unánime porque en este instituto todos somos de una manera u otra producto de su hechura; porque Investigaciones Jurídicas sería inexplicable sin usted.

Reciba este homenaje, maestro, como expresión de nuestra gratitud y muestra de reconocimiento; recíbalo de sus discípulos y sus amigos; recíbalo aunque su modestia ejemplar lo quiera detener; recíbalo con el afecto y admiración con el que se lo entregamos.

JORGE MADRAZO

DERECHO COMPARADO DEL SERVICIO PÚBLICO DEL EMPLEO

Santiago BARAJAS MONTES DE OCA

Estamos conscientes que no es sencillo establecer una idea, así sea aproximada, del derecho comparado; pero en forma sintética, ya que sobre el particular se ha escrito bastante, procuraremos proporcionar una opinión que nos pueda servir de punto de partida. En nuestro concepto no son incompatibles las ideas de disciplina científica y método jurídico, ya que si bien es verdad que el derecho comparado es un instrumento del conocimiento del derecho y por tanto un método jurídico, es necesaria su sistematización, ya que se trata de un instrumento delicado que no puede aplicarse en forma indiscriminada. Con este objeto se han elaborado una serie de estudios que se pueden calificar como ciencia jurídica comparativa, por haber formado ya una disciplina que analiza el método jurídico comparativo y que establece los lineamientos de su correcta aplicación al inmenso campo del derecho. Es una disciplina metodológica que posee similitud con otras, como la historia y la filosofía del derecho, la lógica jurídica y las técnicas de la investigación jurídica, calificadas como formativas, las cuales, a diferencia de las informativas, o sean aquellas que estudian las ramas específicas del ordenamiento jurídico, constituyen lo que algunos tratadistas estadounidenses denominan perspective courses.

Héctor Fix-Zamudio

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Las agencias de colocación.* IV. *La administración pública y los servicios del empleo.* V. *Sistemas nacionales del servicio de empleo.* VI. *Medidas de apoyo al servicio público del empleo.* VII. *El servicio nacional de empleo.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre los campos de la investigación jurídica a los cuales se ha dedicado el doctor Fix-Zamudio, debe considerarse al derecho comparado

uno de los más importantes, ya que desde el inicio de su carrera académica en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México, fue su preocupación esta clase de estudios, a los que destinó largas jornadas y en los que puso empeño especial, alejándose de otra actividad jurídica por largo tiempo, para ampliar y mejorar sus conocimientos en esta moderna disciplina dirigida al cumplimiento de cinco deberes fundamentales de la ciencia del derecho: 1º Obtener un mejor conocimiento del derecho nacional, ya que sin el auxilio del método comparativo, el jurista se acostumbra a considerar las soluciones de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de su país, como las únicas fuentes posibles para el análisis del ordenamiento jurídico en general; 2º Perfeccionar el lenguaje jurídico en atención al hecho de resultar sumamente necesario atender al sentido exacto de los términos extranjeros que se aplican a los diversos sistemas, otorgando su valor jurídico a cada uno; 3º Comprender los alcances actuales del orden jurídico internacional, ya que en el mundo contemporáneo es cada vez más intensa la aproximación de las materias, social, política y económica, no justificándose el aislamiento de los diversos sistemas jurídicos, que también reciben una influencia recíproca permanente; 4º Unificar en lo posible los ordenamientos jurídicos, por constituir ésta una de las grandes aspiraciones de los estudios jurídicos comparativos, a través de un derecho comunitario, ya perfilado en forma incipiente en nuestra América Latina, a través de los organismos creados para la protección y beneficio de los intereses comunes de nuestros países y de los intentos de códigos y leyes modelo, y 5º Tener el más amplio conocimiento posible de los ordenamientos jurídicos internacionales, con la finalidad de ampliar la sensibilidad y comprensión indispensables para lograr la oportuna y adecuada adaptación de las diversas profesiones jurídicas: judicatura, legislación, ministerio público, abogacía, docencia e investigación, a los propios cambios sociales.[1]

Es por lo mismo en el campo del derecho comparado, y tratando de seguir el método del doctor Fix-Zamudio, donde nos hemos aventurado, con el objeto de abordar un tema no explorado a nivel universal, el del servicio público del empleo, respecto del cual las peculiaridades de los diversos países contemplan diferencias muy destacadas, pues mientras en los industrializados se ha consolidado una eficiente política de

[1] Fix-Zamudio, Héctor, "La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 8, UNAM, mayo-agosto de 1970, pp. 346 y ss.

empleo debido a los recursos de que disponen, así como a la preparación del personal encargado de administrarlo, todo ello aunado al establecimiento de organismos de ayuda y socorro que otorgan al trabajador importantes alicientes y seguros de desempleo; en los países socialistas la cuestión la encontramos vinculada a su economía planificada y al compromiso oficial de sus gobiernos de dar empleo remunerado a todo adulto en edad de trabajar.

Sólo que ésto no acontece en los países en vía de desarrollo, pues para éstos otorgar un nivel mínimo de bienestar a los trabajadores resulta tarea casi imposible de realizar, ya que les es más importante lograr niveles de desarrollo económico que organizar servicios del empleo, por ser muy limitados los recursos de que pueden disponer para el logro de este propósito. De ahí lo grave del problema social al cual se enfrentan en nuestros días.[2]

He aquí resumido el marco dentro del cual se ubica la política del empleo. La magnitud del desempleo en el orbe, ha facilitado a los países industrializados capear el vendaval, si se nos permite expresarlo así, gracias a medidas accesorias puestas en práctica; pero en la mayor parte de los países el servicio del empleo apenas si puede atender las implicaciones sociales que comprende; se le encuentra aún en el campo de la planificación y son escasos los estudios e investigaciones llevados a cabo para su integración formal a la administración pública; apenas se han iniciado proyectos para su implantación y desarrollo. Mucho se ha logrado en Argentina, Brasil, Venezuela o México, en América Latina; poco lo obtenido en África, Asia o el medio oriente; lo único común a todos es que se han visto obligados a ocuparse de la cuestión, ante la necesidad universal de crear empleo y aumentar la productividad.[3]

Tres aspectos son los fundamentales actualmente en toda política de empleo: *a)* El desempleo y el subempleo; *b)* La colocación de los trabajadores, y *c)* La formación profesional de los trabajadores. Respecto de lo primero, varios son los análisis hechos por economistas, sociólogos y juristas para encontrarle solución, por no ser el aumento de la productividad o el aumento de oferta de productos el factor que provoca el desempleo y el subempleo, sino que convergen en el pro-

[2] Oficina Internacional del Trabajo, *Tecnología y empleo en la industria; estudio de varios casos sobre posibilidades de substitución tanto en las operaciones primarias como en las secundarias para la elección de una técnica de empleo apropiada*, Ginebra, Suiza, 1973.

[3] *Ibidem.*

blema otros factores tecnológicos, de distribución y de la movilización de la mano de obra, además de los siguientes: la autonomía propia de los oficios; el núcleo de tareas a desarrollar en un momento determinado y en un mismo establecimiento, o el trabajo de equipo. La atención a estas cuestiones ha marcado el inicio de toda política de empleo, ya que el primer paso a dar es iniciar al joven que exige trabajo, en tanto que el segundo es mantenerlo en la ocupación que obtenga, esto es, el de la estabilidad en el empleo.

La colocación de los trabajadores constituye otra preocupación actual de los gobiernos, pues no es posible ni siquiera en los países socialistas, inventar empleo para dar ocupación al creciente número de personas que ingresan al mercado del empleo y menos aún establecerlo con eficacia, equidad y justicia. La creación de empleo obedece a múltiples causas que es preciso tomar en cuenta antes de provocar oferta viable y segura de los mismos: el estado económico del país, el crecimiento demográfico, la distribución poblacional, las exigencias sociales, etcétera.

Y un tercer factor de reciente aparición lo es la formación profesional, debido al avance tecnológico sufrido en todas las actividades productivas. El trabajo artesanal no sólo ha sido superado sino que ha dejado de tener eficacia productiva en el campo industrial y agrícola, y únicamente se le encuentra a título de especialidad y para resolver algunas formas ocupacionales (incapacitados parciales, jubilados, minusválidos). La exigencia moderna de contar con mano de obra tecnificada en multitud de tareas, ha obligado a la capacitación o el adiestramiento del trabajador, a fin de que pueda obtener ocupación.[4] Son las anteriores las materias a las cuales dedicamos esta breve y modesta investigación.

II. Antecedentes

Desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el primer problema a estudio por parte de sus órganos: la Conferencia, la Dirección Técnica y el Consejo de Representantes, lo fue el empleo, por constituir la exigencia inmediata de los países devastados al concluir la Primera Guerra Mundial; unos debido a la falta total de empleo para los excombatientes, otros para ajustar los

[4] Barajas Montes de Oca, Santiago, *Aportaciones jurídicas a la sociología del trabajo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1984.

nuevos planes productivos a los requerimientos surgidos con la devastación, lo cual obligaba, por un lado, al desplazamiento de trabajadores provisionalmente ocupados en determinadas actividades; por otro, al reacomodo de aquellos que tenían capacidad técnica en ciertas actividades en las cuales había sido difícil la sustitución.

Esto fue lo que dio motivo, desde la primera reunión de la Conferencia el año de 1919, a la adopción de un primer convenio sobre el desempleo que marcó el inicio de una serie de planteamientos técnicos, ante la imposibilidad inicial de poner en práctica varios de los métodos sugeridos en dicha convención.[5] ¿Por qué razón este primer empeño internacional se dirigió al desempleo y no al empleo como era lógico suponer? La respuesta resulta sencilla: no se contempló en el origen de las soluciones sociales de posguerra la posibilidad de ocupación, por otorgarse de momento, sendas pensiones a los excombatientes como justificado reconocimiento a su actuación bélica, y sólo se resolvió la forma de llevar a cabo el desplazamiento de trabajadores, hombres y mujeres, que habían desarrollado algún trabajo en la industria bélica pero quienes carecían de preparación para ser empleados en la industria regular. Este desplazamiento resultaba un mal necesario ante la implantación de los nuevos métodos productivos y de ahí que se provocara el desempleo en gran escala.

Durante el decenio de los años veinte la preocupación oficial fue atenuar el desempleo mediante la oferta a los trabajadores desempleados para encontrarles nuevas ocupaciones adaptadas a la naturaleza del trabajo que habían desempeñado, o para coordinar la orientación de la mano de obra hacia estos propósitos, evitando al mismo tiempo fuera víctima de alguna explotación derivada de la necesidad de encontrar trabajo. De ahí la vigilancia puesta en las agencias de colocación privadas, las cuales, como se comprenderá, proliferaron en la época. Por ello, este primer convenio al que hacemos referencia fue dirigido a impulsar el esfuerzo gubernamental para crear bolsas de trabajo, reglamentar las funciones de éstas mediante una legislación nacional adecuada y centralizar los esfuerzos municipales hacia la movilización de esa mano de obra carente de empleo, en lugares o actividades donde la reconstrucción económica la hiciera más necesaria.

Del propio convenio surgió además la posibilidad de establecer el seguro de desempleo, como medio de reducir los graves conflictos que

[5] Convenio núm. 2 sobre ocupación de los trabajadores, aprobado en la primera sesión de la OIT en Ginebra, Suiza, el año de 1919, el cual contiene reglas para establecer programas de protección a la planta productiva y el empleo, fortaleciendo la necesidad de un servicio nacional de empleo.

la desocupación acarreaba al aparecer los primeros actos colectivos de rebelión, que pusieron en jaque a varios gobiernos y dieron margen al surgimiento de un corporativismo de nefastas consecuencias sociales. El intento no fructificó entonces, pero sirvió su planteamiento, ya que, por una parte, permitió la directa participación de trabajadores y empleadores en un problema de interés común, creándose las primeras comisiones mixtas destinadas a encontrar soluciones al desempleo colectivo; por la otra, obligó a los Estados a aceptar como parte de sus responsabilidades legislar en materia de empleo, con medios elementales de acción si se comprende que carecían de sistemas jurídicos viables para resolver una espinosa y difícil cuestión social.

Para el año de 1933 el empleo ocupó en el seno de la OIT un lugar destacado. Se aprobó, junto con la serie de convenciones destinadas al seguro de vejez, de invalidez, y de muerte, tanto en el campo de la industria como en el de la agricultura, el primer convenio sobre agencias retribuidas de colocación, al igual que varias recomendaciones destinadas a su instalación y gratuidad, para combatir las prácticas viciosas de las agencias privadas. Se exigió impulsar una legislación tendente a reglamentar las actividades de estas últimas, mediante el otorgamiento de licencias de funcionamiento restringidas, así como establecer el control de las tarifas que debían cubrir los usuarios y la fiscalización, en lo posible, de sus actividades. Sólo se admitió, en algunas profesiones, la existencia de agencias especializadas, por llenar éstas funciones muy particulares del trabajo técnico, en el cual se requiere la seguridad de los servicios a prestar por cualquier candidato a un puesto determinado; análisis difícil de llevar a cabo por cualquier bolsa de trabajo pública.[6]

El servicio público del empleo apareció hasta 1944. La necesidad de adoptar normas jurídicas que permitieran la transición de la guerra a la paz, al contemplarse en ese año el final de la segunda conflagración mundial, permitió plantear dos cuestiones cruciales: la reconversión económica y la reincorporación de la mano de obra liberada, para evitar se presentasen los mismos problemas sociales que habían tenido lugar al concluir la Primera Guerra. La evolución de las ideas permitía preveer frutos inmediatos, coherentes con los sucesos del momento, destinados a encaminar la legislación hacia estas tres metas: 1ª

[6] Convenios núms. 35 a 40 aprobados en la decimoséptima sesión de la Conferencia de la OIT, celebrada en Ginebra, Suiza, el año de 1933. El convenio número 34 se destinó a la reglamentación de las agencias de colocación y es el primer ordenamiento de este tipo que se conoce.

Orientar el uso y distribución de los recursos humanos; 2ª Evitar que la presión ejercida por las organizaciones de trabajadores condujera a planteamientos colectivos que no pudieran ser resueltos con la prudencia, eficacia y urgencia que el caso requeriría, y 3ª Implantar sistemas de seguridad social, al resultar inmanejable cualquier aplazamiento de exigencias sociales inmediatas. En estos sistemas se ubicó al servicio público del empleo, cuando no fue posible establecerlo bajo diverso régimen o en forma directa como lo hubiera recomendado la OIT.[7]

El siguiente paso importante se dio el año de 1948 al ponerse en vigor la reglamentación inicial del servicio del empleo en la mayor parte de los países, con base en el principio de que al desempleo no debe vérsele como una adversidad que se abate sobre la persona, sino como el resultado de un deficiente sistema económico nacional. Surgieron entonces los intentos de una política de pleno empleo y se impuso como obligación social a los gobiernos buscar ocupación al mayor número de personas y la creación de actividades de diversa índole. Fue de esta manera como se creó conciencia de la ayuda que el Estado debe dar a los desempleados o a trabajadores desplazados por cualquier concepto, y como surgió al mismo tiempo la organización racional del mercado de empleo, de lo cual nos ocuparemos en capítulo posterior.[8]

A partir de tal reconocimiento se han promulgado varias leyes o reglamentos que abordan las siguientes cuestiones:

a) La organización del mercado de empleo mediante mecanismos propios, adaptados a la economía de cada país, para llevar el empleo al nivel más alto posible;

b) Implantar acciones permanentes, concertadas y convergentes, dirigidas a imponer una nueva política que supone voluntad por parte de los gobiernos, de dar prioridad a los objetivos del empleo, con

[7] Recomendación núm. 72 sobre el servicio del empleo, en cuya introducción se hace alusión al programa *New Deal* del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, como el modelo eficaz en materia de empleo, a través de la intervención directa del Estado, tanto en la movilización como en la desmovilización de la mano de obra.

[8] Convenio núm. 88 aprobado por la 31a. sesión de la Conferencia de la OIT, celebrada en la ciudad de San Francisco, California, el año de 1948. En este convenio se dispone que es función esencial del servicio del empleo la cooperación de todos los organismos interesados, público y privado, cuando esto sea necesario, con el objeto de lograr la mejor organización posible del mercado de empleo, como parte integrante de los programas nacionales destinados a mantener y garantizar un sistema de empleo para todos los trabajadores en edad útil.

base en métodos que hagan posible el crecimiento material de la población;

c) Reestructurar programas de inversión y reconversión industrial para llevar a cabo los movimientos de la mano de obra conforme a planes de desarrollo que puedan poner en ejecución los gobiernos;

d) Dar nueva orientación profesional en la ubicación de los trabajadores de cada sector económico de un país, permitiendo su traslado de uno a otro, de acuerdo a las necesidades que se produzcan al ponerse en ejecución los planes de desarrollo; y

e) Integrar los recursos humanos con positivo sentido social dirigido hacia la persona, pero con el objetivo directo de que todo servicio de empleo debe estar destinado a cubrir exigencias sociales.

El ingreso, reingreso, promoción o reconversión del trabajo humano, conforme estos propósitos, debe serlo no sólo la satisfacción del individuo, sino el empeño de dar a la tarea que se realice un contenido socialmente útil, por no estar en juego únicamente el interés personal sino también el colectivo.

Son éstas las nuevas orientaciones de una cabal política nacional del empleo. La evolución experimentada a lo largo de los acontecimientos internacionales y los propios de cada nación, nos lleva al de las corrientes ideológicas que han permitido que un servicio que surgió como institución humanitaria se haya convertido en un deber público, ajustado a las actuales condiciones de vida y de trabajo, y que la obligación del Estado de intervenir en las oportunidades de fomentar ocupación a través del servicio del empleo, haya quedado incorporada a su estructura como una más de sus funciones primordiales. Encontrar medios para aliviar la situación de quienes carecen de trabajo; distribuir la población inactiva en centros donde existan posibilidades de crear empleo en gran número; informar y orientar profesionalmente a quien ingresa por primera vez al trabajo; pero sobre todo, coordinar la demanda y oferta de empleo y lograr con ello una correcta distribución del trabajo en el ámbito territorial de cualquier país, son todas estas actividades de administración pública a las cuales ha sido necesario prestar urgente atención, ante el descalabro sufrido en la ocupación de la fuerza laboral.[9]

En nuestros días el trabajo ha dejado de ser una actividad individual para convertirse en una exigencia colectiva; si revisamos cualquier tarea profesional encontraremos en ella un aspecto colectivo, lo

[9] Naville, Pierre, *Sociología del trabajo*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, tomo I, 1963, pp. 230-237.

mismo se trate de trabajo en equipo, en el taller, en la fábrica, que en cualquier lugar donde preste servicios el obrero; éste depende hoy más de la naturaleza del establecimiento donde labora día a día que de sus capacidades personales. En consecuencia, si es desplazado de su empleo, se encuentra ante una situación dolorosa, en la que aparte de no acertar a comprenderla en toda su magnitud, le desconcierta y deprime, por no saber en el momento que ya no tiene trabajo, qué es lo que va a hacer. Esto crea malestar y puede desembocar en conflictos nacionales cuando es muy grande el número de obreros desocupados y el Estado carece de elementos para ofrecer soluciones viables al desempleo.

Por esta razón a los gobiernos interesa establecer y organizar servicios públicos del empleo y promover una legislación en cada uno de ellos conforme a sus necesidades y recursos. Países capitalistas o socialistas, desarrollados o en vía de desarrollo, todos se encuentran actualmente dando pasos para garantizar, en lo posible, ocupación al mayor número de sus ciudadanos en edad de trabajar; vigilan y controlan la formación de los trabajadores para orientarlos hacia actividades socialmente útiles; reglamentan el funcionamiento de las agencias de colocación, y distribuyen la mano de obra con el objeto de evitar el desempleo.

III. Las agencias de colocación

Si consideramos la colocación del trabajador como la base actual del servicio público del empleo, debemos aceptar que la reglamentación destinada a esta tarea resulta primordial. Hemos definido en el *Diccionario Jurídico Mexicano* a la colocación como la función de la administración pública que tiene por objeto poner en correspondencia las ofertas de empleo de un país con la demanda de quien requiere trabajo para cubrir sus necesidades personales y familiares básicas.[10] Pero a la colocación se le considera también el conjunto de operaciones ligadas entre sí, desarrolladas por determinados funcionarios públicos, con diversos fines y distintos instrumentos, apoyados en múltiples técnicas, con el objeto de atender a los usuarios solicitantes de empleo.[11]

En la colocación se encuentran, por ello, estos elementos: 1º Una

[10] *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, S. A., tomo I, 1983, pp. 109-111.

[11] Ricca, Sergio, *Los servicios del empleo*, publicación de la OIT, Ginebra, Suiza, 1983, p. 119.

organización destinada a captar la oferta y demanda de empleo; 2º La fiscalización que debe hacer un órgano público para el manejo y funcionamiento de esa organización; 3º La utilización de instrumentos y técnicas que faciliten sus fines, y 4º La orientación profesional que se imparta a la mano de obra que busque ocupación.

Todas estas labores se han encomendado a las agencias de colocación, oficinas encargadas de la recepción de ofertas de trabajo y elemento de apoyo de los gobiernos en la ocupación de los trabajadores. Según un diagrama elemental, cinco son las funciones básicas de toda agencia de colocación: 1ª Reunir un conjunto de ofertas de trabajo, sean de un empleador en particular o de una o varias empresas; 2ª Registrar dichas ofertas por puestos y características del trabajo a realizar y número de plazas vacantes que pueden ser ocupadas por quien las solicite, así como los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto; 3ª Coordinar los medios de publicidad para la oferta de empleo, tanto los utilizados por cada agencia como los que utilicen asesores especiales; 4ª Seleccionar a los solicitantes de empleo con el objeto de enviarlos al empleador o empresa que ofrezcan un empleo ya registrado, y 5ª Exigir al empleador o empresa informe a la agencia si ha encontrado al trabajador requerido y si ha firmado contrato con él, o indique si no le conviene, ya sea para enviarle otro o para anular su oferta.

Con ligeras diferencias, este es el sistema puesto en práctica por el mayor número de países. La OIT los ha agrupado según los tipos de reglamentación impuesta. En un primer grupo incluye a Australia, Bahrein, Grecia y varios países de América Latina: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y Perú, cuya característica es ofrecer empleo permanente de tiempo completo y de tiempo parcial, esto último cuando el trabajo no es para toda una semana, sino para algunos días. La oferta incluye también empleo de carácter temporal.

Un segundo grupo comprende a la casi totalidad de los países europeos: Alemania Federal, Bélgica, España, Francia, Irlanda, Holanda y Portugal —Gran Bretaña e Italia se rigen por sistemas propios en materia de agencias de colocación, pues no han ratificado el convenio internacional sobre servicio del empleo, pero debe aclararse que sus métodos son bastante similares a los de aquellos otros países—. La característica en ellos es un sistema de clasificación por categorías de la demanda de ocupación, es decir, se clasifica a los solicitantes y no a los puestos. Dichos solicitantes pueden serlo: *a)* para empleos permanentes de tiempo completo o de tiempo parcial o temporal; *b)* el empleo puede ser o

no estacional, local, urbano o foráneo; *c)* el trabajador puede reportarse disponible de inmediato o para un periodo próximo (si se trata de especialistas); *d)* se registran todas aquellas personas que deseen cambiar de empleo, con indicación de sus actuales actividades, y aquellas respecto de las cuales dispongan de un certificado de capacidad recientemente adquirido; *e)* pueden los solicitantes indicar la categoría pretendida o dejar en libertad la oferta de empleo en distinta categoría, pero siempre dentro de su especialidad. En nota por separado se indica la legislación puesta en vigor por cada país.[12]

Un tercer grupo, dentro del cual podríamos ubicar a nuestro país, reglamenta al lado de agencias de colocación privadas otras de carácter oficial, con un doble propósito: encaminar a ciertos solicitantes hacia empresas paraestatales o hacia la función pública, o para distribuir la mano de obra desempleada en actividades que no requieran especialización y la persona puede ser utilizada en otras varias ocupaciones. Países socialistas como Yugoslavia y Cuba tienen establecidas agencias de colocación con este último propósito. En otros, al no ser libre la ocupación, no se han organizado agencias de colocación, sino que es el Estado, a través de órganos encargados de distribuir al personal disponible, quien destina a los trabajadores a una categoría o especialidad, o en el trabajo donde se considere sean más útiles. Costa Rica y Venezuela han adoptado nuestro sistema en época reciente; pero Canadá ha impuesto otro, que aunque similar en algunos aspectos, observa variantes, debido a la autonomía de sus provincias: Quebec, Columbia Británica y Manitoba son las que más se nos aproximan.

Finalmente, un cuarto grupo corresponde a países con sistemas propios: Suecia, Dinamarca, Japón, India, Singapur y Filipinas, así como Israel. A las oficinas de empleo, la mayor parte de ellas locales, las controla el gobierno de acuerdo a porcentajes de la mano de obra desempleada, siendo estas oficinas las encargadas de registrar a los trabajadores desempleados y las ofertas de empleo, así como de clasificar las

[12] *Alemania Federal:* Ley de fecha 25-VI-72 puesta en vigor en fecha 16-X-72 sobre el fomento del empleo y la protección de los trabajadores en caso de despido injustificado. *Bélgica:* Ley de fecha 28-VI-76 sobre reglas para el trabajo temporal y la colocación de trabajadores. *España:* aa. 11 a 15 y 49 del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980 y reformas Ley 32/1984 de fecha 2-VIII-84; Decreto 30/90 de fecha 2-XI-72 sobre políticas de empleo. *Francia:* Ley del Fondo Nacional del Empleo publicada en Decreto 63-1240 de fecha 18-XII-63 y su reglamento, publicado en Decreto Nº 7-241 de fecha 16-III-70. *Irlanda:* Ley Nº 21 de fecha 18-XII-67 sobre Fondo del Empleo. *Portugal:* Decreto Nº 392 de fecha 27-VIII-74; *Gran Bretaña:* Código sobre derechos de los asalariados derivados de su empleo publicado en Ley de fecha 31-VII-78; *Italia:* Ley Nº 300 de fecha 20-V-70.

ocupaciones nacionales, pues se considera éste el medio idóneo, sin necesidad de otro tipo de controles, para relacionar la oferta con la demanda. Cada solicitante debe inscribirse en tales oficinas y se le hace entrega, de inmediato, de una tarjeta o credencial en la que, mediante una codificación programática particular, se incluye toda la información indispensable, almacenándola al mismo tiempo en una computadora que, en cualquier momento, informa sobre las necesidades y el probable destino del trabajador, si acepta una oferta de empleo.[13]

Toda agencia de colocación exige personal calificado. En apariencia es muy sencillo recibir solicitudes, indagar aptitudes del trabajador; encontrar el lugar donde éste pueda ser empleado y enviarlo con una carta o recomendación al patrono o empresa que pueda darle trabajo. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica, con mayor razón si se toma en cuenta que algunas agencias emplean sistemas propios o se dedican con exclusiva a cierto tipo de solicitudes, como es el caso de los llamados *the head hunters* o selectores de cerebros, como en el lenguaje industrial se les dice, quienes cumplen funciones muy selectas con personas igualmente seleccionadas, desde luego que con un elevado pago por sus servicios.

La circunstancia de que la agencia de colocación que envía a un solicitante de empleo debe responsabilizarse de él y en parte del rendimiento que pueda ofrecer en el trabajo al que se le dedique, obliga a formar un personal selecto, encargado de estas funciones con suma dedicación. Este personal puede variar desde programador o informador hasta procesadores de computación, por encontrarse la clave de un buen servicio en la información; mientras mayor sea ésta y más amplia por la riqueza de sus datos, exige ya no empleados sino verdaderos especialistas encargados de las oficinas correspondientes. Además, estos funcionarios deben tener conocimientos de psicología, sociología y derecho laboral, para contar con la perspicacia y sabiduría que les permita seleccionar a la persona adecuada para cada oferta de trabajo. El trato con los solicitantes es también de importancia, tanto para evitar decepcionarlos a la primera consulta, como crearles seguridad en su capacidad y confianza en comportamiento posterior, en caso de ser empleado. De ahí la necesidad de un adiestramiento especial de dicho personal.

[13] *Suecia*: Ley sobre problemas de empleo en los sectores público y privado de fecha 24-II-82; *Dinamarca*: Ley Nº 249 sobre agencias de colocación de fecha 13-VI-68; *Japón*: Ley Nº 39 (17-V-83); *India*: Ley Nº 37 que reglamenta el empleo de mano de obra contractual, de fecha 5-IX-70; *Singapur*: Ley Nº 17 (16-VIII-68); *Suiza*: Ley Federal de 25-V-82 sobre seguro de desempleo obligatorio; *Cuba*: Nuevo Código del Trabajo, Ley Nº 49 (28-XII-84).

Varían también las técnicas empleadas según los grupos de países anotados, por tomarse en cuenta al público que se atiende, por regla general impaciente, trátese de empresarios o de trabajadores, pues por igual exigen pronta solución a sus pretensiones de oferta o demanda. Las grandes agencias de colocación tanto oficiales como privadas, han hecho una eficaz división del trabajo y preparan amplios formularios, de cuya información obtienen los datos necesarios que debe almacenar la computadora, para establecer en escasos segundos la conveniente correlación entre ofertante y solicitante.[14]

En otras agencias se verifica la documentación presentada por cada persona a fin de tener absoluta seguridad de recomendar a la más apropiada para el empleo. Controlan las solicitudes ordenándolas por fecha y hora de recepción, por clases de ocupación y mediante número progresivo. Copias y datos pasan a formar parte de un expediente personal, indicando al solicitante proporcione un número de teléfono donde se le comunique una oferta de empleo a la que pueda optar, así como la forma en que deba dirigirse al funcionario con quien deba entrevistarse.

IV. La administración pública y los servicios del empleo

Es un órgano del Estado el encargado de la creación, organización y funcionamiento del servicio público del empleo. Varían los métodos o procedimientos puestos en práctica por cada país, al igual que las funciones atribuidas a dichos órganos del poder público. Lo interesante es saber que en la actualidad se ha impuesto este servicio en calidad de función social, encontrando eco en el interés sindical y en el de las asociaciones patronales.

Revisando la legislación internacional sobre la materia, hemos encontrado como característica común las siguientes atribuciones:

1ª Formar personal especializado para atender esta función, pues se ha visto la conveniencia de que sean personas con cierto grado de conocimientos quienes se encarguen de las tareas básicas del problema ocupacional.

2ª Establecer uniformidad en la toma de decisiones, desde las más altas jerarquías burocráticas hasta los empleados de base que tengan a su cargo la función; un reglamento bien estructurado permite fijar acciones y responsabilidades partiendo del encargado del ministerio de Esta-

[14] Oficina Internacional del Trabajo, *Empleo, crecimiento y necesidades esenciales*, Ginebra, Suiza, 1976, pp. 15-31.

do que tenga a su cargo las cuestiones relacionadas con el empleo hasta el personal encargado de las tareas administrativas.

3ª Resulta necesaria la colaboración e identificación del personal con los usuarios del servicio, empresas y solicitantes, ya que si a la función se le toma como el cumplimiento de una actividad burocrática ordinaria, es casi seguro el fracaso de su misión, pues ningún interés se pondrá en satisfacer la exigencia de un servicio social de grave trascendencia, sino solamente se cumplirá con el trabajo encomendado.

4ª Es necesaria la colaboración de sindicatos y empresas en esta tarea si se desea tener éxito en los resultados. En países como el nuestro, en el que se faculta a las organizaciones de los trabajadores, a través de las convenciones colectivas, ser ellas quienes designen a las personas para cubrir los puestos de una negociación, a virtud de la llamada cláusula de exclusión por ingreso, es limitada esta colaboración y escasa la participación del Estado; pero en aquello en lo que no se permite imponer esta cláusula y, por el contrario, existe absoluta libertad de contratación, y es el patrono o empresario quien hace directa o indirectamente la selección del personal, los sindicatos sí prestan toda clase de ayuda a los gobiernos en materia de empleo, y desde luego lo hacen con mayor interés los propios empresarios a fin de resolver la falta de mano de obra en cualquier puesto, de modo urgente.

5ª El éxito de la empresa común o concertada entre gobierno, empresas y sindicatos, se encuentra en la forma de gestión que impone cada administración pública conforme a sus intereses, sea a través de los objetivos políticos, sociales o económicos que se persigan, de los sistemas que se impongan, o mediante la reglamentación que se promulgue.

Otros aspectos de la cuestión que interesa conocer y separar son los que a continuación se expresan:

1) *Objetivos del servicio público del empleo.* Son de dos clases: cuantitativos y cualitativos. Cuantitativos por el interés de conseguir empleo al mayor número de trabajadores; cualitativos debido a la conveniencia de encaminar a cada usuario del servicio al tipo de actividad que mejor cuadre con sus capacidades o la que más le guste o convenga, siempre que posea las aptitudes requeridas. Para obtener resultados óptimos en esta función, la base se encuentra en la preparación de cuestionarios objetivos y en el empleo de técnicas de selección debidamente comprobadas antes de ponerlas en ejecución. Países como Francia, Alemania Occidental e Italia han tomado grandes precauciones en la preparación de formularios;[15] pero en países de capacidad más limitada debi-

[15] Francia en reciente decreto Nº 83-297 de fecha 19-V-83 sobre contrato de

do a elementos y presupuestos con los cuales cuentan, también encontramos órganos bien estructurados con funciones aceptablemente reglamentadas.[16] En todos el principal objetivo es la permanente superación de funciones, y en lo posible, la descentralización geográfica de las oficinas, independientemente del hecho de que a varios gobiernos interese más las decisiones políticas que las de mera administración.

2) *Sistemas.* Se encuentran en éstos muchas variantes, según la capacidad económica de los Estados y del medio social donde sean instaladas dependencias administrativas encargadas del empleo. Los países que a continuación mencionaremos han instalado oficinas destinadas al servicio del empleo, sólo que unos lo han hecho en mejores condiciones de operación y organización, con personal competente y bien remunerado; otros con modestos rendimientos operativos. Los países integrantes de la Comunidad Económica Europea (CEE) cuentan con departamentos en los que el comportamiento del personal y la eficacia de su organización ofrece un rendimiento altamente tecnificado. En cambio países como Bahrein, Bolivia, India, Irlanda, Mozambique, Nigeria y Filipinas, de recursos muy limitados para esta labor, han tropezado con dificultades para lograr esa eficiencia; la mayor parte de ellos debido a la dificultad en la descentralización administrativa, por ser países en los que la centralización de los gobiernos alcanza máximas proporciones; los menos, debido a problemas económicos para el sostenimiento de oficinas con personal calificado, por lo cual se ven obligados a contratar personas carentes de conocimientos y técnicas de empleo, cuya actuación en ocasiones resulta negativa en lugar de positiva en beneficio del público usuario. Algo se ha logrado, sin embargo, en el campo del servicio público del empleo, a través de dependencias que día a día adquieren nociones prácticas sobre la aplicación de sistemas ocupacionales.[17]

3) *Reglamentos.* La distribución de responsabilidades constituye hoy día el éxito de todo servicio público del empleo; fijar las fronteras físicas de cada dependencia ayuda a la distribución de funciones; instalar oficinas en zonas geográficas de mayor densidad poblacional se antoja

empleo; Alemania Federal en Ley de fecha 25-VI-69 sobre fomento del empleo, reformada en decreto de fecha 6-II-82; Italia en Ley Nº 300, ya citada en nota Nº 12.

[16] Finlandia en Ley de fecha 24-VIII-84 sobre protección a trabajadores desempleados; Malasia mediante Ley Nº 246 publicada en *Gobermente Gasette* de fecha 12-11-81 que regula las agencia de colocación; Nigeria en su Código del Trabajo de fecha 29-V-74 (aa. 65-78 sobre registro y funcionamiento de agencia de colocación); Perú en Ley General de Industrias (Decreto Ley 18-350 de fecha 27-VII-70); U.R.S.S. en Orden Nº 156 del Comité de Estado de Trabajo y Asuntos Sociales, de fecha 26-IV-79, que aprueba un reglamento sobre agencias de colocación.

[17] Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit., supra* nota 14.

alcanzar un óptimo campo de acción que a la vez demuestra positivo interés en lograr eficiencia en el servicio. Se ha pensado que algunas tareas sí deben quedar centralizadas, como son la atención a minusválidos, por ejemplo, o la orientación y guía a quienes ingresan por vez primera al mercado de empleo, o la preparación de estadísticas nacionales. Se considera también, por parte de otras administraciones, que deben quedar centralizadas las funciones de apoyo administrativo y el control de las agencias privadas. En Europa, lo relacionado con el empleo de los trabajadores migratorios, lo maneja asimismo una oficina matriz, la cual dicta disposiciones legales conforme a las exigencias y conveniencias nacionales.

4) *Orientaciones.* Varias son las orientaciones que debe comprender una adecuada reglamentación del servicio público del empleo: 1ª Separar de modo conveniente a la dependencia de la administración pública encargada de manejarlo, fijando únicamente la correspondencia o las relaciones que deba tener con otras dependencias, para evitar confusión en las tareas y objetivos que le sean atribuidos; 2ª Precisar estas atribuciones en cada sistema o subsistema que se implante, a fin de comprobar en cualquier momento si responde o no a las necesidades sociales que le hayan sido asignadas a cada uno en particular, por ser muy importante la toma de decisiones; de esta manera cada funcionario o empleado conocerá el éxito o fracaso de las atribuciones asignadas a su dependencia; 3ª Fijadas las atribuciones, deberá otorgarse plena libertad de acción al personal encargado, sobre todo al que actúe en oficinas exteriores, con apoyo en un catálogo de responsabilidades y mediante un capítulo inteligente de sanciones, en caso de que su actuación no se ajuste a las normas reglamentarias o a las instrucciones recibidas; 4ª Instituir un buen sistema de intercomunicación a efecto de que la oficina matriz esté siempre informada de la actuación de las corresponsales y éstas a su vez reciban con oportunidad las indicaciones que haga dicha matriz esté siempre informada de la actuación de las corresponsales y superiores, cuidando estos últimos de que sus órdenes sean claras y precisas a efecto de que puedan ser cumplimentadas; 5ª Fijar la gestión que corresponda a cada dependencia y a cada oficina, pues una determinada función podría no resultar conveniente a una u otra, debido a la estructura impuesta en la descentralización de funciones; el mayor daño administrativo que puede hacerse es duplicar funciones o controles, así como distribuir éstas en varios intermediarios; 6ª Proporcionar al personal los medios materiales para la eficacia de su trabajo, desde luego los de carácter económico, pero también los correspondientes a instrumen-

tos de labor, los cuales pueden ser variados: mecánicos, eléctricos, impresos, papalería, accesorios, etcétera.[18]

5) *Información.* Agregaríamos como parte de la gestión, todo lo relativo a los medios informativos o de orientación puestos en ejecución en los servicios públicos del empleo. Este objetivo lo considera Ricca como una forma razonada de colocación, porque, según dice, en todo servicio de empleo la finalidad que se persigue en última instancia es poner a los trabajadores que buscan trabajo en condiciones de conseguirlo, ya que reducir tal objetivo al único papel de regulador del mercado de empleo, aparte de no hacerle justicia a la institución, es reducirla a una mera actividad política que en el fondo no resulta compatible con el propósito social que se le ha impuesto.

Este autor divide en seis secciones la evolución que ha tenido la información y orientación profesional, base de un eficiente servicio público del empleo: *a)* su origen; *b)* políticas generales a seguir; *c)* lugar de servicio del empleo en el mecanismo nacional; *d)* contenido y métodos de la orientación que se dé al servicio, y *f)* relación de estas dos funciones con las demás que cumplen los servicios de empleo.[19] Ofrecemos la anterior descripción para quien tenga interés en el desarrollo que ha tenido en nuestros días la información en materia de trabajo. Por nuestra parte, nos interesa destacar únicamente aquella que corresponde proporcionar al servicio público del empleo.

En los países industriales, tanto socialistas como de economía de mercado, la orientación profesional constituye un importante servicio público gratuito, en beneficio de cada individuo, sobre todo cuando éste no se encuentre en aptitud de decidir por sí mismo lo que desea o le conviene.[20] En otros países el servicio es público y gratuito también, sólo que por razones económicas no tiene carácter individual, sino colectivo, compensándose esta falta con instrucción cívica o mediante una publicidad bien estudiada. En los países industriales, además, toda información y orientación profesional está destinada a influir en la elección de ocupación por las personas, para formar en ellas conciencia de su necesidad y al mismo tiempo de su capacidad. Mientras en los países socialistas al trabajador únicamente se le dirige a la ocupación en general, pues debe estar empleado a como dé lugar; en otros, como el nuestro, la información ocupacional es objetiva o se le deja a la dirección política

[18] Delora, Jacques, *Les politiques d'emploi,* París, Editorial OCDE, 1966, pp. 233-240.

[19] Ricca, Sergio, *op. cit., supra* nota 11, pp. 179 y ss.

[20] Oficina Internacional del Trabajo, *Política del empleo y desarrollo de los recursos humanos,* Ginebra, Suiza, 1977, pp. 53-57.

de los sindicatos, de acuerdo a los problemas personales del solicitante de empleo. En otras palabras, mientras en varios países los órganos del Estado destinan al trabajador a un oficio para el cual se le prepara, si es de su preferencia mejor, en los demás existe libertad de opción, siendo entonces cuando la información cumple a plenitud sus objetivos.[21]

La información se complementa con la preparación de programas especiales para los jóvenes que ingresan al mercado del empleo y la oferta de capacitación en un término prudente, garantizando, cuando esto es posible hacerlo, el destino final de dicha capacitación, al igual que sus beneficios y resultados prácticos. Pero esta parte la dejamos para analizarla en el siguiente capítulo.

V. Sistemas nacionales del servicio de empleo

Cuatro son los sistemas conocidos que imperan en el sector público del mundo moderno, tanto para organizar el servicio del empleo como para asignarle el carácter de función específica del Estado: 1º El que atiende a la calidad de las personas que buscan ocupación y jerarquiza las decisiones y la acción; 2º El que se basa en las relaciones de los trabajadores con el órgano público que atiende las cuestiones laborales, por regla general sujetas a determinadas disciplinas; 3º El de la organización descentralizada a base de subsistemas técnicos, de capacitación, de adiestramiento, de orientación, etcétera, que es al que se han acogido las naciones altamente industrializadas, y 4º El de una organización centralizada con ramificación de funciones, característico de los países en vía de desarrollo, en el que, al mismo tiempo que es atendida la capacitación, se atiende la información, encontrándose en él nuestro servicio nacional de empleo, capacitación y adiestramiento.[22] Examinemos brevemente cada uno.

1. *Sistema que atiende a la calidad de las personas*

Para los países que lo han puesto en ejecución, lo importante es descubrir la clase de empleo a la que pueda destinarse a toda persona que busca ocupación. Se le ha organizado bajo el principio de la división del trabajo fundado en el criterio de la especialización. Los trabajadores son agrupados por la similitud de sus conocimientos y no por su capa-

[21] Centro Nacional de Información y Estadísticas del Trabajo (CENIET). *La información para la administración del trabajo*, México, Editorial Foro Laboral, 1981, pp. 23-39.

[22] Naville, Pierre, *op. cit., supra* nota 9.

cidad; personas con iguales conocimientos en una rama de actividad quedan incluidos en una determinada categoría profesional y sólo se les llama en el caso de existir oferta de empleo en su categoría. El concepto de selección se basa en la idea de que se obtiene mayor colaboración entre personas incluidas en un grupo similar de conocimiento, que en aquel en el cual existe variabilidad de aptitudes para el trabajo.

Bajo este sistema se pretende que son mejores los resultados donde existe identidad de pareceres. Conocer la opinión de las personas a las cuales se orienta hacia un trabajo determinado, tanto por lo que manifiesten saber como por lo que demuestren hacer en el oficio al cual se hayan dedicado, permite avances en la organización ocupacional y facilita la gestión a desarrollar. Lo importante es no adoptar rigidez en la selección, sino seguir una conducta maleable en el seleccionador, si se nos permite expresarlo así, con la inteligencia suficiente y malicia para incluir a la persona en el grupo apropiado. La organización no se apoya, como puede comprenderse, en una estructura formal, sino en el comportamiento del personal encargado. El sistema puede ofrecer buenos resultados siempre que la selección del personal que deba aplicarlo lo haga con rigor técnico a fin de no enviar al solicitante de empleo al grupo equivocado.

Son pocos los países que siguen este modelo: Austria, Canadá, Estados Unidos de América, Finlandia, Suiza y Uruguay. Sus legislaciones se encuentran orientadas a una administración por niveles, es decir: uno básico integrado con el personal que toma contacto directo con el trabajador; otro intermedio constituido por los órganos técnicos encargados de preparar el material informativo y de selección, así como de integrar los grupos en formación, y uno superior o administrativo, encargado del personal, de la contabilidad y finanzas, de la planificación y de la reglamentación de las funciones a desempeñar por cada oficina y por cada empleado.

2. *Sistema que atiende a la relación de los trabajadores con el órgano público*

Es el propio de los países industrializados en los que funciona el seguro de desempleo. Se apoya en el principio de que el empleo es al mismo tiempo un derecho individual y una necesidad económica colectiva, por cuyo motivo es responsabilidad total del Estado la creación de empleos y al mismo corresponde la política destinada a dar ocupación a la mano de obra de un país, en la medida en que esto sea posible conforme a los recursos disponibles. Se basa y fundamenta este principio

en el siguiente hecho: cualquier nación que anhele el progreso y finque su prosperidad en el mayor número de fuentes permanentes de ingreso, no puede permitir la indigencia de sus nacionales y en cierta medida de los no nacionales, ya que es obligación del poder público abastecer las primarias necesidades del hombre y de la sociedad.

Para el logro de esta finalidad estimada, asimismo, de orden público, se han adoptado varias medidas: *a)* Establecer el equilibrio geográfico mediante la movilidad del trabajador, ilustrándolo para que se despoje del sentimiento familiar y del miedo al empleo desconocido; que no le preocupe la vivienda o tener que cubrir onerosos gastos de mudanza y que por tanto, acepte el cambio de residencia; *b)* Obligar a los empresarios al pago de gastos de mudanza y traslado a otros centros de productividad, incluyendo, si es posible, el pago de una modesta indemnización por cualquier perjuicio moral que sufra el trabajador o su familia, al ser movilizado a lugares donde sea trasplantado el centro de trabajo; *c)* Inducir a la mano de obra aceptar empleo donde su necesidad esté demostrada, garantizándole estabilidad y prestaciones económicas atractivas; *d)* Reestructurar la economía del Estado de manera que las empresas acepten a su vez su movilización a centros de población no congestionados o ubicados en zonas geográficas estudiadas de antemano, en las que puedan desarrollar su productividad con mejores resultados; e*)* Repartir el desempleo, esto es, aceptar periodos de inactividad a ciertos sectores de trabajadores, mediante jornadas convenientemente distribuidas entre empleados y desempleados; creando trabajos en el sector público aun cuando sea con menores salarios, o utilizando trabajadores desempleados en actividades temporales o adicionales; *f)* Establecer lo que en Europa se han denominado *talleres protegidos*, o sea aquellos en los que los propios trabajadores se organicen para prestar determinados servicios útiles a una comunidad, a cuyos talleres se otorga un subsidio estatal que sirve de apoyo a su subsistencia; *g)* Ampliando el seguro de desempleo, no en la cantidad, sino a periodos mayores de los usuales, con el objeto de que sea más largo el plazo dentro del cual el desempleado pueda encontrar ocupación.[23]

3. *Sistemas de descentralización*

Es el adoptado por los países socialistas y actualmente en ejecución en las provincias de Ucrania, Letonia, Tukmenia, Bielorrusia y Kirgui-

[23] Dofny, Jacques, "El desempleo", en *Sociología del trabajo*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1963, tomo I, pp. 297 y ss.

sa, de la U.R.S.S., derivado de tres incidencias observadas: *a)* La saturación de empleo en algunas actividades o zonas geográficas; *b)* el deseo de mejoría económica del trabajador, ante la perspectiva de obtener salarios más elevados y mejores condiciones de vida y de trabajo, y *c)* por motivos familiares. Para fomentar el desplazamiento que estas incidencias han provocado, el gobierno ha creado la infraestructura indispensable por medio de la construcción previa de habitaciones cómodas y más amplias que las de los centros industriales congestionados; la instalación de los nuevos centros en regiones climáticas aceptables; llevando a cabo el traslado de trabajadores solos, sin familia, para que observen durante un periodo las condiciones de vida y de trabajo, para que una vez adaptados a ellas, movilicen a sus familias. Tomadas estas precauciones, los resultados han sido excelentes y se considera que de 1970 a la fecha han sido movilizadas alrededor de trece millones de personas.[24]

Pero también algunos países de Europa occidental han llevado a cabo la descentralización del empleo con resultados positivos, como Francia, Suecia, Gran Bretaña o Irlanda, donde en un periodo de veinte años se ha logrado, por una parte, la creación de nuevos polos industriales en regiones no muy pobladas pero estratégicamente ubicadas y con buenas vías de comunicación, en los que hoy habitan entre siete mil y diez y seis mil familias en promedio, en cada polo, según la importancia de la región y la infraestructura creada; por otra parte, la movilidad voluntaria de los trabajadores, alentados por las nuevas perspectivas de empleo, con ofertas de excepción y muchos atractivos, si en su origen constituyeran una esperanza, en la actualidad son una hermosa realidad social.[25]

4. *Sistemas de centralización organizada*

En países como el nuestro, en los que la descentralización de funciones administrativas y económicas ha sido lenta y difícil para su ejecución, se han buscado otro tipo de soluciones, como son: la capacitación, el adiestramiento o la orientación profesional, con el objeto de que el trabajador se encuentre preparado, en el mejor sentido en que debe atenderse a la ocupación, sea para el desempeño de oficios o actividades distintas a las habituales, o para adquirir mejores conocimientos en el

[24] Kassov, V. V. y R. V. Tatevosov, "Movilidad geográfica de la mano de obra en la U.R.S.S.", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 103, núm. 2, abril-junio de 1984, pp. 261-272.

[25] Oficina Internacional del Trabajo, *op. cit., supra* nota 14, pp. 19-27.

empleo al cual se dedique, con mira a que sea la preparación adquirida la que cree la necesidad del puesto, ante la falta o ineficiencia de artesanos especialistas.

Como puede advertirse, ante la imposibilidad de ofrecer trabajo en otros lugares, en iguales condiciones y las mismas comodidades a las que se halle acostumbrado el trabajador y su familia, la solución gubernamental ha sido el impulso de los beneficios propios del trabajador con un doble interés: promover nuevas técnicas de productividad que faciliten la creación de más empleos y diversificar la ocupación hacia tareas de mayor amplitud social en las que se requiera de una especialidad.

Un servicio de empleo que carezca de medios para llevar a cabo ambiciosos programas ocupacionales, sólo puede fincar su eficacia en la capacitación o el adiestramiento de los trabajadores. En estos sistemas es la administración pública quien realiza el mayor esfuerzo para implantar programas adaptados al medio social, y aun cuando, como hemos dicho, se centraliza la estructuración y organización de tales servicios cuando no es posible extenderlos a toda clase de actividades, o cuando se carece de presupuestos aceptables o de ofertas de empleo para el personal ya capacitado, la solución dada ha constituido el medio idóneo de orientación e información para ofrecer empleo.

No todos los países han logrado este propósito a través de la capacitación y el adiestramiento. Puede señalarse entre los sistemas más avanzados a los de Francia y Alemania Occidental. En el resto de Europa, con menores progresos, pero con eficaces sistemas propios de este tipo: Italia, España y Portugal. De los países en vías de desarrollo quizás México, Argentina y Brasil, cuenten con métodos centralizados de ocupación de sus trabajadores que han dado buenos resultados, entre tanto se hacen esfuerzos por la descentralización. La falta de recursos económicos imposibilita en la mayor parte de los países establecer nuevos polos industriales, al recaer totalmente en el Estado la creación de infraestructura. Entonces se prefiere canalizar los ingresos hacia soluciones de menor costo, como es la preparación de los recursos humanos de que se dispone, más directos y más baratos, aun cuando no de iguales resultados en lo que corresponde a su proyección social.

VI. Medidas de apoyo al servicio público del empleo

Señalamos la capacitación, el adiestramiento y la orientación profesional, como eficaces medios de apoyo al empleo; pero existen otros que procuraremos exponer en términos concisos: los puestos en práctica por las empresas, de carácter interno y alcances limitados pero bien estruc-

turados de acuerdo a sus propias necesidades; los de orden internacional, más sofisticados, como pueden serlo los puestos en práctica por las empresas multinacionales, pero incluidos también en la iniciativa privada, y los de asesoramiento oficial, puestos en práctica por las administraciones públicas del trabajo.

Muchas empresas han preferido establecer su propio servicio de empleo, unas bajo convenciones colectivas expresas, otras incluyéndolos en el clausulado de los contratos colectivos de trabajo. El problema que se ha presentado a las grandes negociaciones industriales que ocupan a varios cientos o miles de trabajadores, es la frecuente sustitución de éstos; sea por causas ordinarias como la enfermedad o el accidente de trabajo, o por separaciones necesarias o voluntarias de algunos de ellos. En legislaciones, como la mexicana, los contratos colectivos han dado solución a este grave problema industrial, pues son los sindicatos quienes facilitan el personal para cualquier sustitución de trabajadores, en un plazo perentorio. Generalmente cuentan con los recursos humanos necesarios y disponibles para las suplencias, moviendo en caso necesario los escalafones, de necesitarse personal especializado para cubrir una plaza.

Pero el problema no lo es propiamente la sustitución, sino la forma en que ésta pueda llevarse a cabo. Tratándose de empleos ordinarios, es fácil proponer persona que desempeñe; pero, si se trata de empleos especializados, no siempre se cuenta con personal preparado para ocuparlos. Es entonces cuando las empresas sostienen sus propias bolsas de trabajo para atender cualquier necesidad de empleo, sea de carácter sindical o de confianza. Es decir, integran su propio catálogo de ocupaciones y se crea un registro de trabajadores a quien se puede ofertar empleo en un momento dado; si lo aceptan, se les contrata temporal o permanentemente.[26]

Las empresas multinacionales son aceptadas por regla general en algunos países, cuando ofrecen promover el empleo, tanto para estimular el crecimiento y desarrollo económico de esos países, como para elevar el nivel de vida de los trabajadores nacionales, satisfaciendo al mismo tiempo sus necesidades de mano de obra o problemas de desempleo. Es conveniente anotar que dichas empresas implantan sus propios servicios de empleo con base en la política nacional y objetivos dictados por el país antitrión, antes de iniciar sus operaciones. Sujetan sus planes de mano de obra a la aprobación oficial, con objeto de que resulten congruentes con el desarrollo social de la nación donde se asientan; por

[26] Ricca, Sergio, *op. cit., supra* nota 11, pp. 319-340.

otra parte, se obligan a dar prioridad al empleo bajo estrictas bases de colaboración con las empresas nacionales y con las organizaciones locales de trabajadores, y, en cuanto a sus procedimientos de producción, éstos quedan sujetos a las condiciones existentes en el sector económico donde vayan a operar, obligándose a la adaptación de su tecnología a los requerimientos y características del país donde se instalan. Es con sujeción a estos principios normativos que pueden manejar con libertad su oferta de empleo.[27]

Respecto al asesoramiento oficial los sistemas, también varían de país a país. En algunos se exige que toda oferta de empleo sea comunicada al órgano oficial encargado del servicio de empleo, comunicando, por ende, el número de plazas que se ofertan y la naturaleza de cada una. La oficina correspondiente se encarga de enviar al personal requerido, al cual avala bajo su responsabilidad, siendo ésta la ventaja de acudir sus servicios. Australia, Nueva Zelandia, Canadá, India y Surinam fiscalizan el servicio, no tanto para centralizar la ocupación de trabajadores como por la necesidad de movilizar la mano de obra donde resulta estrictamente indispensable.

En otros países se ha procurado equilibrar el mercado de empleo. El asesoramiento oficial consiste en facilitar al empleador, al empresario, al comité de empresa e inclusive a los sindicatos gremiales (no los industriales), siempre a pedido de cualquiera de estos solicitantes, el envío de trabajadores que deseen emplearse en una rama de actividad, si llenan los requisitos señalados por ellos y se ajustan a las condiciones de trabajo impuestas. Esta forma de empleo consiste en el reconocimiento patronal de que el mejor organismo que le puede indicar al trabajador idóneo para el desempeño de un oficio determinado, es el instituido por la administración pública del trabajo, por disponer de los elementos para ello.

Las actividades que los servicios públicos de empleo realizan, podríamos sintetizarlas en las que siguen: *a)* Ofrecer planes de organización del trabajo, ilustrándolos con preventivos para especialidades y adjuntando organigramas de funcionamiento para una mejor orientación administrativa; *b)* sugerir, con base en los planes de producción de una empresa o en los objetivos comerciales de otra, una detallada estructura del personal a emplear, dividiéndolo por puestos de trabajo, con descripción detallada de cada uno, incluyendo sus vínculos jerárquicos y funcionales respecto de otros puestos; *c)* tener catalogadas las aptitu-

[27] *Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social*, Ginebra, Suiza, OIT, 1977.

des y calificaciones que se requieran para cada puesto o empleo, pudiendo proporcionar, previamente a cualquier contratación que llegare a hacerse, las propias del trabajador que se sugiera, por haber realizado con anterioridad una supervisión técnica de tales calificaciones; *d)* resolver toda consulta que se formule no sólo respecto del personal a emplear, sino de las condiciones de trabajo que puedan ofrecerse; las mínimas reglas de seguridad e higiene que deban adoptarse y los programas de capacitación, reconversión o adaptación profesional, a los cuales sea preciso queden sujetos los interesados, con base en la legislación nacional vigente.[28]

Por último, en lo referente a políticas o técnicas de colocación implantadas por cada gobierno, deben señalarse las destinadas a ciertos sectores de trabajadores, así como las impuestas a las agencias de colocación. En unos países se ha puesto énfasis, por ejemplo, en la ocupación de los minusválidos. Muy pocos tienen una concepción legal aceptable de la importancia del empleo para estas personas, en actividades que puedan desempeñar, tanto como terapia ocupacional como la utilidad que prestan en cierto tipo de trabajos. La razón que se esgrime es que si no hay empleo para quienes tienen plena capacidad física, menos puede haberlos para los incapacitados. La realidad es la falta de recursos económicos para dar una orientación apropiada respecto del trabajo de estos minusválidos. Sí hay países que han legislado sobre el particular: Francia, Gran Bretaña, Alemania Federal, Suiza y los países escandinavos y tienen una excelente reglamentación aplicable en beneficio de estos trabajadores, a quienes se registra en dependencias creadas *ex profeso* para esta clase de trabajo, siendo voluntario el registro, pues en forma alguna debe forzárseles a quedar incluidos en alguna de las clasificaciones adoptadas, por estimarse esto un perjuicio más que un beneficio.[29]

Otro tipo especial de trabajadores a los que se ha dedicado atención gubernamental son los trabajadores de temporada, los sustitutos temporales y los llamados eventuales. El trabajo agrícola, como es sabido, se realiza en los ciclos estacionales de cada país. En todos se ha procurado la protección completa del trabajador que desarrolla actividades únicamente en algunos de estos ciclos, en particular los migrantes, dado que carecen de trabajo todo el año y por lo mismo debe otorgárseles alguna garantía que satisfaga sus necesidades elementales y las de su familia. La protección legal establecida se realiza a través del control

[28] Ricca, Sergio, *op. cit., supra* nota 11, pp. 25-65.
[29] Ver *supra* notas 12 y 13.

de los intermediarios o los denominados por el lenguaje laboral como "enganchadores", que pueden serlo personas o instituciones dedicadas a proporcionar peones de campo a los agricultores, independientemente de que se ha reglamentado su actividad comercial, con el objeto de ofrecer seguridad a los propios trabajadores, no sólo obligándolos a la reiterada contratación de sus servicios cuando esto resulte posible, sino acudiendo a los empleadores a efecto de que den preferencia en el trabajo a quien ya les haya servido sobre quienes lo vayan a hacer por vez primera.

En cuanto a los sustitutos temporales y los eventuales, la mejor protección que hasta el momento ha podido darse a su empleo ha sido, al igual que los minusválidos, la preparación de un registro de ocupaciones y de acuerdo con la oferta de empleo, irlos recomendando por riguroso orden numérico y por especialidad. La justificación de estas medidas estriba en que hay personas, en particular mujeres amas de casa, que no aceptan empleo permanente o por jornada completa, sino que sólo desean trabajar en ciertas épocas o cuando sus demás actividades personales se los permite. Para ellos existe hoy oportunidad de trabajos en países como Gran Bretaña, España, Italia y otros, los cuales han reglamentado inclusive esta forma de ocupación bajo condiciones y vigilancia estrictas, con la finalidad de evitar cualquier tipo de explotación al trabajo humano.[30]

VII. El servicio nacional del empleo

En México, el servicio del empleo nació con nuestra Constitución de 1917. En la fracción XXV del artículo 123, el Constituyente estableció el servicio para la colocación de trabajadores e impuso su gratuidad. Debían organizarlo los ayuntamientos y se establecerían bolsas de trabajo municipales, quedando facultada la iniciativa privada para realizarlo, siempre que estuviese reglamentado. La Ley Federal del Trabajo lo adoptó en 1931, contemplándose asimismo su reglamentación en la de 1970. Pero el año de 1974 se agregó a la fracción XXV del artículo 123, antes mencionada, un párrafo más, que dice: "En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo, y en igualdad de condiciones, tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia."

Los objetivos de la actual disposición constitucional son:

[30] Servicio de publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Madrid, España, 1984, folleto titulado *Perspectivas del empleo*.

1. Terminar con la actuación abusiva de las agencias de colocación existentes al iniciarse este siglo, llamadas entonces de *enganche*, por ser intermediarias entre el solicitante de empleo y el patrono o empresa que requería de los servicios de algunas personas.

2. Impedir cualquier cobro al trabajador por encontrarle trabajo.

3. Evitar procedimientos fraudulentos que en ocasiones impusieran las agencias de colocación o los enganchadores, en el comercio de la necesidad y la indigencia.

4. Reglamentar en su totalidad la actividad de las agencias de colocación, lo cual se hizo desde el año de 1934, fecha en que se promulgó en el *Diario Oficial* de la Federación, el reglamento de dichas agencias.

La ley vigente creó una nueva institución: el servicio público del empleo, resultado de consultas y estudios de carácter social y económico, con estas finalidades: 1. Evitar que el problema de la colocación de los trabajadores constituya un negocio privado que en lugar de constituir un beneficio acarree un perjuicio al propio trabajador. 2. Darle carácter federal a la institución, no por incapacidad de los gobiernos locales para reglamentarlo, sino por la naturaleza jurídica de la legislación del trabajo, de la cual debe formar parte, con la doble finalidad de proveer a su control nacional y darle unicidad al servicio. 3. Formular estudios e investigaciones a nivel nacional en materia de políticas de empleo, al no ser éste servicio de simple relación de los trabajadores que demandan ocupación con patronos que hacen su oferta, sino resultado de exigencias actuales de la mano de obra, en el marco de la problemática económica de cada país. 4. Impedir cualquier lucro, excepto el de las agencias dedicadas a determinadas profesiones, como ya se ha indicado, que por su carácter técnico o de alta especialización requieren de un cuerpo de investigadores también profesionales, a quienes se pagan elevados estipendios, pago que hacen las empresas solicitantes de sus servicios (artículos 537 y 538 de la Ley Federal del Trabajo).

La última reforma al servicio público del empleo tuvo lugar el año de 1978, al fusionarlo con el servico social de capacitación y adiestramiento, por ser necesario en la actualidad no sólo auxiliar al trabajador en la búsqueda de ocupación, sino permitirle responda a cierto nivel de preparación para su propio beneficio. De ahí que la promoción de empleos se haya convertido en una actividad de estudio e investigación y no en una mera ubicación de trabajadores. En reciente conferencia, propiciada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se dijo que:

> La magnitud alcanzada por las deficiencias ocupacionales ha motivado el establecimiento de una serie de mecanismos y acciones a

> nivel gobierno, tendientes a su disminución en el corto plazo y a su solución en el largo. Para este efecto se ha diseñado y ha empezado a operar, un sistema en el que participan los sectores público, social y privado, para atacar el problema ocupacional desde su base, de manera efectiva y sostenida. El objetivo de este sistema, además de reforzar la capacidad del aparato productivo del país, es mejorar la calidad de los empleos que se generen y la de los ya existentes, con el objeto de satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias.[31]

El servicio nacional del empleo, la capacitación y el adiestramiento en México, se encuentran a cargo de una Unidad Coordinadora, que tiene el carácter de organismo público descentralizado de la Secretaría del Trabajo y las siguientes funciones:

1ª *En materia de promoción de empleo: a)* Practicar estudios para determinar las causas del desempleo y el subempleo de la mano de obra rural y urbana; *b)* analizar de modo permanente el mercado de empleo, para encontrarse en condiciones de estimar en cualquier momento y época, su volumen y crecimiento; *c)* formular un catálogo nacional de ocupaciones, el cual debe mantenerse permanentemente actualizado; *d)* promover, directa e indirectamente, el aumento de oportunidades de empleo; *e)* practicar estudios y formular planes y proyectos para impulsar la ocupación en el país y procurar su correcta ejecución; *f)* proponer lineamientos para orientar la formación profesional hacia las áreas con mayor demanda de mano de obra; *g)* proponer la celebración de convenios en materia de empleo, entre la Federación y las entidades federativas; *h)* realizar todas aquellas actividades que las leyes y los reglamentos encomiendan a la Secretaría del Trabajo en esta materia.

2ª *En materia de colocación de los trabajadores: a)* Encausar a los demandantes de trabajo hacia aquellas personas que requieran sus servicios, dirigiendo a los solicitantes más adecuados, por su preparación y aptitudes, hacia los empleos que les resulten idóneos; *b)* autorizar, y registrar en su caso, el funcionamiento de agencias privadas que se dediquen a la colocación de personas; *c)* vigilar que estas entidades privadas cumplan las obligaciones que les imponga la ley, su reglamento y las disposiciones administrativas dictadas por las autoridades; *d)* intervenir en la contratación de los trabajadores nacionales que vayan a prestar servicios al extranjero; *e)* realizar aquellas funciones

[31] *Introducción a la administración pública del trabajo*, México, Editorial Popular de los Trabajadores, 1981, folleto n. 2, pp. 67-82.

que sobre el particular hayan sido encomendadas a la Secretaría del Trabajo.

3ª *En materia de capacitación o adiestramiento de trabajadores: a)* cuidar la constitución y funcionamiento de las comisiones mixtas que se integren en los centros de trabajo; *b)* sugerir las bases para la expedición de convocatorias destinadas a la formación de comités nacionales de capacitación y adiestramiento, en aquellas ramas industriales o actividades en las que se juzgue conveniente su existencia; *c)* preparar los planes y programas de capacitación y adiestramiento de acuerdo a la opinión que dicte el comité nacional, en cada rama industrial o actividad; *d)* autorizar y registrar a los institutos o escuelas que deseen impartir capacitación y adiestramiento a los trabajadores, supervisando su correcto desempeño; e) cancelar o revocar la autorización y registro de dichos institutos y escuelas cuando no cumplan con los requisitos legales de funcionamiento; *f)* aprobar, modificar o rechazar aquellos planes de capacitación o adiestramiento presentados por instituciones o particulares conforme al procedimiento de adhesión convenido, en coordinación con la Secretaría de Educación Pública; *g)* dictaminar sobre las sanciones que deban imponerse a quien incurra en infracciones a las normas legales o administrativas relacionadas con las anteriores funciones.

4ª *En materia de registro de constancias de habilidades laborales: a)* integrar un registro de constancias y certificados de capacitación de las personas que hayan concluido satisfactoriamente los cursos respectivos, clasificadas unas y otras por rama industrial o sector de actividad especial; *b)* realizar todas aquellas funciones que las leyes y reglamentos confieran a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social sobre ordenamientos educativos o disposiciones aplicables que se encuentren vigentes.[32]

Un Consejo Consultivo asesora a la Unidad, el cual se integra con cinco representantes del sector público, cinco de las organizaciones nacionales de trabajadores y cinco de las organizaciones nacionales de patronos, o sea en total quince miembros. Por el sector público intervienen representantes de las Secretarías del Trabajo, Educación Pública, Comercio e Industria Paraestatal y un representante del Instituto Mexicano del Seguro Social. Para integrar la representación de los otros dos sectores, la Secretaría del Trabajo ha expedido bases específicas con el objeto de hacer una rigurosa selección de las organiza-

[32] Barajas Montes de Oca, Santiago, *Manual de derecho administrativo del trabajo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1985, pp. 157-162.

ciones más representativas de cada uno. El Consejo ha formulado su propio reglamento interior, en el que se encuentran distribuidas las funciones de sus miembros, y se reglamenta asimismo la forma e integración de los consejos consultivos de los estados de la República, presididos siempre por el gobernador de cada uno o por las personas que actúen en su representación; intervienen además en dichos consejos estatales representantes de las Secretarías de Trabajo y Educación Pública y del Instituto Mexicano del Seguro Social, tres representantes de los trabajadores y tres de las organizaciones patronales designadas por acuerdo de las mismas (artículos 539, 539*A*, 539*B*, 527*A* y 529 de la Ley Federal del Trabajo).

Finalmente, el servicio para la colocación de los trabajadores está a cargo también de la Unidad. En los estados lo llevan a cabo los órganos competentes bajo el control de los consejos estatales, pudiendo participar en este servicio otras dependencias oficiales cuando ello convenga a sus necesidades y lo permitan sus actividades propias. Pueden intervenir en el servicio, si así se considera conveniente: a*)* las instituciones docentes especializadas y dedicadas a la capacitación o adiestramiento; *b)* los sindicatos o empresas que lo pidan, mediante el aviso o solicitud y el registro que corresponda; *c)* las instituciones de beneficiencia para auxilio de sus actividades, y *d)* otras asociaciones civiles, siempre que no persigan finalidades lucrativas. La Secretaría del Trabajo llevará un registro de todas estas instituciones en el país, a través de la oficina de registro que forma parte de la Unidad (capítulo 539*D* y *53 F* de la Ley Federal del Trabajo).

Ante el cada día más grave y complicado problema del empleo, todas las investigaciones se encaminan hoy a diversos objetivos. Señalaba desde principio de siglo Charles Gide que:

> Desde el punto de vista de la legislación sobre la asistencia pública, los países de Europa pueden dividirse en dos categorías bien definidas: todos los países protestantes reconocen el principio de la asistencia pública obligatoria, es decir, la establecida en la ley; los países católicos no admiten sino la asistencia facultativa. El Estado, al expropiar los bienes de las comunidades, aceptó en general entre otras obligaciones, las de la asistencia.[33]

Las sociedades de socorros mutuos o mutualidades tuvieron entonces enorme aceptación por parte de los obreros, por habérseles organizado

[33] Gide, Charles, *Précis d'Economie Politique*, París, Editorial Librería Sirey, 1905, p. 425.

como agrupaciones destinadas a finalidades de ayuda mutua para encontrar ocupación a sus miembros.

Fenómeno similar pudimos contemplar en México hasta el decenio de los años veinte, cuando se encargaron del servicio del empleo asociaciones privadas y no instituciones públicas, ante la imposibilidad del gobierno para ofrecer soluciones al problema de la colocación de trabajadores. De ahí que resultara imposible el establecimiento de un servicio público del empleo y menos aún organizado como hoy lo tenemos. No se le ha organizado al nivel de otros países, pero lo hasta el momento obtenido constituye un positivo avance en el campo de la justicia social: contamos ya con programas y acciones conducentes a la aplicación y mejoramiento de las oportunidades de empleo; al elevar a rango constitucional el derecho al trabajo, ha sido orientada la satisfacción de las necesidades humanas hacia objetivos de contenido social; la administración pública otorga prioridad a encontrar a la persona que lo desee, dentro de un marco de acción justo y racional. Por esto creemos que nuestro servicio nacional del empleo marcha al paso de los más elevados propósitos de la más exigente doctrina de los derechos humanos.

LA PROYECCIÓN EN EL TIEMPO DE LOS EFECTOS DE LA CONDICIÓN CUMPLIDA: UNA CUESTIÓN DE DERECHO COMPARADO

Diego BAUDRIT CARRILLO *

SUMARIO: I. *Introducción.* I. *La ubicación del derecho privado costarricense en los sistemas de Derecho.* II. *La ubicación del derecho civil costarricense dentro de la familia romano-germánica.* IV. *Las soluciones en el derecho romano-germánico.* 1. *No retroactividad.* 2. *Retroactividad.* V. *Las bases de la retroactividad y la no retroactividad.* 1. *La retroactividad.* 2. *La no retroactividad.* VI. *El método comparativo.* 1. *Los principios de la comparación.* 2. *Las reglas de la comparación.* VII. *La comparación.* 1. *Divergencias aparentemente irreconciliables.* 2. *Intento de explicación de las diferencias.* 3. *Naturaleza jurídica de la institución.* 4. *Resultados de la aplicación de las dos teorías.* VIII. *La conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil de Costa Rica, vigente desde 1888, no establece un sistema preciso en lo concerniente al problema de la eficacia en el tiempo de la condición cumplida.

Ya sea una obligación sujeta a condición suspensiva o una obligación con condición resolutoria, la ley no determina claramente si el cumplimiento del hecho futuro e incierto constitutivo de la condición afecta la obligación retroactivamente o sólo hacia el futuro.

El profesor Alberto Brenes Córdoba, el más ilustre comentarista del Código Civil, propone el problema y su solución personal así:

> El acto o contrato subordinado a condición suspensiva comienza a surtir sus efectos desde el día en que ésta se cumple: de modo que aquél no obra retrospectivamente durante el tiempo transcurrido desde que fue celebrado. Este es el concepto que mejor armoniza con la índole de semejante clase de obligaciones... según se infiere del artículo 685.[1]

* Catedrático de la Universidad de Costa Rica y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

[1] Brenes Córdoba, Alberto, *Tratado de las obligaciones y contratos*, San José, 1924, n. 145.

La regla citada por ese autor dice textualmente:

> Mientras la condición suspensiva no se realice, el enajenante conserva por su cuenta y riesgo la cosa objeto de la obligación y hará suyos los frutos que produzca.

No se desprende de esa disposición la conclusión a que llega Brenes Córdoba. En efecto, si no se ha cumplido la condición suspensiva, aun en ausencia de regla expresa, por la propia dinámica de las condiciones, no surge obligación alguna, y mucho menos cambio de titularidad en los derechos, mientras la condición suspensiva no se haya realizado. Precisamente el propósito de la condición suspensiva es sujetar el surgimiento de obligaciones, y por allí el cambio de titularidad de derechos, únicamente cuando se lleve a cabo el hecho futuro e incierto previsto por las partes.

El profesor Víctor Pérez Vargas, en estudio realizado con Ana Lorena Umaña, si bien pareciera compartir la posición de Brenes Córdoba al decir que: "la incertidumbre cesa cuando la condición se cumple. Si era suspensiva, a partir de ese momento se producen los efectos del negocio", inmediatamente aclara que:

> Consecuencia de la retroactividad de la condición suspensiva, es que el negocio se reputa cumplido desde el principio pura y simplemente: son válidos todos los actos, aún de disposición ejecutados por el adquirente, e ineficaces los del enajenante. Si la condición era resolutoria, el negocio se tiene como no hecho, y quedan sin eficacia los actos del adquirente, persistiendo los del enajenante.[2]

Ni la primera posición, que asigna un efecto proyectado hacia el futuro, únicamente, a la condición suspensiva cumplida, ni la segunda posición que propone efecto retroactivo a la misma situación, están expresamente reconocidas en el derecho escrito costarricense. El tratamiento que da el Código Civil a las obligaciones condicionales, que es el único cuerpo de leyes que trata del tema en derecho privado, no ofrece solución al problema, ni directamente ni por analogía.

No hay, tampoco, otras fuentes escritas del derecho que den apoyo en Costa Rica a alguna solución, ni siquiera en materia de derecho sucesorio (los artículos 615 a 620 del Código Civil que se refieren a

[2] Umaña Rojas, A. L., y Pérez Vargas, Víctor, *Elementos del negocio jurídico*, Revista Judicial, San José, número 12 (junio 1979), pág. 117.

las disposiciones condicionales del testamento, sólo se refieren a condiciones imposibles o ilícitas, condiciones potestativas y puramente potestativas y condiciones mixtas).

Presentado así el panorama y teniendo en cuenta el principio de plenitud hermética del orden jurídico vigente,[3] por el cual el derecho debe tener solución ejecutiva y precisa de cualquier conflicto social, es que nos proponemos indagar cuál solución sería adecuada y razonable y, sobre todo, jurídicamente sostenible, frente al asunto de la eficacia en el tiempo de la condición realizada.

La solución, como queda dicho, no está en el derecho interno escrito, que sin embargo refiere a los principios generales del derecho en ausencia de ley escrita, usos y costumbres probados (artículo 4 del Código Civil: "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"). Ahora bien, consideramos, y es tesis personal nuestra, que los principios generales del derecho deben detectarse, primero, dentro del sistema en que se encuentra inscrito un ordenamiento jurídico dado.

Y hablar de un sistema jurídico dentro de la diversidad de ordenamientos, es hablar de derecho comparado. Buscaremos, pues, la solución al problema propuesto con técnicos de derecho comparado.

Para esos propósitos, debemos inicialmente ubicar el derecho privado costarricense dentro del conjunto de sistemas o familias jurídicos, para luego determinar cuáles han sido las soluciones dentro de ese sistema o familia al problema en presencia y, finalmente, fijar los criterios de solución que parezcan adecuados.

II. La ubicación del derecho privado costarricense en los sistemas de derecho

Si adoptamos los esquemas del profesor René David, debemos incluir al derecho privado costarricense dentro de los que integran la familia romano-germánica. En efecto, tanto el derecho civil como el derecho comercial se inscriben dentro del marco de los sistemas de tradición romana, desarrollada y complementada por los pandectistas.[4]

El Código Civil de Costa Rica, base del derecho civil, rige desde 1888, con el antecedente del Código General (civil, penal y proce-

[3] Recaséns Siches, Luis, *tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 323.

[4] David, René, *Les grands systemes de droit contemporains*, 7a. ed., Paris, Précis Dalloz, 1978, núms. 25 y ss.

sal) de 1841. Ambos tienen como modelo al Código Civil francés de 1804.[5] El derecho mercantil costarricense también se sitúa dentro del marco romano-germánico: el Código de Comercio de 1853 tuvo como modelo al español, y el Código vigente, de 1964, basado en el hondureño, no tiene influencias ajenas a este sistema de derecho.

Las fuentes del derecho, en Costa Rica, se presentan en el mismo orden que en los países de derecho continental europeo. "El uso y la costumbre sólo regirán en defecto la ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo", ha quedado dispuesto en el artículo 3º del Código Civil, que, por otro lado, reconoce a la jurisprudencia como una autoridad en el derecho civil, al disponer su artículo 9º que: "la jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico...".

El orden de las fuentes formales del derecho y el de sus clasificaciones internas, equivale en Costa Rica a los de los países de derecho continental europeo: es igual su distinción entre derecho público y derecho privado; idéntico papel se da a las fuentes escritas y no escritas del derecho. Esto nos lleva a clasificar a este sistema, sin problemas, dentro de la familia romano-germánica.[6]

III. La ubicación del derecho civil costarricense dentro de la familia romano-germánica

Dentro de la familia romano-germánica se pueden distinguir con facilidad dos vertientes de derecho civil, que tienen el mismo origen, pero que difieren en algunos aspectos de fondo: los derechos civiles cuyo modelo es el Código Civil francés de 1804 y aquellos fundados en el BGB alemán de 1896. Efectivamente, el Código Napoleón, primero de los códigos modernos, tiene una estructura diferente al Código alemán, aparte de distinguirse un tratamiento diferente en ambos cuerpos de leyes a algunas instituciones.

El Código Civil alemán se presenta con un plan interno de gran contenido lógico: una parte general y luego los regímenes de las instituciones consideradas individualmente. El Código Civil francés, por el contrario, presenta un plan poco armonioso. En el derecho civil fran-

[5] Fournier, Fernando, *Historia del derecho,* San José, Juricentro, 1978, p. 227; Guier, Jorge Enrique, *Historia del derecho,* San José, Editorial Costa Rica, 1968, tomo II, p. 1205.

[6] *Cfr.,* Rodière, René, *Introduction su droit comparé,* París, Précis Dalloz, 1979, núm. 19 en que expone criterios similares de clasificación.

cés la compraventa se organiza bajo el régimen de trasmisión de propiedad *solo consensu*, mientras que en el derecho alemán el sistema seguido es el obligacional. El régimen de publicidad inmobiliaria es diferente y aun contrapuesto en ambos sistemas. Con esos datos, podría admitirse la diferencia, dentro de la familia romano-germánica, entre "derechos latinos" y "derechos germánicos".[7]

Ahora bien, al intentar clasificar al derecho civil costarricense dentro de alguna de esas dos tendencias, para los efectos que adelante indicaremos, se nos presentan varias dificultades.

En primer lugar, atendiendo a un criterio meramente histórico, debemos inscribir al derecho civil costarricense dentro de los "derechos latinos", ya que su Código Civil, como quedó dicho, se elaboró bajo el modelo del francés. Sin embargo, en muchos aspectos el Código Civil francés no fue tomado en consideración: en materia de sucesiones se organizó un régimen que tiene como característica que, salvo muy raras excepciones, el heredero nunca (por disposición expresa de la ley) continúa la persona del causante en sus obligaciones *(intra vires hereditatis)*, por lo que se desconoce la institución de la *saisine*, estableciéndose más bien la atribución de los derechos al heredero, no a partir de la apertura de la sucesión, sino desde la adjudicación judicial de los bienes (que debe producirse siempre). En cuanto a regímenes matrimoniales, el Código costarricense sólo organizó uno: la sociedad de gananciales que surge al disolverse el matrimonio. En materia de contratos, se eliminó la figura de la lesión.

Por otra parte, a pesar de ser anterior al Código Civil alemán, el costarricense contiene algunas instituciones de ese sistema: la regulación de las hipotecas, el régimen de cédulas hipotecarias y, sobre todo, régimen registral que es de inscripción y no de transcripción.[8]

Por ahora, en consecuencia, no podemos situar al derecho privado costarricense dentro de los "latinos" o los "germánicos" para decidirnos por una de las soluciones del problema presentado. Debemos pasar revista a las soluciones que se han dado y, después de enun-

[7] David, *op. cit., supra* nota 4, núm. 54; Rodière, *op. cit., supra* nota 6, núms. 63 y 64; *cfr.* Zweigert y Kotz, *Einfürhung in die Rechtsvergleichchung suf dem Gebiete des Privatrechts, cit.* por Rodière, *ibidem*, núm. 16, que distinguen ocho familias de derecho: derechos romanistas, el grupo de derecho alemán, derechos nórdicos, el grupo de la *common law*, derechos socialistas, derechos de Extremo oriente, el grupo de derecho islámico y el de derecho hindú.

[8] Brenes Córdoba, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Costa Rica, 1963. "En Costa Rica la hipoteca de cédulas fue establecida por el Código civil de 1888, siguiendo las huellas de la legislación prusiana relativa a la Grundschuld" (p. 159). En cuanto al régimen de inscripción registral, p. 180.

ciarlo, aplicar un método adecuado de comparación para llegar a una conclusión satisfactoria.

IV. Las soluciones en el derecho romano-germánico

En derecho romano es conocido que "hasta el momento del cumplimiento de la condición el negocio no producía efecto, y entonces sin fuerza retroactiva".[9] Los efectos del acto, contrato u obligación condicionados se producirían únicamente hacia el futuro, *ex nunc*, a partir del momento en que tiene realización la condición prevista.

Pero esa solución no es admitida por todos los sistemas surgidos del romano. La retroactividad de los efectos jurídicos del acto o contrato sometido a condición, ha sido postulada por varios países inscritos en la familia romano germánica. Allí tales efectos se producen *ex tun*, esto es, a partir de la celebración del acto o contrato en que se previó la condición.

De Gasperi[10] pasa revista a los dos sistemas así:

> Siguen la primera doctrina (efectos retroactivos): el Código Civil francés, y con él, los demás códigos inspirados en sus disposiciones y en el derecho romano, como el italiano, el argentino, el portugués, el uruguayo, el español, etcétera; y la segunda (no retroactividad de los efectos), los códigos de origen germánico, como el alemán, el suizo de las Obligaciones y el Código Civil de la República de China.

El autor argentino hace referencia a la división de países "latinos" y "germánicos", que señalamos más arriba con reservas. Esas reservas se agravan en este punto, dado que la retroactividad no es típicamente "latina", si quisiéramos entender con esa expresión el origen romano de la institución. El derecho alemán, que no es germánico, entendido como el que está vigente en la República Federal Alemana, establece el principio de la no retroactividad, que fue el que se afirma que rigió en Roma.

[9] Jörs, Pauel y Wolfgang Kunkel, *Derecho privado romano* (trad. de la 2a. ed. alemana por L. Prieto-Castro), Barcelona, Ed. Labor, 1937, reimpresión de 1965, núm. 50, 3; D'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, 3a. ed., Pamplona, Ed. Univ. de Navarra, S. A., 1977, núm. 427.

[10] De Gasperi, Luis, y Augusto Morello, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, tomo I: "Teoría general de los hechos y actos jurídicos", núm. 241.

Es necesario hacer una revisión más detallada de las dos posiciones, para tener una visión de conjunto de lo más completo posible:

1. *No retroactividad*

Dentro del derecho alemán, explica Von Thur[11] que:

> Al cumplirse la condición suspensiva, el negocio jurídico alcanza *ipso iure* (independientemente de la voluntad o de la conciencia de las partes) su plena eficacia, a partir del momento en que la condición se realiza: únicamente cabe convenir que tenga efecto retroactivo en el sentido de que las partes se obliguen a garantizarse recíprocamente lo que hubieren obtenido de haberse producido los efectos en el momento mismo de concluirse el negocio. Al cumplirse la condición resolutoria, desaparecen los efectos del negocio jurídico... pero cabe, como en el caso de la condición suspensiva, que las partes se obliguen a restablecer el estado jurídico existente al celebrarse el negocio.

El Código Civil alemán, en efecto, establece expresamente la ausencia de efecto retroactivo de la condición suspensiva que se cumple en el parágrafo 158. Pero la proyección de los efectos de la condición cumplida hacia el pasado se observa cuando ese mismo cuerpo de leyes establece que si el deudor imposibilita o lesiona el derecho pendiente, surge a favor del acreedor una "pretención de indemnización cuando la condición se cumpla".[12]

Es de señalar, sin embargo, cómo se subraya por los autores de derecho alemán el efecto *ex-nunc* de la condición cumplida, sobre todo cuando se establece que: "El acreedor, después de cumplirse la condición, sólo puede reclamar lo que le corresponda en este instante; por tanto, los intereses de la suma adeudada o los frutos de la cosa sólo son suyos a partir del momento en que se cumpla la condición.." [13]

Los frutos o intereses nunca podrían en el sistema alemán incorporarse al patrimonio del acreedor *antes* del cumplimiento de la condición suspensiva, ya que frutos civiles o naturales integran el patrimo-

[11] Von Thur, Andreas, *Parte general del derecho civil* (trad. Wenceslao Roces), San José, Juricentro, 1977, núm. 47, IV.

[12] Ennecerus, Ludwing y H. C. Nipperdey, *Derecho civil (parte general)* (trad. de las 39 ed. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 2a. ed. por José Puig Brutau, Barcelona, Bosh, 1950, tomo I, vol. 2, núm. 184, II, 2.

[13] Von Thur, Andreas, *Tratado de las obligaciones* (trad. de W. Roces), Madrid, Ed. Reus, 1934, tomo II, núm. 85.

nio del titular del dominio sobre la cosa principal que los produce. La titularidad de los frutos, desde luego, está subordinada a la titularidad de la cosa principal. Y si ésta sólo puede trasmitirse del deudor al acreedor por medio de la tradición, los frutos sólo serán del acreedor operada la tradición real o virtual, *después* de cumplida la condición de la hipótesis examinada.

Es principio del derecho alemán que: "para la transferencia del dominio sobre la cosa... se necesita una entrega real o simbólica... el contrato representa la 'causa' del cambio de propiedad, sin producir el cambio en sí, pues el cambio exige un acto de disposición, calidad que tiene la tradición pero no la mera obligación".[14]

Pero, a pesar de que pareciera quedar muy claro que el momento de la eficacia del acto o negocio *pendente conditione* se sujeta al acaecimiento de ese hecho futuro e incierto, proyectándose únicamente hacia el futuro (surgiendo en ese momento la obligación pura y simple del deudor de trasmitir la propiedad de la cosa, cuando esa fuera la obligación pendiente, trasmisión que no estaría consolidada sino hasta el momento de la tradición), si el deudor frustra o lesiona esa expectativa de derecho antes de cumplirse la condición, ese deudor, en el momento de producirse la condición, se verá obligado a indemnizar al acreedor.[15]

2. *Retroactividad*

El profesor Brenes Córdoba, para fundar su opinión que criticamos en este trabajo de que en derecho civil costarricense no se opera la retroactividad al cumplirse la condición, se basa en que la no retroactividad es "la doctrina que ahora prevalece... que consignan los códigos alemán (158 y 159), japonés (129) y federal suizo de obligaciones (151)".[16] Esa afirmación la hacía el autor costarricense en 1924, por lo que creemos conveniente destacar el estado de la cuestión en un Código Civil más reciente, el italiano.

En punto al cumplimiento de la condición, ya sea suspensiva o reso-

[14] Loewenwarter, Víctor, *Derecho civil alemán comparado*, 2a. ed., Santiago, Ed. Nascimiento, 1943, p. 225; *Adde*, sobre el traditionssystem, Hedemann, J. W., *Derechos reales* (trad. de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, vol. II, núm. 21, II.

[15] Lehmann, Heinrich, *Parte general* (trad. de José Ma. Navas), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, sde, núm. 35, VI.

[16] Brenes Córdoba, *Tratado de las obligaciones y contratos*, *op. cit.*, *supra* nota 1, núm. 45.

lutoria, informa Santoro Passarelli[17] que "en ambos casos la condición es *retroactiva*, esto es, 'los efectos del cumplimiento de la condición se retrotraen' al momento del negocio", y añade que "la retroactividad de la condición es una retroactividad plena, que no se agota entre las partes de la relación... sino que produce también sus efectos *frente a terceros* (retroactividad externa o absoluta)".[18]

Una afirmación de la categoría de la transcrita, nos hace ver que el asunto de la no retroactividad no es cuestión de avance en la ciencia jurídica, como implicaría la opinión de Brenes Córdoba cuestionada, sino más bien que obedece a planteamientos orgánicos o sistemáticos de un derecho dado.

El Código Civil mexicano, de 1928, admite, como el italiano, la retroactividad de la condición cumplida en el artículo 1941, que dice: "Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente." Recoge así, el ordenamiento mexicano, el principio del artículo 1179 del Código Civil francés, su modelo, que expresamente dispone que: "La condición cumplida tiene un efecto retroactivo al día en que el compromiso se contrató."

La cuestión de la retroactividad se ha discutido mucho en derecho francés, y allí sitúan los autores el interés de diferenciar la condición del término. En materia de término cumplido no hay retroactividad, que sí se presenta cuando se realiza la condición.[19]

Ahora bien, así como en derecho alemán encontramos que hay sustitutivos de la retroactividad, que se encuentran sobre todo en la protección del acreedor *pendente conditione*, en derecho francés se presentan sustitutivos a la "no retroactividad".

Se comenta que "como toda retroactividad, la retroactividad condicional es peligrosa puesto que tiene que conmover de golpe una situación establecida".[20] Por ello hay derogaciones jurisprudenciales o legales de la retroactividad: no restitución de los frutos por parte del

[17] Santoro Passarelli, F., *Doctrinas generales del derecho civil* (trad. de A. Luna Serrano), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, p. 241.

[18] *Adde*, Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado* (trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1967, tomo I, núm. 272.

[19] Marty, Gabriel y Pierre Raynaud, *Droit civil, Tome I, Introduction générale a l'étude du droit*, 2a. ed., París, Sirey, 1972, núm. 164; Carbonnier, Jean, *Droit civil 4. — Les obligations*, 9a. ed., París, PUF, Col. Thémis, 1976, núm. 63; Weill, Alex y Fr. Terre, *Droit civil, Les obligations*, 2a. ed., París, Précis Dalloz, 1975, núms. 897 a 901.

[20] Marty y Raynaud, *op. cit., supra* nota 19.

titular del derecho resuelto; mantenimiento de los riesgos por pérdida fortuita a aquel que ejerce el derecho en el momento en que la pérdida se produce no obstante el acaecimiento ulterior de la condición.[21]

En el derecho italiano, por otra parte, existen esas "derogaciones", pero con la advertencia que no se consideran tales, sino que no entran en el concepto situaciones como las relativas a actos de administración y goce verificados *pendente conditione*.[22]

En el derecho español, donde se admite el principio de la retroactividad de la condición cumplida, lo que "significa que sus efectos se regulan como si la condición se hubiese cumplido en el momento de la conclusión del negocio",[23] se tiene igual solución sobre los actos de administración y goce.

> Como el deudor sigue en posesión de la cosa, y los actos de administración son consecuencia de aquélla, por la obligación de conservar la cosa para entregarla en su día cuando la condición se cumpla, esos actos no se anulan, a lo menos los hechos de buena fe, en interés del acreedor. El goce, por regla general, también corresponde al deudor y, por consiguiente, los frutos no tendrá que restituirlos, salvo pacto expreso en contrato, o que otra cosa se infiera de la voluntad de las partes.[24]

Delimitados así los contornos de la solución que se presenta a la cuestión de los efectos de la condición cumplida, analicemos cuál es el fundamento o base para tales soluciones.

V. Las bases de la retroactividad y la no retroactividad

1. *La retroactividad*

La naturaleza jurídica de la retroactividad de la condición cumplida es muy discutida y discutible. Clásicamente se ha considerado como una *ficción legal*.[25] Se trataría de una ficción en tanto la ley considera la situación de las partes como si la obligación constituida hubiera

[21] *Ibidem*.

[22] Santoro Passarelli, *op. cit., supra* nota 17, p. 241.

[23] García Valdecasas, Guillermo, *Parte general del derecho español*, Madrid, Civitas, 1983, núm. 53, III.

[24] Clemente de Diego. Felipe, Alfonso de Cossío y Corral, y Antonio Gullón Ballesteros, *Instituciones de derecho civil español*, tomo II, "Derecho de obligaciones-contratos-derecho de familia", Madrid, 1959, p. 82.

[25] Marty y Raynaud, *op. cit., supra* nota 19; Carbonnier, *op. cit., supra* nota 19; Weill y Terre, *op. cit., supra* nota 19.

sido pura y simple (o inexistente en el caso de la condición resolutoria cumplida). Pero, como toda teoría que reposa en la ficción, se ha considerado como una confesión de impotencia frente al problema planteado.

Marty y Raynaud [26] recogen la opinión de que la retroactividad condicional es más bien un *medio técnico* utilizado para consagrar la solución más conforme a la buena fe y a la honradez; garantizar a aquel a quien se ha consentido un derecho suspendido por una condición, o a sus causahabientes, que el derecho les llegará intacto si la condición se realiza.

La posición de esos autores se concilia con la del profesor Angelo Falzea, quien apunta en derecho italiano que:

> La retroactividad se configura como una garantía jurídica de la plena satisfacción del interés cuya realización fue diferida. Con la retroactividad se remueven los obstáculos jurídicos que pudieran haberse formado entre el momento en que el interés parcial surgió y aquél en que su actuación fue autorizada o impuesta, ligándose así la tutela de la conservación con la de la realización. Por ello la retroactividad es legítima en la medida en que asegura la satisfacción del interés con referencia a la fecha de su constitución.[27]

La teoría de la *ficción legal,* nos parece, debe ceder frente a la más consistente de *garantía jurídica* de la satisfacción de los intereses de las partes.

2. *La no retroactividad*

La tesis de la no retroactividad de la condición cumplida se fundamenta, en síntesis, en el rechazo de la teoría de la ficción. El acto condicional es un acto perfecto, cuyas consecuencias se proyectan hacia el futuro, al momento en que se realice el hecho futuro e incierto previsto. La existencia del acto es cierta, "no depende de su ser de lo que está en la condición. Ninguno de los que lo constituyeron puede dejarlo si en efecto por su voluntad. . . Sus efectos están suspendidos. Por eso se trasmite a los herederos".[28]

Pero también hay alguna referencia a los riesgos del perecimiento

[26] Marty y Raynaud, *op. cit., supra* nota 19.

[27] Falzea, Angelo, "Efficacia giuridica" in *Voci di teoria generale del diritto,* Milán, Giuffré, 1970, núm. 46.

[28] Bibiloni, citado por De Gasperi, *op. cit., supra* nota 10, núm. 242.

en el fundamento de la no retroactividad, puesto que se afirma que: "si pendiente la condición, se pierde la cosa sin culpa, perdida queda para el dueño en la condición suspensiva, y cumplida, se cumple en vano, porque no hay cosa que pueda entregarse. Y en la resolutiva, perece para el poseedor actual." [29]

De paso, conviene hacer notar que algún autor alemán en lo referente al tema del sistema de traslación del dominio en la compraventa, que aludimos más arriba, considera que hay falta de equidad en trasmitir al adquirente los riesgos desde el momento del contrato y no desde el momento de la entrega.[30] Esta anotación, al margen de nuestra cuestión principal, tiene el propósito de establecer un segundo nexo entre el sistema de trasmisión de la propiedad y la retroactividad de la condición cumplida, para los efectos que más adelante indicaremos.

El fundamento principal de la tesis de la no retroactividad, en fin, es el segundo de los expuestos, o sea que la retroactividad es peligrosa para terceros, que serían los adquirentes que han tratado de buena fe con el propietario bajo condición resolutoria,[31] que sin embargo estarían por lo general advertidos del riesgo de la resolución por los diversos sistemas de publicidad.

VI. El método comparativo

Presentadas las bases teóricas del problema del efecto de la condición cumplida en el tiempo y las soluciones principales que se proponen dentro de la familia romano-germánica, hay que establecer el método con el cual queremos llegar a obtener las conclusiones propias para el derecho costarricense.

Cada comparatista tiene sus métodos; pero hay algunos principios y algunas reglas comparativas de base, que pasaremos a exponer:

1. *Los principios de la comparación*

Entendemos por principios aquellas directivas de carácter muy general, que deben observarse en toda comparación, sin importar la técnica que se escoja. Tales principios los resume magistralmente el decano Rodière [32] (aunque en su obra los denomina "reglas", nombre que

[29] *Ibidem.*
[30] Loewenwarter, *op. cit., supra* nota 14, p. 252.
[31] Argumento citado por Carbonnier, *op. cit., supra* nota 19, núm. 64 b.
[32] Rodière, *op. cit., supra* nota 6, núms. 82, 83 y 84.

preferimos para las directivas técnicas propiamente dichas), y que para el caso presente las entendemos de la siguiente manera:

Primera: "El comparatista no se detendrá en oposiciones fáciles que revelan las técnicas derivadas de principios opuestos."

En nuestro estudio, hemos buscado dentro de los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica la solución a un problema concreto, que tiene aparentemente soluciones divergentes. La comparación debe hacerse dentro de ese marco, que sería el único dentro del cual podrían situarse las respuestas derivadas de principios comunes originarios.

Segunda: "No deben comparar entre sí reglas aisladas de su contexto histórico y cultural; es necesario ubicarlas dentro del conjunto jurídico al que pertenecen en consideración de la evolución jurídica de la que han dependido."

Los datos de la revisión bibliográfica que precede, hemos tratado de ubicarlos dentro de los sistemas correspondientes. Nuestra búsqueda de lo que llamamos "base" o "fundamento" de las teorías, trata de encontrar ese contexto en que se deben ubicar las soluciones.

Tercera: "El comparatista no debe limitar su campo de investigación al marco de los códigos y las leyes. Todas las fuentes del derecho deben retener su atención."

Es importante, pues, tener una visión de conjunto de la realidad jurídica en cada uno de los sistemas estudiados, lo que hemos intentado desde una perspectiva muy reducida.

2. *Las reglas de la comparación*

Las tomamos del artículo *"Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique"* de Georges Langrod,[33] en que se considera que se trata de "una operación intelectual por la que se reúnen dos (o varios) objetos o ideas comparables, en un mismo acto, con el fin de destacar las diferencias y las semejanzas y sus razones de ser". Para ello propone dicho autor establecer con claridad los *términos de la comparación* (lo que entendemos como la hipótesis de trabajo planteada, dentro de los límites precisos enunciados y el acopio de datos los más completos posible), para proceder luego al *razonamiento por analogía* (de un caso particular a otro caso particular), para finalizar con una *inducción generalizante*.

Intentaremos, en consecuencia, llegar a alguna conclusión después de la presentación de los datos del problema y técnica que seguiremos.

[33] *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1957, pp. 353 y ss.

VII. La comparación

El análisis de los datos recogidos nos proporciona una base suficiente para intentar algunas operaciones de comparación. Éstas las descomponemos, en primer lugar, en la constatación de las divergencias aparentemente irreconciliables, para pasar en seguida a un intento de explicación de esas diferencias entre los sistemas de la familia romano-germánica; seguidamente procederemos a otra constatación, sobre la naturaleza jurídica de las soluciones encontradas, para finalizar el recorrido de la comparación con el encuentro de los resultados prácticos a los que se llegan con la aplicación de las dos teorías en presencia.

1. *Divergencias aparentemente irreconciliables*

Poniendo a la par la irretroactividad de la condición cumplida del sistema alemán con la retroactividad de sus efectos del sistema francés, pareciera presentarse a primera vista una diferencia absoluta, ya que se trataría de dos soluciones diametralmente opuestas al problema planteado.

Esa apariencia debemos desecharla en un primer análisis. En efecto, se trata de una de las conclusiones fáciles de las que nos previene Rodière. Una confrontación simple de textos no es suficiente para desentrañar el verdadero sentido que tiene la institución estudiada, por lo que no podemos detenernos únicamente en el aspecto más destacado del asunto.

Cada una de las soluciones, llevada a sus últimas consecuencias, devienen absurdas. Tomemos primero la teoría de la no retroactividad. Si los efectos del acto u obligación condicional sólo se produjeran *ex tunc*, hacia el futuro, ningún propósito tendría la regulación legal de las obligaciones condicionales. Los derechos y obligaciones de las partes no surgirán sino a partir del momento de la realización de la condición, y cualquier consideración jurídica de esos derechos y obligaciones antes de ese momento no tendría sentido.

Pero observamos que en el sistema de la irretroactividad hay un cuidado especial por todo el tiempo en que el acto o la obligación se encuentra *pendente conditione*. Hay un derecho en expectativa que toma en consideración el ordenamiento jurídico, que fija responsabilidades al deudor que altere esa situación, imposibilitando el acaecimiento del hecho incierto o disponiendo de la cosa objeto de la obligación, con lo que impediría el ejercicio del derecho cuando llegara a ser puro y simple.

Por otra parte, si tomamos la teoría de la retroactividad y la llevamos a sus últimas consecuencias, notamos también algo de absurdo. Así, cualquier acto de administración o de percepción de frutos del deudor condicional sería considerado contrario al acreedor condicional, una vez cumplida la condición. El deudor debería en ese caso restituir frutos y devolver en el tiempo cualquier acto de administración sobre la cosa objeto de la obligación condicional, lo que ya anotamos que no es el caso en el sistema estudiado.

Las divergencias entre los dos sistemas no son irreconciliables, desde que notamos que ambos regulan con resultados similares (lo que anotaremos adelante) toda la época *pendente conditione*.

Entonces, toca estudiar por qué se presentaron históricamente esas dos teorías que parecen diferir en su contenido.

2. *Intento de explicación de las diferencias*

Puede sugerirse dos diferentes explicaciones de las diferencias entre las teorías estudiadas, una de orden histórico y otra de naturaleza estructural.

Históricamente se puede constatar una diferencia de orígenes de la retroactividad y la irretroactividad. El derecho romano clásico no conoció la retroactividad de la condición, la que no vino a operarse sino con el derecho justineaneo o posteriormente.[34] El Código Civil francés tomó el concepto de la retroactividad de este derecho romano tardío, a través de Pothier,[35] lo que fue recogido en los ordenamientos civiles que tomaron como modelo el Código Napoleón.

La irretroactividad de la condición, que fue la regla en el derecho romano clásico, llegó al Código Civil alemán después de una discusión amplia entre los juristas que prepararon ese monumento jurídico. Efectivamente, el BGB es el producto de una muy amplia discusión de todas las materias del derecho privado, calificado de "obra legislativa realizada por juristas para juristas".[36] Y en esa discusión no estuvo ausente el problema de la retroactividad de la condición. Von Thur cita al respecto la opinión de Winscheid,[37] partidario de la tesis de la retroactividad, que no fue recogida finalmente en el texto.

[34] D'Ors, *op. cit., supra* nota 9, núm. 427.

[35] Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 220, en que cita el derecho romano así: "LL 18 y 144, núm. 1, D. *de regul juris.*"

[36] Fromont, Michel y Alfred Rieg, *Introduction au droit allemand (République fédérale)*, tomo I: *"Les fondements"*, París, Ed. Cujas, 1977, p. 72.

[37] Von Thur, *Tratado de las obligaciones, op. cit., supra* nota 13, núm. 85.

Del hecho de que la no retroactividad aparece en el BGB, el Código suizo de obligaciones, en el Código turco y en el japonés, a principios del siglo XX, podemos plantearnos la hipótesis que es a partir de ese momento en que surge modernamente el concepto. Se debe, según apuntan Mazeaud y Chabas[38] a que doctrinalmente es una posición más sostenible que la de la retroactividad. Es, por consiguiente, producto de la discusión e investigación científica sobre la conveniencia de la institución.

El otro origen que sugerimos de la diferencia de teorías es estructural. La retroactividad es compatible con el sistema consensual de trasmisión de la propiedad y la no retroactividad es compatible con el sistema obligacional o de la tradición del traspaso del dominio. Tal compatibilidad la apunta Von Thur[39] al hacer notar que en caso de cumplimiento de la condición suspensiva, el acreedor tiene un derecho de *crédito* para reclamar los frutos percibidos en el entretiempo con el deudor; pero no un derecho *real* sobre esos frutos, que sólo podría haberse constituido por tradición (para el caso en que se hubiera pactado la retroactividad, puesto que de otra forma no habría manera de percibir el importe de los frutos en ese sistema).

El sistema consensual sí admitiría la retroactividad, puesto que la transmisión del dominio se produce desde el momento del convenio y no a partir de la entrega, por lo que podría aceptarse la proyección de los efectos de la condición a ese momento, sin forzar el funcionamiento de las reglas: el derecho real se constituye entre las partes con el simple convenio, y entre las partes la retroactividad de la condición surtiría pleno efecto, en homenaje al convenio celebrado y para unificar la suerte del contrato, impidiendo su división en dos existencias sucesivas, como apunta Carbonnier.[40]

Hemos utilizado el término "compatibilidad" para significar la relación entre la retroactividad y el sistema *solo consensu* de trasmisión de la propiedad, ya que no siempre se presentan conjuntamente, como sucede en el derecho civil español, en que la trasmisión del dominio se opera normalmente con la entrega y, sin embargo, se reconoce la retroactividad de la condición. La comparación no puede entonces detenerse allí y debe completarse con otros elementos, como la averiguación de la naturaleza jurídica de la institución.

[38] Mazeaund, H., L. y J. y Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tomo II, vol. 1, *"Les obligations: Théorie générale"*, 6a. ed., Paris, Montchrestien, 1978, p. 1060.

[39] *Tratado de las obligaciones, op. cit., supra* nota 13, núm. 85.

[40] *Op. cit., supra* nota 19, núm. 64 *b*.

3. *Naturaleza jurídica de la institución*

Ya hicimos un recorrido sobre las bases de las dos teorías analizadas, lo que nos permite destacar lo que nos parece ser su naturaleza jurídica esencial.

Tanto los ordenamientos que establecen la retroactividad como los que postulan la no retroactividad, admiten que los particulares varían convencionalmente lo dispuesto al respecto por la ley; en consecuencia, retroactividad y no retroactividad no son en ningún caso reglas imperativas. Al admitirse en la ley o jurisprudencialmente el pacto en contrario, no tenemos que ahondar más el análisis para constatar que en ese asunto no está comprometido el orden público.

De esa constatación se deriva una conclusión básica: retroactividad o no retroactividad son meras reglas interpretativas.[41] El establecimiento de una de las dos reglas en un ordenamiento dado es una fuente de seguridad jurídica en un asunto de discusión doctrinal. Si un ordenamiento se decide por la retroactividad, es únicamente para establecer una regla que las partes pueden descartar voluntariamente, y si no lo hacen, es porque la admiten como contenido contractual.

4. *Resultados de la aplicación de las dos teorías*

Ambos sistemas se preocupan por asegurar al sujeto que se beneficie con el cumplimiento de la condición: la satisfacción de sus intereses, organizando un conjunto de reglas para las situaciones que ocurran relacionadas con el derecho eventual *pendente conditione*. El acreedor o adquirente condicional, en ambos sistemas, tiene un derecho de vigilancia sobre la situación jurídica, y se ha llegado a reconocer, aun en el sistema de la no retroactividad, que el derecho del acreedor condicional es oponible a terceros, lo que podría generar la resolución de los contratos pasados por el deudor condicional con esos terceros. El reconocimiento de la oponibilidad del derecho eventual[42] en el sistema de la no retroactividad, nos lleva a la conclusión de que el mismo resultado, de protección de los derechos del acreedor condicional y de certidumbre de los terceros (ya que el derecho eventual sería oponible a ellos cuando se llenaren las condiciones de la oponibilidad, esto es, alguna forma de publicidad o algún otro mecanismo admitido para hacer del conocimiento del tercero la existencia de tal derecho),

[41] Carbonnier, *op. cit., supra* nota 19 núm. 64 *b*.
[42] Mazeaud y Chabas, *op. cit., supra* nota 38.

se logra tanto con la retroactividad como con la irretroactividad (puesto que en el sistema de la retroactividad sólo se afectarían los terceros que conocieran la categoría condicional de los derechos comprometidos, es decir, allí también opera la técnica de la oponibilidad).

Consideramos que se puede constatar en este asunto la aplicación de la llamada "ley de las sustituciones" que enseña el profesor Alfred Rieg en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo: por vías diversas, distintos ordenamientos jurídicos llegan a resultados iguales o similares en la solución de problemas de orden jurídico, atendiendo una igual exigencia de resolver conflictos de intereses con criterios de equidad o justicia generalmente comunes.[43]

VIII. La conclusión

Los efectos en el tiempo de la condición cumplida deben regularse en armonía con todo el sistema jurídico en que se observe el asunto. En el caso del derecho civil costarricense que nos ocupa, proponemos los siguientes criterios de solución:

1. Por tratarse de un sistema jurídico creado bajo el modelo del Código Civil francés, la regla que debería adoptarse sería la de la retroactividad de la condición cumplida, por conformarse así mejor a los orígenes históricos del Código Civil.

2. Por estar establecido en el Código Civil costarricense el principio de la trasmisión consensual de la propiedad, la regla de la retroactividad de la condición cumplida parece ser la más compatible con ese sistema.

3. De todas maneras, debe tenerse presente que la retroactividad sería la teoría aplicable únicamente en defecto de convenio sobre la proyección de los efectos de la condición cumplida.

En todo caso, en fin, la retroactividad sería únicamente una regla de interpretación, que cedería, como se dijo, ante la convención expresa u otras circunstancias que indicaran lo contrario.

4. La situación de los derechos eventuales *pendente conditione* está asegurada en el Código Civil costarricense, que reconoce al acreedor condicional derecho de velar por la conservación de la cosa objeto de la obligación condicional, a la vez que establece que el deudor condicional hará suyos los frutos durante ese periodo, lo que debe llevar, igualmente, a reconocer la validez de todos los actos de administración que efectúe.

[43] *Cfr.* Rodière, *op. cit., supra* nota 6, núms. 31 y 32. *Adde,* Baudrit, Diego, "Importancia del derecho comparado", *Revista de Ciencias Jurídicas,* San José, núm. 46, enero-abril de 1982, pp. 119 y ss.

LA CRISIS DE LOS SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE SEGURIDAD SOCIAL

José DÁVALOS*

SUMARIO: I. *Generalidades.* II. *Perspectiva histórica de la seguridad social.* III. *Características de la seguridad social.* IV. *Aspectos de la legislación mexicana en materia de seguridad social.* V. *La crisis en los sistemas de seguridad social.* VI. *Algunas reflexiones.* VII. *Conclusiones.*

I. GENERALIDADES

"Los derechos humanos se plasman porque el hombre sintiendo su esencia de ser libre luchó por ella y ganó. Porque el hombre quiere vivir, y vivir, como tanto se ha afirmado, y ya hemos dicho, no quiere decir vivir una existencia biológica, sino vivir humanamente, con dignidad, con un mínimo de derechos asegurados frente al Estado y a la economía."[1]

Previsión social, seguridad social. ¿Cuál es su esencia? ¿Cuál es su función? ¿Cuáles son sus perspectivas?

> Gramaticalmente previsión quiere decir acción y efecto de prever, o sea de ver con anticipación, de conocer, conjeturar por algunas señales o indicios, lo que ha de suceder. Y en una acepción más concretamente relacionada con el asunto que nos interesa, equivale a acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles. Seguida esa palabra del adjetivo social, que se refiere a lo perteneciente o relativo a la sociedad, ya tenemos que las contingencias o necesidades que han de ser previstas, son aquellas que contemplan intereses sociales y no meramente particulares.[2]

Para Almansa Pastor la previsión social, desde una perspectiva solidaria, "constituye un conjunto de medidas o instrumentos protectores

* Profesor de derecho del trabajo en la Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917,* 4a. ed., México, UNAM, 1980, p. 140.

[2] Ossorio y Florit, Manuel, "Previsión social", en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Buenos Aires, t. XXIII, Driskill, 1980, p. 109.

de necesidades sociales que el Estado pone a disposición de, o impone a, los individuos para atender las necesidades sociales de éstos, con la finalidad de cumplir la función estatal de liberar a los individuos de las necesidades sociales".[3]

Por su parte, Ernesto Krotoschin afirma que la previsión social "es el conjunto de las iniciativas espontáneas o estatales dirigidas a aminorar la inseguridad y el malestar de los económicamente débiles fuera del trabajo...".[4]

A decir del maestro brasileño Mozart Víctor Russomano, la previsión social "consiste en la captación de medios y en la adopción de métodos para enfrentar ciertos riesgos (invalidez, vejez, accidentes, etc.) que amenazan la seguridad de la vida humana y que son inevitables, por su propia naturaleza, en toda sociedad, por bien organizada que ella sea".[5]

Los conceptos anteriores y algunos más que pudiéramos apuntar, resultan propensos a ser desbordados en virtud de la vertiginosa evolución que en los últimos años ha experimentado la previsión social, en tránsito hacia la seguridad social.

> La previsión social, en la que debe verse el antepasado de la seguridad social, inició, al lado del derecho laboral, la aportación jurídica de la Edad Contemporánea a la estructuración de un sistema político en el que la economía deje de ser la servidora de las ambiciones imperialistas de los hombres y de los pueblos, y se convierta en la esclava devota del trabajo humano.[6]

La previsión social supone un ilimitado número de posibilidades de que sucedan acontecimientos inciertos que generen necesidad; asimismo, supone una selección y aplicación de los medios requeridos para afrontar las consecuencias de tales eventos.

Los sistemas de previsión social, entendidos como las formas a través de las cuales, mediante la utilización de recursos presentes, se garantiza un interés futuro, doctrinalmente se clasifican en: sistema individual (ahorro), sistemas colectivos (mutualidad y seguro privado) y sistema social doble (contratación colectiva y previsión social en sentido estricto).

[3] Almansa Pastor, José Manuel, *Derecho de la seguridad social,* Madrid, v. I, Editorial Tecnos, 1977, p. 43.

[4] Krotoschin, Ernesto, citado por Juan Etala, *Derecho de la seguridad social. Lecciones y ensayos.* Buenos Aires, núm. 33, 1960, p. 49.

[5] Russomano, Mozart Víctor, *Curso de previdencia social,* 2a. ed., Río de Janeiro, Editora Forense, 1983, pp. 52 y 53.

[6] Cueva, Mario de la, El nuevo derecho mexicano del trabajo, 3a. ed., México, t. II, Editorial Porrúa, 1984, p. 9.

El ahorro "es el más simple de los procedimientos utilizados para la cobertura de los riesgos y consiste en la renuncia a un consumo actual con vistas a una necesidad futura".[7]

El ahorro, como sistema individual de previsión social, resulta un recurso extremadamente limitado, pues sólo es eficaz entre aquellos miembros de la sociedad cuyos ingresos son de tal magnitud que les permiten obtener remanentes, una vez satisfechas sus necesidades de alimentación, vestido, habitación, educación y sano esparcimiento.

El sistema individual y los sistemas colectivos tienen el atributo común de su voluntariedad; así, el ahorrador puede iniciar, suspender o finalizar su actividad libremente y el asegurado retirarse cuando lo desee. Sin embargo, se distinguen en el hecho de que, si bien, ambos sistemas persiguen como finalidad satisfacer una necesidad futura, en el ahorro se trata de un asunto estrictamente individual, en tanto que en los sistemas colectivos, la cuestión que se pretende resolver la comparten los miembros de un grupo más o menos numeroso, y el punto de unión es la mutualidad o la institución aseguradora.

El sistema de previsión de tipo social es una decisión política y jurídica fundamental, adoptada por los pueblos en sus constituciones o leyes ordinarias a efecto de abolir el estado de necesidad futura de los hombres. Desde su aparición constituye derecho imperativo, de tal suerte que se trata de una institución cuya vigencia no depende de la voluntad de los beneficiados, sino de lo que señalan los contratos colectivos, que al efecto son derecho imperativo, o la Constitución y las leyes.

En tanto que el derecho del trabajo aspira a proporcionar al hombre lo suficiente para llevar en el presente una existencia decorosa en compañía de su familia, la previsión social busca proyectar ese bienestar hacia el futuro.

La previsión social adquiere un tono de relevancia muy especial si tomamos en cuenta que se identifica plenamente con el principio humanístico de quien entrega a la economía todo cuanto la naturaleza le ha dado (su fuerza de trabajo), tiene en reciprocidad el derecho de recibir todo cuanto la naturaleza le exige para poder vivir como persona humana, lo mismo en el presente que en el futuro.

El vínculo indisoluble derecho del trabajo-previsión social, se torna más sólido si se considera que los derechos de la previsión social son una consecuencia de una vida dedicada al trabajo.

Resulta frecuente confundir los términos de previsión social y seguridad social, por lo que es conveniente establecer la diferencia.

[7] Durand, Paul, citado por Mario de la Cueva, *op. cit.*, p. 14.

> Quizá sea el de la seguridad social uno de los conceptos que más se resisten a su juridización. En el lenguaje común se sabe lo que es seguridad y se sabe lo que es social. Sin embargo, no hay acuerdo para expresar un contenido jurídico con la unión de ambos vocablos. Y es que las dificultades de conceptualización derivan de la propia equivocidad terminológica del propio contenido jurídico, mutable por la evolución de las circunstancias y de los sistemas de organización social, y, sobre todo, por la diferente perspectiva, política y jurídica, desde la que se observa la seguridad social.[8]

Pese a la limitante anterior, Almansa Pastor define la seguridad social "como el instrumento estatal específico protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección preventiva, reparadora y recuperadora, tienen derecho los individuos, en la extensión, límites y condiciones que las normas dispongan, según permite su organización financiera".[9]

Manuel Alonso Olea afirma que la seguridad social es "el conjunto integrado de medidas de ordenación estatal para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables".[10]

Por nuestra parte, entendemos a la seguridad social como un conjunto de normas jurídicas mediante las cuales se garantiza al hombre su bienestar material y espiritual, presente y futuro, que le permita su desarrollo físico e intelectual, en un marco de libertad y dignidad.

La transición entre previsión social y seguridad social se da al ampliar el ámbito personal de cobertura frente a los riesgos; donde los económicamente débiles y los que no lo son, se ven beneficiados.

La asistencia social no es más que el instrumento protector de que se vale la sociedad para remediar y proteger contra la indigencia, mas con la evidente particularidad de que en su acepción original, se proyecta a subvencionar los estados de privación o necesidad en que consiste la indigencia y no va a remediar los motivos que la provocan. Es, pues, una medida que busca paliar los efectos del estado a que conduce la indigencia.

En la asistencia social el beneficiado recibe el servicio sin ninguna intervención suya en lo que se refiere a la acumulación de los recursos; la previsión social, por su parte, es de carácter retributiva. La seguridad

[8] Almansa Pastor, José Manuel, *op. cit.*, p. 71.

[9] *Idem*, p. 81.

[10] Alonso Olea, Manuel, *Instituciones de seguridad social*, 5a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974, p. 29.

social aparece como un ideal todavía no conseguido por ningún país.[11]

El grado de transición entre la previsión social y la seguridad social varía de país a país.

El maestro Russomano sostiene:

> En nuestro país, el régimen en vigor es, sin duda, de Previsión Social. Por ello usamos, casi siempre, en la legislación, en la doctrina, en las lecciones universitarias, en las sentencias de los tribunales, la expresión Previsión Social.
>
> Mas el derecho positivo brasileño, sensible a la marcha de los acontecimientos históricos, en varios momentos, también ha procurado investirse en el sentido del régimen más amplio, más generoso y más justo de la seguridad social.[12]

En el caso de México, nos encontramos en un régimen de seguridad social incipiente, el cual ha visto coartado su avance por lo desfavorable de las condiciones económicas actuales.

II. Perspectiva histórica de la seguridad social

El hombre, ente supremo de todo cuanto existe en el universo, es, irónicamente, un ser extremadamente vulnerable a sufrir toda clase de contingencias durante el transcurso de su existencia.

Desde siempre los seres humanos han padecido los trastornos ocasionados por la vejez, la enfermedad, la orfandad, la viudez, la invalidez, la falta de trabajo, etcétera, los cuales dan lugar a estados de necesidad que en su conjunto constituyen lo que se denomina "inseguridad social".

Pretender descubrir el origen y la evolución de las distintas formas de seguridad social que se han dado a lo largo de la historia, resulta por demás complicado si consideramos que el fundamento común de todas ellas es la propia naturaleza humana que no puede ser insensible al dolor de sus semejantes.

En los comienzos de la humanidad era el compañero quien velaba por el bienestar de la mujer, los padres por los hijos, los jóvenes por los ancianos y el sano por el enfermo; en esta etapa, a decir del maestro Mozart Victor Russomano, no podemos hablar de un antecedente de la seguridad social, sino que se trata de una forma de autoprotección.[13]

[11] Mesquita Barros, Cassio de, *Previsión social,* Sao Paulo, Brasil, Saraiva, 1981, pp. 14 y 17.

[12] Russomano, Mozart Victor, *op. cit.,* p. 57.

[13] *Idem.,* p. 3.

Hay quienes afirman que en el antiguo oriente surgieron las primeras organizaciones de seguridad social, lo cual resulta difícil de comprobar. Sin embargo, es bastante probable que las asociaciones con finalidades religiosas, económicas y profesionales, que existían en ese tiempo, simultáneamente hubieran previsto el auxilio de sus miembros.

Las agrupaciones profesionales de los indúes, de los hebreos y de los arios, tuvieron finalidades asistenciales en defensa de los intereses de sus integrantes.

En Egipto se otorgaba atención médica de parte de los gobernantes a militares, viajeros y pobres, aun cuando no se sabe con precisión si al efecto se otorgaba algún tipo de aportación.

En Grecia se crearon las hetérias, que eran colegios profesionales con finalidades mutualistas. La Ley de Solón declaró válidas las convenciones celebradas entre los integrantes de las hetérias cuando no pugnaban con lo dispuesto en los ordenamientos atenienses.

Cuentan las crónicas que el derecho romano conoció dos formas jurídicas para ayudar a los necesitados, la fundación y la *collegia artificum vel opificum*. Las fundaciones alimenticias que socorrían a los pobres, enfermos, prisioneros, huérfanos, viudas y ancianos fueron primero de naturaleza pública, y ya en pleno auge del cristianismo de carácter privado; por su parte, los *collegia* romano eran agrupaciones de pequeños productores y artesanos libres que, independientemente de sus funciones de carácter gremial, tenían como misión la de mantener un sistema de ayuda recíproca entre los integrantes de la agrupación.

> En el cristianismo de la antigüedad y del medioevo la ayuda a los pobres es una acción real pero delegada a la Iglesia, la cual la ejerce en base a la idea cristiana de amor al prójimo, constituyendo la beneficiencia-caridad, llevada a cabo por medio de la dedicación de parte de los diezmos y primicias, el "peculium pauperum" y del reparto a los menesterosos del producto de la limosna recolectada...[14]

Durante la edad media predominó la ayuda a los necesitados basada en el socorro que brindaban las organizaciones religiosas primero, y las órdenes semimonásticas después; en ocasiones este tipo de ayuda se desligaba de la iglesia para entrar en vinculación directa con los centros de trabajo.

Durante la edad media las corporaciones, cofradías, hermandades,

[14] Bernaldo de Quirós, Juan, *Antecedentes de la seguridad social*, México, UNAM, 1969, p. 550.

guildas, gremios, etcétera, adquieren un gran desarrollo; eran agrupaciones de ayuda mutua en la desgracia de los trabajadores, comerciantes o artesanos.

Las cofradías prestaban, entre otras asistencias: auxilio al enfermo, ayuda para el entierro y ritos del funeral, auxilio a la viuda, dote a la huérfana para que se casara o entrara a la vida religiosa, rescate de cautivos, tal como sucedió con Miguel de Cervantes Saavedra, hecho prisionero en la batalla de Lepanto y redimido por la Hermandad de los Trinitarios.

Es hasta la revolución francesa, en 1789, cuando la asistencia social se presenta como una acción estatal. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se proclamaba: "Se creará y organizará un establecimiento general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, aliviar a los pobres enfermos y proporcionar trabajo a los inválidos que no hubieran podido procurárselo."

Una de las consecuencias más palpables del individualismo que sobrevino a raíz del nacimiento de la propiedad privada, es, sin lugar a dudas, el aislamiento del hombre de sus semejantes, es decir, el apartamiento de la vida solidaria y el ascenso de la competencia en todos los aspectos de las relaciones humanas.

En este marco ideológico y material, se hizo perfectamente comprensible excluir, de entre los deberes humanos, el de ayudar a los demás, lo que se acentuó aún más cuando la burguesía justificó la explotación del trabajo humano. En este contexto era difícil concebir a la mutualidad y a la asistencia social como un derecho de los hombres; si no existía un obligado, mucho menos existía un acreedor.

> En virtud del individualismo y liberalismo de la Ley Le Chapelier, el derecho del trabajo y de la previsión social era un imposible, condición que se generalizó a todos los estados europeos; y si bien contenía el ofrecimiento de ciertas medidas de previsión social, nunca se cumplieron, con la sola excepción de las normas protectoras de la infancia.[15]

El 15 de febrero de 1819, en el célebre Discurso de la Angostura, el libertador Simón Bolivar utilizó por vez primera el término de seguridad social al afirmar: "El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social, y mayor suma de estabilidad política."

[15] Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 11.

> La idea de la seguridad social, anunciada por Bolivar se asomó al balcón de la historia en los seguros sociales alemanes, pero es en nuestro siglo donde acuñó todos sus perfiles y se presentó como la idea que quiere asegurar, esto es, hacer real, una vida decorosa para los hombres, en el presente y en el futuro, y como escribió Emmanuel Kant, una paz perpetua para los pueblos de la tierra y con los que encontremos en el universo; una idea con una dimensión triple: el hombre, los pueblos y la humanidad.[16]

La infraestructura legislativa alemana en materia de seguridad social evolucionó impresionantemente durante los últimos años del siglo pasado y primeros del actual; entre los principales ordenamientos destacaron: Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad (13 de junio de 1883); Ley del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo (6 de julio de 1884); Ley del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (22 de junio de 1889); Ley del Seguro Obligatorio de Supervivencia (22 de junio de 1891); Ley del Seguro Obligatorio de Desempleo y Seguro de Muerte (22 de junio de 1911), y es en 1911 cuando todos estos seguros se agrupan en el Código Federal de Seguros Sociales.

La auténtica rampa de lanzamiento de la idea-fuerza que constituye la seguridad social, se presenta en los años subsecuentes a la rescesión del año de 1929.

> A partir de 1930, la economía norteamericana sufrió una grave crisis que conmovió a la opinión pública y obligó al presidente Roosevelt a iniciar la política del New deal y a enviar al Congreso Federal un proyecto de ley sobre la seguridad social (Social security act), que se aprobó en agosto de 1935; así renació la fórmula de Bolivar y se anunció la doctrina del Walfare state, cuyo principio básico fue la lucha contra la miseria y la consecuente promoción del bienestar de los hombres. En su mensaje al pueblo norteamericano, ofreció el presidente "promover los medios adecuados para combatir las perturbaciones de la vida humana, especialmente el desempleo y la vejez, a fin de afirmar la seguridad social".[17]

En 1942 William Beveridge presentó al gobierno inglés un plan de reestructuración y ampliación de los seguros sociales, lo que constituye el arranque de la seguridad social moderna.

[16] Cueva, Mario de la, *La seguridad social y la gente del campo*, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Cuadernos del Trabajo, Serie Seguridad Social, núm. 2, p. 8.

[17] *Idem*, p. 10.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, señala en el artículo 22:

> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

III. Características de la seguridad social

La primera característica es que el sistema de seguridad social que se implante, sólo puede hacerse efectivo a través de un órgano público o social. Esto tiene una doble importancia: por un lado, sólo así es posible concretizar al responsable del cumplimiento del sistema de seguridad, que en principio es la sociedad, y, por otro lado, tratándose de un órgano público o social (este último formado por tres sectores: obrero, patronal y estatal), se logra mayor efectividad en el cumplimiento de las funciones a él encomendadas. Por ello se ha dicho que la seguridad social "exige que sea administrada por órganos desinteresados, esto es, imparciales, y que, al contrario de lo que ocurre en el sistema de los seguros privados, no tengan por objetivo la obtención de lucro".[18]

La segunda de las características de la seguridad social es el tipo de financiamiento que se utiliza; éste se integra mediante la aportación tripartita de los sectores obrero, patronal y estatal.

La tercera característica de la seguridad social es la obligatoriedad de las normas que constituyen el sistema. Esta imperatividad se requiere para que exista la certeza de que será un sistema financiable.

La cuarta característica de la seguridad social estriba en que el fondo que se crea es de naturaleza social; por tanto, no es factible disponer de él si no es para subsanar los daños sufridos por los trabajadores durante la prestación de los servicios o con motivo de ellos. Como consecuencia de esto, ni los patrones, ni el Estado, ni los mismos trabajadores pueden reivindicar lo aportado ni aun cuando no hubieren utilizado ninguno de los seguros; lo que ha entrado al fondo es propiedad de la sociedad, y, en tal virtud, sólo ella puede disponer de esos recursos.

[18] Russomano, Mozart Víctor, *op. cit.*, p. 53.

La previsión social, como antecedente inmediato de la seguridad social, va unida, desde su nacimiento, al derecho del trabajo, es decir, se trata de un derecho de la clase trabajadora y limitado a ella.

Por eso se ha dicho que, siendo la previsión social un derecho de clase y, en consecuencia, habiendo roto las concepciones individualistas de la responsabilidad, se dejó asentada la grandiosidad de la disciplina; pero que, sin embargo, "esta condición fue al mismo tiempo su limitación, porque su propósito no fue la erradicación de la miseria, sino el problema concreto del futuro del proletariado, sin duda una bella aplicación de la justicia social, pero de todas suertes, una solución parcial".[19]

De cualquier forma, la previsión social vino a representar un cambio radical en las ideas; ya no se trataba de un acto de beneficencia que reconfortara la pecaminosa alma de los donantes, ni tampoco se trataba de una lucha aislada de algunos grupos de trabajadores por sobrevivir en los casos de desgracia, como sucedía con las asociaciones mutualistas; tampoco se estaba en presencia de normas jurídicas individualistas que nunca trataron lo relativo a la vida futura de los trabajadores, tal como fue el caso de la responsabilidad objetiva. En lo que se constituyó la previsión social fue en un derecho de los trabajadores, considerados como miembros de una clase social. Esto es lo más trascendente de la previsión social.

Sin embargo, cuando se pasa de la previsión social a la seguridad social, lo que significa irrumpir en un estadio superior, se diluye el atributo consistente en constituir un derecho de la clase trabajadora.

La seguridad social ya no queda circunscrita al ámbito de los trabajadores asalariados, ya que, precisamente, una de las circunstancias que revelan que se está en presencia de la seguridad social, es la expansión del régimen a todas las personas sin importar la clase social a la que pertenezcan. Es decir, el beneficiario de la seguridad social no es el trabajador solamente, sino el hombre en el más amplio sentido del término.

IV. Aspectos de la legislación mexicana en materia de seguridad social

La Constitución mexicana expedida en Querétaro en 1917 fue la primera en elevar al más alto nivel jurídico los derechos de la clase trabajadora.

[19] Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1984, t. II, p. 21.

Una vez vencidos los obstáculos que sistemáticamente fueron oponiendo las fuerzas retardatarias del progreso durante los trabajos legislativos, los diputados constituyentes decidieron crear un apartado dentro de la Constitución en el que se incluyeran los sagrados derechos de los trabajadores.

La Declaración de los Derechos Sociales quedó plasmada en el artículo 123 constitucional; su contenido lo constituyen los derechos fundamentales de los trabajadores y sus garantías en materia de seguridad social. De ahí que el título sexto constitucional lleve por rubro "Del trabajo y de la previsión social".

Las disposiciones más importantes del texto original del artículo 123 constitucional relativas a aspectos de previsión social estaban contenidas en las fracciones XIV y XXIX:

> XIV. Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.
>
> XXIX. Se consideran de utilidad social: el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de accidentes y de otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular.

Publicada la Ley Federal del Trabajo en el año de 1931, se abstuvo, sin embargo, de reglamentar adecuadamente el establecimiento de las cajas de la seguridad social, y en cuanto al sistema de previsión de riesgos profesionales y de determinación de la responsabilidad, consiguiente, hizo suya la teoría civilista del riesgo creado, pero siempre fundada la responsabilidad exclusivamente en la capacidad económica de cada patrón. De esa manera, los riesgos de trabajo constituían motivo de inquietud y de desasosiego, ya que era muy frecuente que la insolvencia patronal, real o ficticia, hiciera inútil el sistema de normas que integraban el capítulo de riesgos en la ley.[20]

[20] Buen Lozano, Néstor de, "El Seguro Social y la seguridad social en la nueva ley", *Boletín de Información Jurídica*, México, núm. 12, IMSS, marzo-abril, 1975, pp. 9 y 10.

De manera paralela a la federalización de la legislación del trabajo se modificó el texto de la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, por decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 6 de septiembre de 1929, para centralizar el sistema de seguridad social. La reforma citada determinó que era de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, la cual comprendería los seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos.

Posteriormente, por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 31 de diciembre de 1974, se volvió a reformar la fracción XXIX a que hemos hecho referencia, para quedar en sus términos actuales:

> XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes de servicio de guarderías y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

En México los beneficios de la seguridad social se hacen llegar a los beneficiarios a través de distintos organismos.

A nivel federal existen el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), que cubre la seguridad social de los trabajadores en general; el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), que se aplica a los servidores públicos federales, así como a los de aquellos organismos públicos que por ley o por decreto del Ejecutivo federal sean incorporados a su régimen, y el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), que funciona en el medio castrense.

A nivel local, encontramos que los trabajadores al servicio de los gobiernos de los estados y de los municipios y de más organismos de esos niveles territoriales, reciben los beneficios de la seguridad social, ya sea de algún organismo creado exprofeso por el Congreso local, o bien de alguna otra institución con quien se celebre convenio de subrogación pudiendo ser, y esto es lo más frecuente, el IMSS o el ISSSTE.

En los renglones siguientes analizaremos el instrumento más importante en la prestación de la seguridad social, es decir, el IMSS. Y es que al 31 de diciembre de 1985, la población total amparada por el Seguro Social ascendió a 31,573,634 derechohabientes.[21]

[21] Cifra mencionada por el licenciado Ricardo García Sainz, director general del

El 31 de diciembre de 1942 fue promulgada la Ley del Seguro Social y publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 19 de enero de 1943.

Cuando la Ley del Seguro Social era apenas un proyecto, se solicitó la opinión de la OIT, la que en respuesta de 4 de agosto de 1942 lo calificó de "instrumento de realización de primer orden". Asimismo, se sometió a la consideración de la Primera Conferencia Social Interamericana, celebrada en Santiago de Chile en 1942, en donde se dijo: "La iniciativa constituye un código de seguridad científicamente elaborado con todas las perspectivas de vialidad en su realización, al par que representa una firme garantía técnica para establecer en México el Seguro Social."[22]

Una de las limitaciones de la Ley del Seguro Social de 1943 radicaba en el hecho de que sus beneficios únicamente se extendían a quienes eran sujetos de una relación de trabajo, dejando fuera a los llamados trabajadores no asalariados y a los grupos más necesitados; es decir, se excluía de la protección a quienes más requerían de ella, lo cual era un contrasentido.

El 12 de marzo de 1973 fue publicado en el *Diario Oficial* de la Federación la nueva Ley del Seguro Social, la cual buscó romper el vínculo indisoluble entre el régimen de la previsión social y el supuesto de estar sujeto a una relación de trabajo, para lo cual instrumentó, entre otros mecanismos, la continuación voluntaria en el régimen obligatorio, la incorporación voluntaria en el régimen obligatorio de trabajadores no asalariados y el establecimiento de los servicios sociales.

> Las soluciones de la nueva ley permiten afirmar que se está produciendo el tránsito del Seguro Social a la seguridad social. Esto que podría parecer sólo un juego hábil de palabras, en realidad tiene una importancia decisiva, y produce consecuencias de tal naturaleza que su análisis cuidadoso permitirá afirmar la definitiva independencia de la ciencia jurídica del Seguro Social, respecto del derecho del trabajo. Inclusive, en una curiosa inversión de jerarquías, es posible que se produzca en la sistemática jurídica el fenómeno de que el derecho del trabajo, sea considerado, a partir de ahora, como formando parte de la seguridad social, ya que ésta atiende a todo aquéllo que pueda expresar, de una manera eficaz, el cumplimiento de la justicia social integral.[23]

IMSS, al rendir su informe de labores de 1985 y presentar el programa de trabajo para 1986, el miércoles 22 de enero de 1986.

[22] Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 70.

[23] Buen Lozano, Néstor de, *op. cit.*, p. 13.

El Seguro Social cubre las contingencias y proporciona los servicios que se indican en cada régimen, mediante el otorgamiento de prestaciones en especie y en dinero. Dichas prestaciones son inembargables, salvo en el caso de la obligación de dar alimentos, en donde la autoridad judicial puede embargar las pensiones y subsidios hasta en un 50% de su monto.

De acuerdo al tipo de seguro de que se trate, la Ley del Seguro Social va señalando los tiempos de espera, es decir, el número de cotizaciones que se requieren haber cubierto para poder obtener las prestaciones correspondientes, en especie y en dinero.

El Seguro Social comprende dos tipos de regímenes: el obligatorio y el voluntario. Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio: las personas que se hallan vinculadas por una relación de trabajo, los miembros de las cooperativas de producción y de administración obreras o mixtas, y los ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios organizados en grupo solidario, sociedad local o unión de crédito, comprendidas en la Ley de Crédito Agrícola.

Paralelamente, la Ley del Seguro Social señala otros grupos que considera como afiliables al régimen obligatorio; pero, únicamente lo serán cuando el Ejecutivo federal, a propuesta del IMSS, determine, mediante decreto, las modalidades y fecha de incorporación a dicho régimen. Se trata, entre otros, de los trabajadores en industrias familiares, de los profesionistas, de los comerciantes en pequeño, de los artesanos, de los demás trabajadores no asalariados, de los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio, de los trabajadores domésticos, etcétera.

En tanto se expidan los decretos a que se hace mención, estos grupos podrán solicitar su incorporación voluntaria al régimen obligatorio.

El régimen obligatorio comprende los seguros de riesgos de trabajo; enfermedades y maternidad; invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, y guarderías para hijos de asegurados.

Las aportaciones en especie y en dinero que otorga la Ley del Seguro Social a sus derechohabientes en los seguros pertenecientes al régimen obligatorio, son las que aparecen en la siguiente relación.[24]

[24] Relación elaborada por Raúl de Gante Hurtado y Carlos Hernández Ceja como parte del trabajo denominado "Características operativas de la Nueva Ley del Seguro Social, alcances y contenido", publicado en el *Boletín de Información Jurídica* del IMSS. Las variaciones recientes de los salarios en nada afectan la estructura del trabajo.

I. AL ASEGURADO	Arts. de la ley vigente
A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DEL TRABAJO:	
1. Asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica; servicios de hospitalización; aparatos de prótesis y ortopedia; y rehabilitación.	63
2. En caso de incapacidad temporal, 100% del salario mientras dure la inhabilitación, sin que pueda exceder del máximo del grupo en el que estuviese inscrito.	65-I
3. Pensión mensual al ser declarada la incapacidad permanente total.	65-II
4. Pensión mensual, en caso de incapacidad permanente parcial, calculada conforme a la tabla de valuación de incapacidad contenida en la Ley Federal del Trabajo y tomando como base el monto de la pensión que le correspondería por incapacidad permanente total.	65-III
5. Indemnización global, a opción del asegurado, equivalente a cinco anualidades de la pensión que le hubiere correspondido cuando ésta resulte inferior a $200.00 mensuales.	65-III
6. Dos meses de salario promedio del grupo de cotización, para gastos de funerales, si el riesgo produce la muerte del asegurado. La cantidad no podrá ser inferior a $1 500.00, ni excederá de $12 000.00.	71-I
B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:	
7. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria hasta por 52 semanas, para el mismo padecimiento.	90
8. Prórroga del tratamiento médico hasta por 52 semanas más, si el asegurado continúa enfermo.	100
9. Asistencia obstétrica necesaria a la asegurada, durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio.	102-I
10. Ayuda en especie por seis meses para lactancia; y	102-II

11. Canastilla al nacer el hijo de la asegurada. 102-III
12. Subsidio en dinero a partir del cuarto día de la incapacidad y hasta por el término de 52 semanas. 104
13. Prórroga del subsidio hasta por 26 semanas más, si el asegurado continuara incapacitado. 104
14. Subsidio en dinero durante 42 días anteriores al parto y 42 días posteriores al mismo. 109
15. En caso de muerte del asegurado, un mes de salario promedio del grupo de cotización para gastos de funeral; la cantidad no podrá ser menor de $1 000.00, ni excederá la cantidad de $6 000.00 112
16. Conservación del derecho a recibir las prestaciones del Seguro de Enfermedades y Maternidad, durante 8 semanas posteriores a la baja, siempre que se tenga cubierto un mínimo de 8 cotizaciones semanales inmediatamente antes de la privación de trabajo remunerado. 118
17. Conservación del derecho a prestaciones médicas, en caso de estado de huelga, durante el tiempo que dure éste. 118

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

18. Pensión por invalidez, siempre que tenga reconocido un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones semanales y sea declarado inválido. 131
19. Pensión por vejez cuando haya cumplido sesenta y cinco años de edad y tenga reconocidas por el Instituto un mínimo de 500 cotizaciones semanales. 138
20. Pensión por cesantía en edad avanzada, cuando el asegurado tenga reconocidas un mínimo de 500 cotizaciones semanales, haya cumplido 60 años de edad y quede privado de trabajos remunerados. 145-I-II y III
21. Ayuda para gastos de matrimonio, si a la fecha de la celebración el asegurado tiene un mínimo de 150 semanas reconocidas. Esta prestación es equivalente al 25% de la anua-

lidad de la pensión por invalidez, sin que exceda de $6 000.00. 161 y 162

22. Cuantía mínima de $600.00 mensuales en las pensiones por invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada. 168

23. Conservación del derecho a pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, por un periodo igual a la cuarta parte del tiempo cubierto por sus cotizaciones semanales.
Este tiempo de conservación de derechos no será menor de 12 meses. 182

24. Reconocimiento del tiempo cubierto por sus cotizaciones anteriores, al asegurado que haya dejado de estar sujeto al régimen del Seguro Social y reingrese a éste en la forma siguiente:

a) Si la interrupción es por periodos menores de 3 años, se le reconocerá todas sus cotizaciones.

b) Si la interrupción es por periodos mayores de 3 años pero menores de 6, el reconocimiento procede cuando se cobran 20 semanas a partir del reingreso.

c) Si la interrupción es por periodos mayores de 6 años, el reconocimiento procede cuando se cubran 52 semanas, a partir del reingreso. 183-I-II y III

D. EN EL SEGURO DE GUARDERIAS PARA HIJOS DE ASEGURADAS:

25. Servicio de guardería infantil que incluye el aseo, la alimentación, cuidado de la salud, la educación y la recreación de los hijos de las trabajadoras aseguradas, desde la edad de 43 días hasta que cumplan cuatro años. 186 y 189

26. Conservación del derecho a los servicios de guardería, durante las cuatro semanas posteriores a la fecha de la baja de la mujer trabajadora. 193

E. CONTINUACIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN OBLIGATORIO:

27. Continuación voluntaria en los seguros de Enfermedades y maternidad y de Invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, conjuntamente o bien en cualquiera de ambos a su elección, siempre que tengan cubiertas 52 cotizaciones semanales en el Régimen Obligatorio, al ser dado de baja y se ejerza el derecho mediante solicitud por escrito dentro de un plazo de 12 meses a partir de la fecha de la baja.
La inscripción podrá solicitarse en el grupo de cotización a que pertenecía en el momento de la baja o en el grupo inmediato inferior o superior. 194

II. A LA ESPOSA O CONCUBINA DEL ASEGURADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

28. Pensión por viudez equivalente al 40% que le hubiere correspondido al asegurado por incapacidad total permanente. Misma prestación al viudo totalmente incapacitado, que hubiere dependido económicamente de la asegurada. 71-II y 72

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

29. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. 101
30. Asistencia obstétrica necesaria durante el embarazo o, el alumbramiento y el puerperio. 103
31. Ayuda en especie por seis meses para lactancia. 103
32. Conservación del derecho a recibir las prestaciones de este Seguro, si el asegurado cumple los requisitos señalados en el Artículo 118. 118

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

33. Pensión por viudez a la esposa o a la concubina del asegurado que al fallecer tuviere reconocido un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones, equivalente al 50% de la pensión por I. V. o C. 153

III. A LOS HIJOS DEL ASEGURADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

34. Pensión por orfandad para cada uno de los hijos menores de 16 años, o mayores que esta edad y hasta los 25 cuando éstos últimos realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional. A los huérfanos que se encuentren totalmente incapacitados se les extinguirá la pensión cuando recuperen su capacidad para el trabajo.
La pensión será equivalente al 20% para los huérfanos de padre o madre y de 30% para los huérfanos de padre y madre tomando como base la pensión por incapacidad permanente total. 71-III-IV y V

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

35. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, para los hijos menores de 16 años o mayores hasta los 21 cuando éstos últimos realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional. 101
36. Conservación del derecho a recibir las prestaciones de este Seguro, si el asegurado cumple con los requisitos señalados en el Artículo 118. 118

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

37. Pensión de orfandad para cada uno de los hijos menores de 16 años, siempre que el padre o la madre al fallecer hubieran tenido reconocidas en el Instituto un mínimo de 150 semanas. 156
38. Cuando el huérfano lo sea de padre o madre la pensión equivaldría al 20% de la pensión por I. V. o C. Si el huérfano es de padre y madre se le otorgará en las mismas condiciones una pensión igual al 30%. 157

IV. A LOS ASCENDIENTES DEL ASEGURADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

39. Pensión a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del trabajador fallecido, equivalente al 20% de la pensión que hubiere correspondido al asegurado, en el caso de una incapacidad permanente total, siempre que no existan viudas, huérfanos o concubina con derecho a la pensión. 73

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

40. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, a los padres si viven en el hogar del asegurado y dependen económicamente de éste. 101
41. Conservación vitalicia del derecho a las prestaciones en especie, cuando el asegurado ha fallecido. 101
42. Conservación del derecho a recibir las prestaciones de este Seguro, si el asegurado cumple con los requisitos señalados en el Artículo 118. 118

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

43. Pensión a cada uno de los ascendientes que dependían económicamente del asegurado fallecido, equivalente al 20% de la pensión por I. V. o C., siempre que no existan viuda, huérfanos ni concubina con derecho. 159

V. AL PENSIONADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

44. Prórroga para los huérfanos pensionados mayores de 16 años, hasta la edad de 25 años, cuando se encuentren estudiando en planteles del sistema educativo nacional.
En igual forma se puede prorrogar la pensión para los huérfanos incapacitados, hasta en tanto no recuperen su capacidad para el trabajo. 71-IV y V
45. Al término de la pensión de orfandad, se otorgará al huérfano un pago adicional de 3 mensualidades de la pensión que disfrutaba. 71-V
46. Pago de una suma global equivalente a 3 anualidades de la pensión otorgada, a la viuda o concubina que contraiga matrimonio. 73
47. Pensión a los beneficiarios del asegurado fallecido por causa distinta al riesgo de trabajo, que disfrutaba de una pensión de incapacidad permanente total, sin que hubiera cotizado 150 semanas, y sin que hubiera gozado por más de 5 años la pensión de incapacidad. 151
48. Revisión de las pensiones otorgadas en este Seguro, con excepción de las de incapacidad permanente parcial con menos del 50% de incapacidad, cada 5 años, a partir de la fecha de su otorgamiento para incrementarlas en un 5 ó 10% de su cuantía. 75 y 76

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

49. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, para las pensiones otorgadas en el seguro de riesgos de trabajo o en los de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, con excepción de las de incapacidad permanente parcial con menos del 50% de incapacidad. 101
50. Ayuda para gastos de funeral, equivalente a un mes de pensión, sin que esta prestación sea menor de $1 000.00, ni mayor de $6 000.00. 112

C. EN EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

51. Pago del importe de 2 anualidades de la pensión al pensionado que comprobare que su residencia en el extranjero será de carácter permanente. Esta disposición es aplicable también, tratándose de pensiones por riesgo de trabajo. 126
52. Pensión a los beneficiarios del asegurado fallecido por causa distinta a un riesgo de trabajo y que se encontrare disfrutando de una pensión por incapacidad permanente de un riesgo igual; si el asegurado hubiera acreditado el pago al Instituto de un mínimo de 150 cotizaciones semanarias. 151
53. Pago de una suma global equivalente a 3 anualidades de la pensión otorgada, a la viuda o concubina que contraiga matrimonio. 155
54. Prórroga para los huérfanos pensionados mayores de 16 años, hasta la edad de 25, cuando se encuentren estudiando en planteles del sistema educativo nacional. Igualmente se prorrogará la pensión al huérfano mayor de 16 años que no pueda mantenerse por su propio trabajo, debido a incapacidad física o psíquica, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padece. 156

55. Al término de la pensión de orfandad, se otorgará al huérfano un pago adicional de 3 mensualidades de la pensión que disfrutaba. 158
56. Ayuda asistencial al pensionado por I. V. o C., equivalente al 15% de la cuantía de la pensión que le corresponda si no tuviere ni esposa o concubina, ni hijos, ni ascendientes que dependan económicamente de él. 164-IV
57. Ayuda asistencial al pensionado por I. V. o C., equivalente al 10% de la cuantía de la pensión que le corresponda, si sólo tuviera un ascendiente con derecho al disfrute de asignación familiar. 164-V
58. Ayuda asistencial al pensionado por invalidez, vejez, y cesantía en edad avanzada, con excepción de los casos comprendidos en las fracciones IV y V del artículo 164, así como a la viuda pensionada, cuando su estado físico requiera ineludiblemente que la asista una persona, de manera permanente o continua.
La ayuda asistencial consistirá en el aumento hasta el 20% de la pensión que esté disfrutando el pensionado. 166
59. Revisión de las pensiones otorgadas en este Seguro, cada 5 años, a partir de la fecha de su otorgamiento, para incrementarlas en un 5 ó 10% de su cuantía. 172
60. Reconocimiento de las cotizaciones generadas durante el reingreso del pensionado al régimen del Seguro Social Obligatorio, para incrementar la pensión, cuando deja nuevamente de pertenecer al régimen. 183-IV

VI. A LA ESPOSA O CONCUBINA DEL PENSIONADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

No se otorgan prestaciones en este seguro a la esposa o concubina del pensionado.

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

61. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. 101
62. En caso de maternidad, se otorgará a la esposa o concubina del pensionado durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, la asistencia obstétrica y ayuda en especie por 6 meses para lactancia. 103

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

63. Asignación familiar equivalente al 15% de la cuantía de la pensión por I. V. o C. 161-I

VII. PARA LOS HIJOS DEL PENSIONADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

En el Seguro de Riesgos de Trabajo a los hijos de los pensionados no se les otorgan prestaciones.

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

64. Asistencia médico quirúrgica farmacéutica y hospitalaria hasta los 16 años, o mayores de esta edad, siempre que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares. 101

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

65. Asignación familiar para cada uno de los hijos menores de 16 años del pensionado, equivalente al 10% de la cuantía de la pensión. 164-II
66. Prórroga de las asignaciones familiares concedidas a los hijos del pensionado hasta los

25 años si realizan estudios en planteles del sistema educativo nacional o, en su caso, hasta en tanto no desaparezca la inhabilitación. 164-V

VIII. PARA LOS ASCENDIENTES DEL PENSIONADO

A. EN EL SEGURO DE RIESGOS DE TRABAJO:

No se le otorgan prestaciones en este Seguro.

B. EN EL SEGURO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD:

67. Asistencia médico quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, a los padres si viven en el hogar del pensionado y dependen económicamente de éste. 101

C. EN LOS SEGUROS DE INVALIDEZ, VEJEZ, CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y MUERTE:

68. Asignación familiar para los padres del pensionado, si dependieran económicamente de él, equivalente al 10% de la pensión por I. V. o C., sólo a falta de esposa o concubina e hijos con derecho. 164-III

Cuando un asegurado ha sido dado de baja del régimen obligatorio y tiene un mínimo de 52 cotizaciones acreditadas en dicho régimen, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la baja, podrá solicitar la continuación en el mismo de manera voluntaria.

La continuación voluntaria en el régimen obligatorio sólo podrá darse en los seguros de enfermedades y maternidad o de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, y para ese efecto el asegurado cubrirá íntegramente las cuotas obrero-patronales.

La permanencia en este sistema, al igual que el ingreso, depende exclusivamente de la voluntad del interesado; éste podrá darse de baja mediante declaración expresa firmada, o bien, dejando de pagar las cuotas durante 3 bimestres consecutivos.

Con respecto al sistema de incorporación voluntaria al régimen obligatorio, "los beneficiarios serán aquellos sujetos de aseguramiento a los que aún no se hubiese extendido el régimen obligatorio, pero su inscripción estará condicionada a que se abran determinados periodos para tal efecto, señalados por el propio instituto".[25]

Esta forma de apertura a sectores aún no comprendidos por el régimen obligatorio del seguro social, está condicionada, ya que el IMSS podrá negarse a efectuar el aseguramiento voluntario cuando éste pueda comprometer la eficacia de los servicios que el instituto proporciona en el régimen obligatorio.

El régimen voluntario del seguro social comprende los seguros facultativos y los seguros adicionales.

Los seguros facultativos se pueden contratar, individual o colectivamente, para obtener las prestaciones en especie correspondientes al seguro de enfermedades y maternidad, en favor de los familiares del asegurado que no queden protegidos por la ley, o bien, en favor de las personas que no estén comprendidas en el régimen obligatorio ni estén encuadradas en los supuestos de incorporación voluntaria a dicho régimen.

Asimismo, se podrán contratar con el IMSS seguros adicionales para cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato colectivo o contrato-ley, cuando se trate de prestaciones superiores a las establecidas en el régimen obligatorio del Seguro Social.

Finalmente, la Ley del Seguro Social establece servicios sociales de beneficio colectivo que comprenden prestaciones sociales y servicios de solidaridad social.

Las prestaciones sociales tratan de fomentar la salud, prevenir enfermedades y accidentes, y contribuir de manera general a la elevación del nivel de vida.

Los servicios de solidaridad comprenden la asistencia médica, farmacéutica e incluso hospitalaria.

V. Las crisis en los sistemas de seguridad social

La previsión social es un punto incipiente dentro del recorrido que se debe cubrir para llegar a la seguridad social. Se trata de un instrumento eficaz, pero limitado, en el afán de abolir todo tipo de necesidades sociales. La seguridad social, como ya dijimos, continúa siendo una aspiración de los pueblos.

[25] Buen Lozano, Néstor de, *op. cit.*, p. 14.

La crisis económica contemporánea, que extiende su sombra sobre todas las naciones del orbe, sin distinción alguna, afecta a todos los órdenes de la vida cotidiana; el aspecto de la seguridad social no había de ser la excepción.

> En los países en vías de desarrollo, es frecuente el desnivel en el estado de bienestar, la concentración del poder económico, la desatención de necesidades sociales; conllevando lo anterior a que vastos segmentos de la población queden al margen de los beneficios mínimos de otras sociedades.[26]

La grave escasez de recursos financieros a que se ha visto sometido el país, obliga a establecer prioridades. Así, en materia de seguridad social, en vez de aproximarnos al concepto de seguro integral que cubra lo que doctrinalmente se conoce como riesgo único, el momento actual impone destinar los recursos disponibles a satisfacer las contingencias más apremiantes, en detrimento de otras que se consideran menos importantes. Por ejemplo, hace algún tiempo el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social acordó suspender provisionalmente la contratación individual del seguro facultativo, viéndose obligada la institución a modificar su política de ampliación de la seguridad social.

La supresión del seguro voluntario fue principalmente con la finalidad de estudiar alternativas que lo hicieran realmente funcional, ya que estaba resultando un sistema poco rentable. Afortunadamente se han reabierto los periodos de inscripción a este régimen.[27]

Cuando se establecieron los seguros voluntarios se creó una infraestructura que requirió de considerable inversión; por otra parte, al seguro voluntario le fue impuesto un precio de adquisición de 21,200 pesos anuales. En el sistema de seguros facultativos establecido en enero de 1983, según la Oficina Coordinadora de Extensión del Régimen del IMSS, se habían registrado hasta el segundo semestre de 1985, únicamente 4 454 individuos a nivel nacional, lo que revela la incosteabilidad de esta figura.[28]

Por otra parte, la necesidad de aprovechar de la mejor manera posible los recursos que capta el IMSS, ha dado lugar a la reforma en

[26] Cetina Vargas, Oswaldo, *Derecho integral de seguridad social,* Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 306.

[27] Acuerdo 948/86 de Consejo Técnico del IMSS dictado en la sesión celebrada el día 26 de febrero de 1986.

[28] Peralta, Mario, "Excluyó el IMSS de su sistema, al seguro voluntario", *El Universal,* México, sábado 8 de febrero de 1986, pp. 1 y 6.

el sentido de modificar el régimen financiero de los seguros de enfermedades y maternidad, y de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, a efecto de variar el monto de las aportaciones de las partes.

Las aportaciones de los trabajadores permanecerán sin cambio alguno; el porcentaje que aportan los patrones aumentará de 5.625% a 6.3% en el seguro de enfermedades y maternidad y de 3.75% a 4.2% en el seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, y en idéntica proporción disminuirá la aportación del Estado.

En los considerandos de la iniciativa de reformas se justificó el ajuste al régimen financiero:

> Consolidado el Seguro Social, resulta aconsejable revisar su esquema financiero en un gran esfuerzo de reordenamiento de las prioridades nacionales, a fin de que sean los sectores directamente beneficiados por el sistema, los que soporten en mayor medida la erogación de los recursos indispensables para que el Instituto Mexicano del Seguro Social pueda sufragar los servicios que proporciona.

El director general del IMSS, al comparecer ante los integrantes de la Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Diputados, para explicar los alcances de las reformas, afirmó que: "con esas reformas el Estado ahorrará 31 mil millones de pesos, que permitirán destinar mayores recursos a la atención de servicios, de salud, seguridad y solidaridad social a indigentes, marginados sociales, ancianos desamparados, y otros grupos sociales no protegidos actualmente." [29]

Otro de los síntomas que pone de manifiesto las graves limitaciones de los sistemas contemporáneos de seguridad social, es el relativo a las exiguas pensiones que reciben los jubilados.

A principios de enero de 1986 el IMSS incrementó en 50% el monto de las pensiones de 750 000 pensionados; mediante este incremento las pensiones pasaron de 14,000 a 21,000 pesos mensuales.[30]

En la actualidad rigen en el país tres salarios mínimos generales distintos, siendo éstos de 61,800, 68,700 y 74,400 pesos mensuales, los cuales son reiteradamente criticados por no cumplir el mandato constitucional que señala que: "los salarios mínimos generales deberán ser

[29] Santos, Efraín, "No alterarán los servicios en el IMSS las reformas a la Ley del Seguro Social", *El Día*, México, jueves 17 de abril de 1986, p. 2.

[30] "Se inconforman jubilados con el 50% de aumento", *La Jornada*, México, viernes 24 de enero de 1986, p. 5.

suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos" (artículo 123 constitucional, apartado "A", fracción VI, segundo párrafo).

Si los salarios mínimos vigentes, como resultado de la pérdida del poder adquisitivo, resultan insuficientes para obtener los satisfactores más elementales, es fácil entender la situación por la que atraviesan los jubilados cuyo único ingreso es una pensión jubilatoria de menos de la mitad del salario mínimo.

> La situación es aún más grave para las viudas, las esposas de trabajadores jubilados muertos que sólo perciben la mitad de la pensión. Se trata de unas 400 mil mujeres condenadas a tratar de sobrevivir con 10 mil 500 pesos.[31]

En este rubro es mejor la situación de los servidores públicos federales:

> Cerca de 100,000 jubilados de cuota mínima afiliados a la FSTSE, obtuvieron un aumento mensual de 12,000 pesos con carácter retroactivo al 1º de enero, con lo cual este sector de trabajadores alcanza el salario mínimo vigente... El líder nacional de la FSTSE precisó que con este aumento, la cuota mínima para jubilados y pensionados se establece en 49,500 pesos mensuales...[32]

Si todas las prestaciones en dinero que se otorgan a través de las instituciones de seguridad social se calculan porcentualmente tomando como base el salario de los asegurados o pensionados, estas prestaciones en dinero resultan tan depauperadas como lo están los salarios en la actualidad.

Limitantes y obstáculos como los anteriores nos llevan a concluir que los sistemas contemporáneos de seguridad social se hayan en crisis, sobre todo si se considera que sólo son una etapa rumbo a la seguridad social plena.

VI. Algunas reflexiones

La idea de seguridad social no ha sido nueva, como no ha sido nue-

[31] *Ibidem.*

[32] Sánchez Márquez, Enrique, "Aumento a jubilados; alcanzan ya el salario mínimo vigente", *El Universal*, México, martes 25 de febrero de 1986, p. 19.

va ni han sido nuevos los métodos empleados para combatir la inseguridad. El problema de la inseguridad tiene sus raíces desde la misma existencia del hombre, el hombre primitivo no podía soñar en el futuro, la seguridad, para él, era desde luego la solidez de su caverna. Y era esta solidez lo que le daba el sentimiento de poder escapar temporalmente del rigor de los elementos, de la ferocidad de los animales y de la crueldad de los hombres. En todas las épocas de la humanidad ha existido esa sensación de inseguridad, las amenazas que asechan hoy al hombre civilizado son sin embargo más insidiosas, menos visibles.

> En la actualidad la mayor inseguridad es la inseguridad económica, aquella que busca proteger los medios que garanticen la subsistencia del individuo como de las personas a su cargo. El hombre moderno se encuentra más solo que nunca y siente mayor incertidumbre que la de sus antepasados, el problema económico parece ser cada vez el mayor problema de actualidad.[33]

A nuestro entender, la crisis por la que atraviesan los sistemas contemporáneos de seguridad social, no es consecuencia de una crisis jurídica, la norma no falta ni es precaria, es, en todo caso, producto de la crisis económica.

Los países de Iberoamérica, en mayor o menor grado, están resintiendo en sus economías nacionales los efectos del desorden financiero mundial. No cabe duda que somos una región pobre, pues en lo económico bien poco cuentan nuestros elevados valores nacionales.

Algunas crisis se superan con tan sólo prescindir de lo superfluo y apegándose a los sistemas de control que al efecto se establezcan; pero cuando las crisis revisten una gravedad mayor, lo anterior resulta insuficiente, quedando como único camino viable limitar o suprimir algunos satisfactores.

Surge aquí el problema político: ¿Cuál Estado se atreverá a reducir o suprimir prestaciones laborales o de seguridad social previamente conquistadas?

Los regímenes contemporáneos de seguridad social, al ver frenada su marcha hacia la seguridad social plena, por razones de índole económica, sólo pueden aspirar a no perder conquistas. Mas la terca realidad nos indica que muchas de esas conquistas son sólo hermosas estrellas imposibles de alcanzar.

Ante la crisis hay que actuar con mesura; es por esto que debemos

[33] Cetina Vargas, Oswaldo, *op. cit.*, p. 50.

pensar en un régimen de seguridad social modesto, acorde con la realidad que vivimos; no pretendamos copiar esquemas que han sido eficaces en los países industrializados.

Consideramos que la forma de conciliar la irrenunciabilidad a los logros alcanzados en materia de seguridad social y la necesidad de sustraer del mundo ficticio de los derechos plasmados y no aplicados, es protegiendo aquellas contingencias que se consideren más importantes, como pudieran ser los riesgos del trabajo y las enfermedades en general, y dejar en suspenso, sin renunciar a ella, la protección de otro tipo de contingencias, hasta en tanto sea verdaderamente viable su aplicación.

Los derechos que se habrán de dejar en suspenso, serían el sueño, la aspiración, el anhelo; una crisis no es nada en el contexto de la historia, y es seguro que vendrán tiempos en que ese sueño, esa aspiración, ese anhelo, se transformarán en sólidas realidades.

No cabe duda que hay tiempos de avanzar y tiempos de conservar; lo grave, en todo caso, sería retroceder.

Una de las contingencias que hoy día sería ilusorio pretender proteger en México, es el desempleo.

> El riesgo de desempleo, por ser de origen económico, no es fácil de predecir, por ser un fenómeno ajeno a la integridad física del trabajador, es de naturaleza más compleja en su valoración, y qué decir cuando se trata de recesiones nacionales que obedezcan a cambios tecnológicos o estructurales, que repercutan en los diferentes sectores de la producción, por buenas que sean las medidas de previsión asumidas para evitar sus consecuencias.[34]

El seguro de desempleo sería de difícil instauración en México por ser muy alto el número de personas a quienes se tendría que proteger.

De 79 millones de habitantes con los que cuenta México, 29 millones de mexicanos están en edad de trabajar productivamente; de esta cifra sólo 18 millones (un 62%) tienen empleo, 7 millones se encuentran subempleados y 4 millones en situación de desempleo abierto.

Complementariamente, sería muy difícil la integración del fondo de emergencia que se destinaría a cubrir esta contingencia. En el seguro de desempleo, los trabajadores deben aportar en un acto de solidaridad; se les pide que sacrifiquen una parte de su salario para ayudar a integrar los subsidios que se otorgarán a los trabajadores que sufran desempleo.

[34] *Idem*, p. 581.

Los ingresos tan bajos que perciben los trabajadores los pondrían ante la disyuntiva de aportar para el seguro de desempleo y así mostrar su solidaridad de clase, o no hacerlo y tratar de asegurar los satisfactores indispensables para él y su familia.

Uno de los problemas que enfrenta la seguridad social moderna —y este fenómeno se presenta en la mayoría de los países—, es la existencia de varios regímenes que hacen que los servicios se presten en forma dispersa y descordinada.

En México la seguridad social pública queda a cargo del IMSS, el ISSSTE y el ISSFAM a nivel federal, así como de algunos organismos creados para cubrir la seguridad social de los trabajadores al servicio de los gobiernos de los estados y municipios a nivel local.

Paralelamente a la dispersión del servicio de las instituciones, se presenta la diversidad legislativa y financiera del sistema, lo que origina desigualdad e injusticia.

Un sistema de seguridad social carente de cohesión genera duplicidad de funciones, con el consiguiente desperdicio de recursos. Es como lo que ocurre frecuentemente en nuestras universidades, que por falta de coordinación, dos o más instituciones destinan sus recursos a trabajos de investigación idénticos.

En estricto apego al principio de unidad de la seguridad social, debe unificarse el sistema mexicano de seguridad social estructurado en base a la política social que se haya adoptado.

Sobre este particular se ha avanzado en el renglón político; mas esa voluntad política debe trasladarse al mundo de lo real, de la vida diaria.

> La unidad debe ser no sólo en los organismos gestores, sino en las políticas financieras, en las prestaciones otorgadas, en las disposiciones legislativas y en las actividades de planeación.[35]

VII. Conclusiones

Esta es oportunidad de hablar de una de las instituciones que el pueblo de cada nación se ha dado: la seguridad social, de espíritu universal, de profunda esencia humana, con sentido de armonía y de equilibrio, con mística de justicia social.

Una de las disciplinas jurídicas más fecundas es el derecho de la seguridad social que busca poner al alcance de todos los grupos sociales, fundamentalmente de los desfavorecidos, un factor de protección.

[35] *Idem*, p. 90.

En estas reflexiones sobre la seguridad social, se aplican las ideas del maestro Jorge Carpizo, cuando se refiere al derecho social:

> ... ya no sólo persigue proteger al trabajador y al campesino en cuanto forman parte de grupos generalmente explotados, sino que extiende a proteger a toda aquella persona que labora y otorga a la sociedad una labor útil; se quiere proteger a la persona contra los azares de la existencia: enfermedades, accidentes, pérdidas del trabajo, y que al llegar a la vejez tenga asegurado el nivel de vida a que está acostumbrada.[36]

Lo anterior quiere decir que la ley pudo, con cautela y con talento, abordar el desafío que impone el sentimiento de solidaridad humana. En ningún país el legislador buscó crear un ser mimado de la fortuna. Se empeñó en garantizar los derechos derivados del esfuerzo propio, que benefician a todo aquel que trabaja y a sus derechohabientes.

Los pueblos iberoamericanos tratan sus leyes de previsión social y de seguridad social de manera libre y atrevida. Esto da como resultado que unos apenas conozcan sus formas primitivas y otros disfruten de mejores estadios de protección.

Entre nosotros, el constante desequilibrio social es reflejo del desequilibrio de las naciones. La inestabilidad parece la forma más permanente de vida actual. El ambiente económico es asfixiante; no podemos negar que esto repercute directamente en los sistemas de protección social.

En algunos países es casi un milagro mantener vivos los servicios esenciales de la seguridad social, toda vez que en la vida cotidiana las instituciones enfrentan auténticas restricciones económicas que ponen en peligro su supervivencia.

1. Podemos decir que la previsión social nace de la entraña misma del derecho del trabajo y se desarrolla paralelamente a él. En tanto que el derecho del trabajo aspira a proporcionar al hombre lo suficiente para llevar en el presente una existencia decorosa en compañía de su familia, la previsión social busca proyectar ese bienestar hacia el futuro.

2. En México, el régimen de previsión social comprende únicamente a los trabajadores asalariados. La seguridad social constituye un estadio superior al de la previsión social. La transición entre previsión social y seguridad social se refleja, a decir del maestro Russo-

[36] Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, p. 266.

mano, en el mayor número de riesgos cubiertos, en la mejoría de los beneficios otorgados, en la extensión de esas prestaciones a la generalidad del pueblo y en la tendencia a transferir al Estado la responsabilidad global del costo de los programas.[37]

3. México cuenta hoy día con un incipiente régimen de seguridad social, cuyo avance rumbo a la seguridad social plena, como máxima aspiración, ha sido frenada bruscamente por la difícil situación económica por la que atraviesa el país. La seguridad social se asemeja a un árbol frondoso en plena juventud, de cuyo tronco brotarán muchas ramas nuevas.

4. Entendemos por seguridad social al conjunto de normas jurídicas mediante las cuales se garantiza al hombre su bienestar material y espiritual, presente y futuro, que le permite su desarrollo físico e intelectual, en un marco de libertad y dignidad. La seguridad social constituye el camino más certero y eficaz para transformar día con día la democracia formal en democracia real. Por medio de la seguridad social se logrará que ningún hombre sea tan poderoso para oprimir a otro o tan débil que se vea obligado a dejarse oprimir.

5. Los orígenes de la seguridad social se pierden en el tobogán de la historia. Las formas de seguridad social, desde la más elemental hasta la más compleja, han estado presentes desde siempre; esto se explica si consideramos que el fundamento común de todas ellas es la propia naturaleza humana, en virtud de la cual el hombre no puede ser insensible al dolor de sus semejantes.

6. Las características de los sistemas de seguridad social son: sólo pueden hacerse efectivos a través de un órgano público o social; se financian tripartitamente con aportaciones de trabajadores, patrones y Estado; sus normas son obligatorias, esta imperatividad es necesaria para garantizar que sea un sistema rentable; el fondo que se crea es de naturaleza social, por tanto, ni los patrones, ni el Estado, ni los trabajadores, pueden disponer de las cantidades aportadas; los trabajadores no pueden disponer de los recursos acumulados ni aun en el caso de que no hayan utilizado ninguno de los seguros.

7. La seguridad social, a nivel federal, está a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), que protege a los trabajadores en general; del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), que se aplica a los servidores públicos federales y a los servidores de aquellos organismos públicos que

[37] Russomano, Mozart Victor, *op. cit.*, p. 13.

por ley o por decreto del Ejecutivo sean incorporados a su régimen, y del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), que funciona en el medio castrense. Los servicios médicos de estas tres instituciones están coordinados por la Secretaría de Salud, como rectora en esta materia.

A nivel local, los trabajadores al servicio de los gobiernos estatales y municipales y demás organismos públicos de dichos niveles gubernamentales, reciben los beneficios de la seguridad social del organismo creado *ex profeso* por el Congreso estatal, o bien de alguna otra institución con la que se celebre convenio de subrogación de obligaciones.

8. El más importante instrumento para la prestación de la seguridad social es el IMSS. Para diciembre de 1985 la población total protegida por dicha institución fue de 31,573,634 derechohabientes.

9. El Instituto Mexicano del Seguro Social tiene dos regímenes: el obligatorio y el voluntario. El régimen obligatorio comprende los seguros de riesgos de trabajo; enfermedades y maternidad; invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, y guarderías para hijos de asegurados. El régimen voluntario lo integran los seguros facultativos y los seguros adicionales. La Ley del Seguro Social también establece servicios que comprenden prestaciones sociales (fomento de la salud, prevención de enfermedades y elevación del nivel de vida), y servicios de solidaridad (asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria).

10. La grave escasez de recursos financieros a que se ha visto sometido el país obliga a establecer prioridades. En materia de seguridad social, en vez de aproximarnos a la seguridad social integral que cubra lo que doctrinalmente se conoce como riesgo único, el momento actual impone destinar los recursos disponibles a satisfacer las contingencias más apremiantes en detrimento de otras que se catalogan como menos urgentes.

La necesidad de optimizar los recursos que capta el IMSS dio lugar a la suspensión de los beneficios del régimen voluntario del seguro social, argumentando la incosteabilidad del mismo. Afortunadamente se han reabierto las inscripciones a este régimen dentro de las limitaciones económicas del IMSS. Vivimos tiempos de hacer más y mejor con menos.

Otro ejemplo evidente de los ajustes a que obliga la contracción económica, lo constituye el hecho de que el 2 de mayo de 1986 se modificó el régimen financiero de los seguros de enfermedades y mater-

nidad, así como los de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, a efecto de variar el monto de las aportaciones de las partes.

Las cuotas de los trabajadores permanecerán sin cambio alguno; el porcentaje que aportan los patrones aumentará de 5.6% a 6.3% en el seguro de enfermedades y maternidad, y de 3.7% a 4.2% en el seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte; en idéntica proporción disminuirá la aportación del Estado. Esto es, la aportación del Estado que era del 20% de la que correspondía a los patrones, se reducirá al 7.14%; la cantidad que deje de aportar el Estado, la cubrirán los patrones.

11. Otra manifestación de las graves limitaciones de los sistemas contemporáneos de seguridad social son las bajas pensiones que reciben los jubilados. Tomando en consideración el aumento del 50% concedido en enero de 1986 a los pensionados del IMSS, reciben 21,000 pesos mensuales; esto significa un ingreso significativamente menor que el salario mínimo vigente. Las viudas de los pensionados apenas reciben la mitad de aquella cantidad, es decir 10,500 pesos mensuales.

12. Las prestaciones en dinero que se otorgan a través de las instituciones de seguridad social se calculan porcentualmente tomando como base el salario de los asegurados o pensionados; por tanto, estas prestaciones en dinero resultan tan depauperadas como lo están los salarios en la actualidad.

13. Los sistemas contemporáneos de seguridad social están en crisis, pero no como consecuencia de una crisis jurídica; la norma no falta ni es precaria; en todo caso, las limitaciones y retrocesos de los sistemas de la seguridad social son repercusiones de la crisis económica. También se trata de un problema político: ¿En nuestra realidad iberoamericana qué Estado se atrevería a suprimir prestaciones laborales o de seguridad social conquistadas, para hacer frente a la crisis?

14. La seguridad social moderna frente a la situación económica actual ha de plantearse en términos modestos, es decir, debe aspirar a no perder conquistas; pero, por otro lado, está la terca realidad que nos indica que muchas de esas conquistas sólo están en el papel, son estrellas que por el momento es imposible alcanzar.

La forma de conciliar la irrenunciabilidad de las conquistas alcanzadas en materia de seguridad social y la necesidad de sustraernos del mundo ficticio de los derechos plasmados y no aplicados, es protegiendo las contingencias más importantes, como pudieran ser los riesgos de trabajo y las enfermedades en general, y dejar en suspenso, sin renunciar a ella, la protección de otro tipo de eventualidades hasta

en tanto sea factible su aplicación. Hay tiempo de avanzar y tiempos de conservar; lo grave, en todo caso, sería cancelar los proyectos de seguridad social.

15. Es difícil establecer en México el seguro de desempleo; sería muy alto el número de personas a quienes se tendría que proteger. De 29 millones de mexicanos en edad de trabajar, hay 7 millones de subempleados y 4 millones de desempleados. Es decir, el peso de 79 millones de habitantes, recae en las espaldas de sólo 18 millones de hombres y mujeres que tienen empleo. Por otro lado, está la difícil integración del fondo de emergencia que se destinaría a cubrir esta contingencia; el trabajador que mostrara su solidaridad de clase con aportaciones al fondo pondría en peligro la subsistencia de su familia y la suya propia.

16. En México, el régimen de seguridad social está disgregado IMSS, ISSSTE, ISSFAM, etcétera). Se duplican funciones, se multiplica y se obstaculiza el propio aparato burocrático, hay derroche de recursos y se trata con discriminación a los beneficiarios. Es laudable el esfuerzo por coordinar este sector. Sin embargo, los resultados todavía no se hacen sentir; de ahí que sea inaplazable la unificación del sistema mexicano de seguridad social. La protección a todo el pueblo debe aproximarnos a la realización de la justicia social, fundamento de la paz.

En esta reseña sumaria de la seguridad social actual puede advertirse que preservar este bien constituye un reto, un alto compromiso nacional. En esta hora grave, hemos de abandonar el fatalismo paralizante, la falta de esmero, la manía imprevisora, la esperanza del fruto fácil y fugaz.

La conciencia advierte: no lacerar la dignidad del hombre, ampliar el horizonte, proclamar una vez más los vínculos irrenunciables del trabajo con la patria.

Estos signos pasan inadvertidos para los hombres de imaginación adormecida, para quienes todo pasa y todo puede pesar sobre los hombros de los trabajadores.

Los gobernantes y los patrones han de tener presente el esfuerzo de los trabajadores; éstos cimentan la personalidad del ciudadano que va a crear las condiciones para superar las circunstancias económicas que nos agobian. Hay que preservar los valores del trabajo y de la seguridad social, aun en medio de la crisis.

Vivimos tiempos difíciles, pero mantenemos y podemos incrementar la capacidad de hacer; sabemos qué queremos, a dónde queremos ir

y por dónde debemos ir. Tiempos de crisis son tiempos de mutaciones, de cambios y por supuesto momentos de decisión. Es importante que los problemas de coyuntura no nos hagan olvidar las soluciones de estructura; en la estructura radica la clave de nuestro devenir. Es importante que lo circunstancial no nos haga perder de vista lo sustancial y permanente. Una mejor edad no está atrás de nosotros, está adelante.[38]

[38] Reyes Heroles, Jesús, *Educar para construir una sociedad mejor,* México, v. II, Secretaría de Educación Pública, 1985, pp. 14 y 46.

LOS PACTOS INTERNACIONALES Y LAS MODERNAS TENDENCIAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Díaz Müller

Sumario: I. *Los derechos individuales.* II. *Las empresas transnacionales.* III. *Los derechos sociales.* IV. *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos sociales.* V. *Las Naciones Unidas y los derechos sociales.* VI. *Los derechos de solidaridad.* VII. *El nuevo orden internacional.* VIII. *El derecho a la paz.* IX. *El derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.* X. *Problemas actuales en el estudio de los derechos humanos.* XI. *Conclusiones.*

I. Los derechos individuales

Los derechos individuales o derechos de libertad son derechos propios del liberalismo. Consagran la autonomía de la voluntad *(v.gr.,* Código de Napoleón), las posibilidades de participación política del individuo, y la defensa de las libertades del individuo frente a la acción del Estado,[1] como producto de las ideas de la revolución francesa.

La distinción por el *objeto* o *contenido* de los derechos protegidos distingue entre derechos individuales, colectivos y de solidaridad (tercera generación). En esta razón, es que la Convención Americana habla en su capítulo segundo de "derechos civiles y políticos", y, en el tercero, de "derechos económicos, sociales y culturales".

En este mismo sentido, se pronuncian los recientes textos internacionales sobre la materia. Es el caso del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (diciembre de 1966).

En el plano regional, esta distinción es clara en la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre, y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), y en la Carta Social Europea (Turín, 1961). El tratamiento europeo-occidental de los derechos

[1] *Cfr.,* Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos,* Barcelona, vol. I, Ediciones SERBAL, UNESCO, 1984.

humanos, dentro de la Comunidad Económica Europea o Comunidad de los 9 (habría que considerar el ingreso de España y Portugal), considera el siguiente esquema institucional: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Comité de Ministros, la Corte Europea de Derechos Humanos y el secretario general del Consejo de Europa.[2]

En el nivel interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José" (1969), vigente desde 1978, distingue entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos civiles y políticos (artículos 4 a 25) contenidos en la Convención Americana son bastante similares a los señalados en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobados por Naciones Unidas.

En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales, están reglamentados en un solo artículo de la Convención remitiéndose a la Carta de la OEA (artículos 29 a 50, que comprende las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura), especialmente desde las reformas de 1967 o "Protocolo de Buenos Aires". Con ello queremos señalar que los derechos socioeconómicos están escasamente destacados en el esquema interamericano, sobre todo por el carácter confuso y ambiguo de sus disposiciones, como lo observaremos más adelante.

Los derechos civiles y políticos salvaguardados por la Convención Americana o "Pacto de San José" se inscriben claramente dentro del catastro de derechos del Pacto de Naciones Unidas y la Convención Europea, si bien el catálogo de derechos contemplados en la Convención Americana es más extenso que la Convención Europea.[3]

Los derechos civiles se refieren al hombre como sujeto de derechos respecto de su vida, libertad, igualdad y seguridad. Son los derechos clásicos del liberalismo del siglo de las luces. Los derechos políticos, como es el caso del derecho a sufragio, la libertad de imprenta, reunión y expresión, son los derechos propios de una sociedad de participación o democrática.

En otras palabras: "los derechos civiles tienden a proteger la existencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física y moral del ser humano." [4] Se podría evitar esta conceptualiza-

[2] Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953. Grecia denunció la Convención el 12 de diciembre de 1969.

[3] *Cfr.* Buergenthal, Thomas, *The Inter-American Court of Human Rights, its Jurisdiction and Functions*, México, curso UNESCO-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, agosto de 1981, p. 4.

[4] Rodríguez y Rodríguez, Jesús, "Derechos humanos", en *Introducción al derecho*

ción señalando que identifica derechos civiles y políticos. Con todo, queda claro que estos derechos pertenecen al individuo, como sujeto de las libertades.

La Convención Americana establece *tres libertades*: libertad de conciencia y religión (artículo 12), libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y libertad de asociación (artículo 16); *tres derechos políticos fundamentales*: derecho a la participación y representación política, derecho al sufragio y a elecciones periódicas y libres, y derecho a las funciones públicas (artículo 23, fracción 1, *a)*, *b)* y *c)*).

Por último, establece *catorce derechos, prohibiciones o protecciones* de diversa naturaleza: derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6), derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a la justicia (a un juicio justo, independiente, por tribunal congruente y establecido con anterioridad) (artículo 8), principio de legalidad y de irretroactividad (artículo 9), derecho a indemnización (artículo 10), protección de la honra y de la dignidad (artículo 11), derecho de rectificación o respuesta (artículo 14), derecho de reunión (artículo 15), derecho al nombre (artículo 18), derechos del niño (artículo 19), derecho a la nacionalidad (artículo 20), derecho a la propiedad privada (artículo 21), derecho de vinculación y de residencia (incluye el derecho de asilo, artículo 22).

Las libertades protegidas corresponden al área de las denominadas *"libertades de conciencia"*, esto es, aquellas que defienden el conjunto de creencias (aquí entraría la ideología) del individuo como ser pensante.[5]

Los tres derechos políticos fundamentales (artículo 23) se refieren a la participación y elección en una sociedad democrática. Llama la atención que el Pacto de San José se refiera, reiteradamente, a los derechos humanos en la democracia. Una explicación podría ser que a la fecha de aprobación y ratificación de la Convención Americana (1969 y 1978, respectivamente) existían un número ilimitado de dictaduras militares en la región.

El desarrollo progresivo de lo que denominamos la *"fase de institu-*

mexicano, México, UNAM, 1981. El ser humano es el bien protegido. Persona es todo ser humano, según declaración del Comité Internacional de Jurisconsultos. En relación con el derecho a acceder a la vida y el derecho a conservar la vida, véase, Gobry, Juan, "Le Droit de Naitre", *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, vol. III, UNAM, 1981, p. 143.

[5] *Vid*, sobre este punto, Castán Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, Madrid, Editorial Reus, 1976.

cionalización del derecho internacional de los derechos humanos en la región", entre 1948-1969, nos permite señalar una tendencia general a la legitimación de este sistema de derechos.

Por último, existe un cúmulo de derechos, prohibiciones y protecciones del individuo que pueden ubicarse en el área de los derechos y libertades individuales. Es el caso del derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, a la justicia, protección de la honra, derecho a la nacionalidad, circulación y residencia. Los derechos del niño corresponden a una evolución importante dentro de la propia Declaración de 1969.

La Convención Americana no trata los derechos de solidaridad o derechos de la tercera generación: al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, al nuevo orden internacional. De tal suerte que este reconocimiento de los derechos de la niñez constituye una declaración pionera, que ni siquiera ha sido considerada en los textos constitucionales de nuestros países.

La Convención de 1969 reconoce el derecho a la propiedad privada. "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" (artículo 21, fracción 1), con la limitación del interés social. En este caso, se introduce el concepto de interés social de la propiedad, a partir del reconocimiento de la propiedad privada. Tanto la Constitución de Weimar (1919), la Constitución mexicana de Querétaro (1917), como las demás constituciones elaboradas después de la Primera Guerra Mundial (Polonia, Rumania, Checoslovaquia, etcétera), introdujeron los derechos sociales y, en especial, el derecho de propiedad función-social.[6] Las constituciones europeo-occidentales posteriores a 1945, como la Constitución francesa de 1946 y la de Italia (1947), incorporaron el concepto de propiedad-función social a sus textos, y, posteriormente, fue recogido por las constituciones latinoamericanas.[7]

Como corolario se establece: "2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley" (artículo 21, fracción 2).

El derecho a la *indemnización*[8] ha sido motivo de constante contro-

[6] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, *La propiedad en la Ley de Reforma Agraria de Chile*, Santiago, Chile, Editorial Andrés Bello, 1972. Por *derechos sociales*, debemos entender las prestaciones (obligación de dar) del Estado en favor del individuo.

[7] *Vid*, por ejemplo, Constitución de Querétaro (1917), Constitución de Weimar (1919).

[8] *Cfr.*, Friedmann, W., *Law in a changing society*, Columbia University Press,

versia en el derecho internacional. Se trata de un *"derecho patrimonial"* (en nuestra opinión), puesto que no podría hablarse de un derecho a indemnizar el daño moral, por ejemplo. Aparece claro que el derecho protegido son los bienes de un individuo.

Las excepciones al principio de propiedad privada son: las causas de *"utilidad pública"* o el *interés social*. Por *utilidad pública*, concepto más amplio que la utilidad del Estado, debe entenderse al derecho del Estado o de particulares a solicitar la expropiación de un bien, para beneficio de la comunidad, lo que habitualmente se hace mediante un acto administrativo conforme a la ley nacional.

El *interés social* es un concepto de mayor alcance. Éste podría ser el caso de una expropiación de una empresa extranjera (nacionalización), sin descartar las razones de utilidad pública que un Estado puede invocar para proceder el acto expropiatorio. La política económica de un gobierno pudiera requerir en situaciones determinadas del control y propiedad de ciertos bienes estratégicos para el desarrollo del país. En este caso, creemos, puede invocarse la noción de interés social, como expresión de los intereses globales de una nación: v. gr., la doctrina del acto de Estado.

En suma, los derechos civiles y políticos son derechos al goce y disfrute de los demás derechos. La dignidad del hombre es la idea-fuerza de este primer sistema de derechos. Con ellos, se afirman los valores superiores de la vida humana y se pretende un alcance universal.[9] Estos derechos son atributos de la persona humana. Como señala el último considerando de la Convención Americana:

> Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin dejar de reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más.[10]

1972. Part two: "Social Change and Legal Institutions", cap. III: "Changing concepts of Property", pp. 91-117.

[9] *Cfr.*, Toth, Janos, "Les droits de l'homme et la theorie du droit", en, *Methodologie des droits de l'homme, op. cit.*, p. 77.

[10] *Vid.*, también, uno de los Considerandos del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR, Río de Janeiro, 1947) expresa en este sentido: "La paz se funda en la justicia y en el orden moral, y, por tanto en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana." Véase, Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La "Declaración de Caracas", formulada con motivo de la décima Conferencia Internacional Americana (1945), realizó algunos aportes para la construcción del sistema interamericano de derechos humanos. La Conferencia expresó:

> La convicción de los estados americanos de que uno de los medios más eficaces para restablecer sus instituciones democráticas consiste en fortalecer el respeto a los derechos individuales y sociales del hombre sin discriminación alguna, y en mantener y estimular una efectiva política de bienestar económico y justicia social destinados a elevar el nivel de vida de sus pueblos.

Lamentablemente, la crisis general del sistema político interamericano (OEA, v. gr.) repercute en el sistema de derechos humanos. La falsedad de la igualdad de intereses entre ambos polos del poder en el continente, los Estados Unidos y América Latina, repercute en la eficacia del sistema de derechos humanos, entre otras razones, porque el respeto a los derechos fundamentales permite medir el grado de democracia de un país; además, la política exterior estadounidense, con pretensiones claramente hegemónicas, significa un atentado al modelo democrático y al respeto de los derechos y libertades contemplados en el propio sistema interamericano.[11]

En el sistema de Naciones Unidas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se pone especial énfasis en el *principio de autodeterminación* (artículo 1, fracción 1),[12] y en el *derecho de los pueblos a disponer libremente* de sus riquezas y recursos naturales. En general, el Pacto de 1966 sigue los lineamientos de la Declaración Universal y establece los derechos y libertades clásicas.

La Convención Americana es más prolija y detallada en materia de derechos civiles y políticos. Reitera los derechos del Pacto de Naciones Unidas; pero, además, establece su apoyo al sistema democrático, y tipifica claramente los derechos políticos (participación, elecciones y acceso a las funciones públicas).

(CIDH), *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos*. Washington D.C., 1980, p. 9.

[11] *Cfr.*, Gudger, William M., "La política exterior de los Estados Unidos y los derechos humanos en América Latina", en *Estudio científico de la realidad internacional*, México, UNAM, 1981, pp. 199 y ss.

[12] *Vid., cfr.*, Gros Espiell, Héctor, "El derecho a la libre determinación de los pueblos y la soberanía permanente sobre los recursos naturales", en Gómez-Robledo, A. (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, 1980.

En este marco explicativo es que debemos estudiar la relación entre derechos del hombre (civiles y políticos, en este caso) y conglomerados transnacionales.

Es que, como escribíamos, el respeto a los derechos humanos es el aval de la democracia. No podría pensarse en un sistema democrático sin la protección y promoción de los derechos y libertades enumeradas en los 82 artículos de la Convención Americana de 1969.

II. Las empresas transnacionales

El modelo transnacional de desarrollo, atenta estructuralmente contra los derechos del hombre.

Avanzando una hipótesis de trabajo, podríamos decir que, en principio, el conglomerado transnacional requiere de sistemas políticos abiertos y de grados variables de autoritarismo para desarrollar sus actividades en América Latina.

No podría pensarse en un sistema político democrático y nacionalista que abriera las puertas al capital extranjero, vía transnacionales, sin entrar en conflicto con un esquema nacional de desarrollo,[13] si bien es cierto es posible aceptar la inversión extranjera bajo determinadas condiciones.

Es más, la implantación del modelo transnacional ha significado la aparición de regímenes militares en muchos países subdesarrollados. No queremos decir, con esto, que el modelo transnacional requiera como condición indispensable la instalación de militares de signo conservador en el poder, sino que este modelo, por los efectos económicos, sociales, políticos y culturales que acarrea, tiende a desarrollarse y a expedirse en el marco de sistemas políticos abiertos. En otras palabras, existe una tendencia real y práctica entre gobiernos militares con la instalación de conglomerados transnacionales.

El golpe militar de marzo de 1964 en Brasil implantó un modelo capitalista-transnacional basado en la unión entre el Estado brasileño y los conglomerados, que permitió un acelerado proceso de industrialización extranjerizante, y la exaltación de un "milagro" que se debatió en medio de la exclusión de las mayorías y el endeudamiento externo. Los casos de Argentina (1976-1983); Uruguay (1973-1985); Chile (1973-?); Perú, con diferentes matices, dan cuenta de esta tendencia de los

[13] *Cfr.*, Casesse, Antonio, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos* (ponencia), México, 1982; Díaz Müller, Luis, *The Transnational "crime" and the human rights*, New York, Columbia, 1985.

militares a servir de aliados a la inversión extranjera protagonizada por las transnacionales.

Pero, no se requiere, necesariamente, de gobiernos militares.[14] La construcción teórica y práctica de la *doctrina de seguridad nacional* va a explicar esta nueva función del Estado (más allá de los militares), como agente mediador de este nuevo esquema de dominación.

Económicamente, se trata de un proceso de expansión del capital transnacional, acompañado de una fuerte tendencia a la monopolización, que persigue la elevación de la ganancia mediante un fuerte apoyo tecnológico, empresarial y político. Para esto se requiere terminar con el nacionalismo expresado y condensado en el Estado. El control del Estado se convierte en la primera meta para conseguir el aumento de la ganancia y la reorientación abierta de la política económica doméstica. La empresa transnacional tiende a cubrir globalmente los márgenes de los mercados nacionales. El mercado se convierte en el agente político principal, el decisivo por excelencia, en su control es donde la empresa tratará de concentrar su actividad, y cambiar el rumbo del Estado nacional.

Controlar el Estado y, por tanto, controlar al mercado. Los mecanismos utilizados son diversos: sustituir las variables del mercado, (provisión intra-empresa de insumos y bienes finales), control de los precios (acuerdo entre empresas), comportamiento de liderazgo (la empresa-líder en su ramo "fija" unilateralmente el precio), alternancia en el cambio de precios entre distintas empresas,[15] todo esto envuelto bajo el término de *"programación"*.

Como escribe John Kenneth Galbraith, en *El nuevo Estado industrial*: "Una firma no puede prever útilmente ni decidir las acciones futuras o prepararse para contingencias, si no sabe cuales serán sus precios y sus ventas, cuales serán sus costos, incluyendo el trabajo, y el capital que estará disponible a ese costo. Si el mercado es imprevisible no podrá conocer ninguna de esas cosas." [16] El propósito de influir en el mercado consiste, en definitiva, en sustituirlo por un nuevo mecanismo monopólico de asignación de recursos.

El fenómeno de la programación es característico del periodo de pos-

[14] *Cfr.*, IPRA Studies in Peace Research (IPRA), *Peace Development, and New International Eonomic Order* (Luis Herrera y Ramiro Vayrynen, comps.), Finland, 1979.

[15] *Cfr.*, Baran, Paul, y Paul Sweezy, *El capital monopolista*, México, Edit. Siglo XXI, 1968.

[16] *Cfr.*, Galbraith, John K., *El nuevo Estado industrial*, Barcelona, Editorial Tecnos, 1972.

guerra. La idea central consiste en crear un mecanismo de coordinación correspondiente con el nuevo ordenamiento mundial (Carta de la ONU, Acuerdos de Bretton-Woods, etcétera), la internacionalización del capital y la transnacionalización de la economía y la política por el dominio de los mercados nacionales.

Estamos en presencia de la *"internacionalización corporativa"*. Escribe C. Vaitsos:

> En el periodo de posguerra un fenómeno de trascendental importancia relativa a la composición y funcionamiento de las transacciones económicas, y que envuelve a partes de varias economías nacionales, ha escapado al grueso de la teoría económica e incluso a varios de sus críticos. Una parte significativa de las relaciones de producción e intercambio no pueden ya entender o explicar las fuerzas económicas que las sustentan sobre una base internacional o interregional. En su lugar, el marco de análisis apropiado parece ser más bien el de internacionalización corporativa.[17]

El control del mercado y la producción ha ido extendiéndose a la banca y las finanzas. El capital financiero pasa a ser el principal agente de la internacionalización de la producción y del capital dentro de una nueva fase de acumulación mundial. La banca transnacional se expande por el mundo y crea nuevos (y más eficaces) sistemas de dominación económica y política.[18]

El proyecto transnacional, para el caso latinoamericano, se conecta con la política exterior estadounidense y con la propia naturaleza del Estado. Con la administración Carter se concierta el proyecto de la Comisión Trilateral (1973), tendente a armonizar las políticas económicas y la administración de la crisis del mundo capitalista entorno a los Estados Unidos, Europa occidental y Japón. La administración Reagan descarta la política de distensión de su predecesora y se embarca en la cruzada este-oeste, con un fuerte apoyo asistencial a los regímenes militares en la región.[19]

[17] *Cfr.*, Vaitsos, Constantino, "The visible hand in world and trade: corporate integration", Institute of development studies, SUSSEX University, 1979, en CEESTEM, *Las empresas transnacionales y la economía mundial*, México, 1980, pp. 57-58.

[18] *Cfr.*, Lichtensztejn, Samuel, "Notas sobre el capital financiero en América Latina. Economía de América Latina", núm. 4, 1980. Xavier Gorostiaga, *Los centros financieros en los países subdesarrollados*, ILET, México, 1978.

[19] *Vid.*, Díaz Müller, Luis, "Estados Unidos y América del Sur: el conflicto por las islas Malvinas", *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, FCE, 1986.

Escribir sobre un modelo, coherente y armónico del desarrollo transnacional, puede resultar excesivo; pero, es cierto que muchos de los países latinoamericanos han adoptado numerosas características de este tipo: instalación de conglomerados en sectores dinámicos (automotriz, tecnología de bienes de capital, manufactura), adopción de políticas económicas neoconservadoras (restricción del gasto público, orientación al consumo, economías destinadas a la exportación). Este es el ejemplo de la denominada "sudamericanización" de nuestras economías, como es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, en que el modelo guarda estrecha correspondencia con la instalación del Estado de seguridad nacional, y el derrumbe del Estado de bienestar.[20]

El esquema de desarrollo transnacional trae consigo un creciente grado de autoritarismo del régimen político. De esta manera, la relación entre transnacionales y derechos humanos se da una doble vertiente: por los efectos excluyentes de las políticas económicas y por el carácter represivo del Estado.

La política económica transnacional acarrea numerosas secuelas que afectan los derechos del hombre: aumento del analfabetismo, del desempleo, de los índices de mortalidad, disminución de la capacidad de consumo.

En definitiva, el modelo transnacional significa una concepción de la vida basada en la competencia, el egoísmo, la utilidad y el consumo superfluo.[21]

III. Los derechos sociales

Los derechos socioeconómicos son aquellos que protegen a la persona humana en sus condiciones de vida y trabajo. Más precisamente, son aquellos que rigen las relaciones entre patrones y trabajadores. Son, por lo tanto, derechos colectivos; pertenecen al individuo en tanto forma parte de un grupo social en relación con la producción de bienes y

[20] *Cfr.*, Diaz Müller, Luis, *La Comisión Trilateral y la democracia en América*, Universidad de Panamá, 1979.

[21] Un Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (37º periodo de sesiones) señala: "Se ha expresado especial preocupación por lo que aparece como un apoyo enérgico y duradero por parte de algunas empresas transnacionales a ciertos regímenes culpables de graves violaciones de los derechos humanos. Esta preocupación ha sido formulada por las Naciones Unidas, en especial en el caso de África meridional de ciertos territorios coloniales y de Chile." Véase, *Las dimensiones regionales del derecho al desarrollo como derecho humano*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 37º periodo de sesiones, noviembre de 1980, p. 37.

servicios. En el caso del derecho al trabajo, derecho de sindicalización, derecho a la seguridad social, a la alimentación, vivienda y salud, derecho a la educación, derecho a la información, y el derecho a la cultura y a la ciencia. Éstos son los derechos generados a partir de la ruptura histórica provocada por la Primera Guerra Mundial. En efecto, los derechos socioeconómicos surgen con posterioridad a 1914, como es el caso de la Constitución mexicana de Querétaro (5 de febrero de 1971), y la Constitución alemana de Weimar de diciembre de 1919.

Los derechos, que globalmente denominamos socioeconómicos, representan una relación entre el individuo, ahora como ser social, y el Estado; constituyen la defensa y protección de los trabajadores frente a la creciente participación del Estado en la vida económica.

Estos derechos generaron, a través de su evolución histórica, una nueva clase de derechos socioeconómicos, propios de la época actual, y que tienen relación con las condiciones de vida: derecho al consumo, a la organización corporativa, a la vivienda, a la participación y capacitación. Estos "nuevos" derechos socioeconómicos reclaman del Estado y de los patrones una justa y humana calidad de la vida.[22]

Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina han adquirido un perfil distinto que en Europa. En primer lugar, porque el proceso de industrialización adquirió un fuerte contenido extranjerizante; además, porque se inició a la luz de una intervención del Estado que provocó el denominado *intercambio desigual:* materias primas por bienes manufacturados. En segundo lugar, por la evolución cultural y económica de nuestras sociedades. Se trata de naciones subdesarrolladas y dependientes en que la hegemonía de los centros industriales se ha manifestado en una subordinación global (económica, tecnológica, política). Por último, se trata de una región en que la abundancia de regímenes militares [23] difícilmente permite reclamar por la violación de estos derechos.

Los derechos de la segunda generación o socioeconómicos están contemplados en el capítulo III, artículo 26, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969), y en la Carta de Organización de Estados Americanos (artículos 29 a 50).

[22] El derecho al desarrollo, si bien estrechamente relacionado con la calidad de la vida, se considera como parte de los derechos de solidaridad o derechos a tercera generación. Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y los derechos humanos,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.

[23] *Cfr.,* Díaz Müller, Luis, *Estado y desarrollo en América Latina,* México, UNAM, 1986 (en prensa).

El artículo 26 de la Convención expresa:

> Artículo 26. *Desarrollo Progresivo.*
> Los Estados Partes se comprometen a tomar providencias, tanto a nivel interno o mediante la cooperación internacional especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por la legislación u otros medios apropiados.

La Convención Americana no enumera esta segunda categoría de derechos, y encomienda su protección a la Carta de la OEA. Por su parte, los artículos 29 a 50 de ésta, se refieren separadamente a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Las normas económicas se refieren, principalmente, al desarrollo y a la cooperación interamericana. A su vez, el artículo 31 de la Carta plantea una serie de metas destinadas a lograr la modernización regional, al mismo tiempo que incorpora los *derechos sociales básicos:*

- incremento del producto nacional *per cápita;*
- distribución equitativa del ingreso;
- sistemas impositivos adecuados y equitativos;
- modernización de la vida rural y regímenes equitativos de tenencia de la tierra;
- industrialización acelerada y diversificada;
- estabilidad del nivel de precios internos;
- salarios justos;
- erradicación del analfabetismo y ampliación de oportunidades de educación;
- extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;
- nutrición adecuada;
- vivienda adecuada;
- condiciones urbanas;
- promoción y armonía entre el sector privado y el sector público, y diversificación de exportaciones.

Llama la atención el apoyo otorgado por la Carta de la OEA a lo que habitualmente se denomina *régimen de economía mixta.* Es

más, si se analiza la enumeración de las normas económicas, observaremos que el artículo 34 de la Carta es abiertamente contrario al modelo transnacional: "Los Estados miembros deben hacer todo esfuerzo para citar políticas, acciones o medidas que tengan serios efectos adversos sobre el desarrollo económico o social de otro Estado miembro."

El artículo 35 introduce el concepto de *solidaridad colectiva*. La noción de autodesarrollo o *self-reliance*, discutido hoy en día, en términos de la cooperación para el desarrollo, es incipientemente planteada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967:

> Los Estados miembros convienen en buscar, colectivamente, solución a los problemas urgentes o graves que pudieren presentarse cuando el desarrollo o estabilidad económicos, de cualquier Estado miembro, se vieren seriamente afectados por situaciones que no pudieren ser resueltas por el esfuerzo de dicho Estado.

En otras palabras, hay una opción por la solidaridad y cooperación colectivas. Desafortunadamente, con la excepción de los procesos de integración y la puesta en marcha del Sistema Económico Latinoamericano (SELA), no existen mayores avances en el nivel de la cooperación intralatinoamericana, como se observará más adelante.[24]

El artículo 36 se refiere a los beneficios e intercambios de la ciencia y tecnología. "Los Estados Miembros difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y tecnología, promoviendo de acuerdo con los métodos rigentes y las leyes nacionales, el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos." Los avances en esta materia son escasos: el área científico-tecnológica representa una de las zonas económicas de mayor vulnerabilidad de las economías latinoamericanas.

Habitualmente, las economías utilizan tecnología atrasada u obsoleta, que sólo sirve a los fines de las empresas transnacionales. Esto provoca la creación de un mercado cautivo, amén del pago de licencias, patentes y marcas, que aumenta la deuda externa e imposibilita la construcción de un modelo de desarrollo autónomo:

> A nivel de la tecnología, la dependencia de los países del Tercer Mundo frente al centro desarrollado es más evidente. La "inversión tecnológica" de las Empresas Transnacionales, constituye

[24] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, "El SELA, más que una utopia", *Le Monde Diplomatique 1983*, en español, abril de 1983, sección latinoamericana.

> una verdadera inversión cuya rentabilidad debe ser asegurada. Las transferencias de tecnología condicionadas, las enormes cantidades de dinero que esas transferencias procuran a las empresas, configuran uno de los pilares de la actual división internacional del trabajo.[25]

El artículo 37 de la Carta de la OEA establece una serie de metas: reducción o eliminación de barreras arancelarias, mejores condiciones para el comercio de productos básicos, cooperación internacional en el campo financiero y diversificación de exportaciones, a partir del reconocimiento de la estrecha interdependencia entre el comercio exterior y el desarrollo económico y social.

El artículo 38 incorpora el principio de la *cláusula de la nación más favorecida*.

> Los Estados Miembros reafirman el principio de que los países de mayor desarrollo económico, que en acuerdos internacionales de comercio efectúan concesiones a beneficio de los países de menor desarrollo económico en materia de reducción y eliminación de tarifas y otras barreras al comercio exterior, no deben solicitar esos países concesiones recíprocas que sean incompatibles en su desarrollo económico y sus necesidades financieras y comerciales.

Los Estados miembros (artículo 39), con el objeto de acelerar el desarrollo económico, la integridad regional y las condiciones de comercio, promoverán la modernización y la coordinación del transporte y las comunicaciones.

Los artículos 40, 41 y 42 se refieren, por su parte, a la aceleración del proceso de integración económica regional con miras a crear un mercado común latinoamericano. La experiencia integracionista,[26] desde la ALALC hasta nuestros días, ha sido cambiante. Al estancamiento del Tratado de Montevideo (1960), le sucedió la creación de la Asociación Latinoamericana de Integración (Montevideo, 1980), destinada a modernizar y hacer más dinámicos los intercambios comerciales en el área latinoamericana, sin que se haya logrado avances mayores. El Pacto Andino (reducido a cinco miembros por el retiro

[25] *Cfr.*, Nellens, Frederic y Juan Carlos Herrera, "La CTM y la CLAT frente a las empresas transnacionales", en *Movimiento sindical y empresas transnacionales*, Juan Somavía *(et. al.*, editor), México, Nueva Imagen, p. 416.

[26] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, *Estado y desarrollo en América Latina, op. cit.*, sección tercera.

de Chile en octubre de 1976) navega a saltos, especialmente por la penetración extranjera y el exceso de proteccionismo. El Mercado Común Centroamericano, atravesado por las crisis regionales: guerra civil en El Salvador, problemas de fronteras, amenazas a Nicaragua, se mantiene prácticamente paralizado. El SELA, con mayor flexibilidad, ha logrado establecer bases de cooperación en diversas áreas (fertilizantes, farmacéuticos, artesanías, bienes de capital, productos del mar), mediante la creación de empresas multinacionales latinoamericanas,[27] adquiriendo cierta presencia política a propósito de los comités de acción en favor de Nicaragua y Argentina: caso de la guerra de las islas Malvinas.

El capítulo VIII de la Carta señala la relación con las normas sociales (artículos 43 y 44), basadas en los tres principios: orden social justo, desarrollo económico y paz. Por seguir estos objetivos se destacan algunas metas:

a) Igualdad entre los seres humanos;
b) El trabajo como derecho y como deber social;
c) Derecho de asociación;
d) El principio de la economía mixta, mediante la armonía entre sectores público y privado;
f) Participación de la población;
g) Contribución de los sindicatos, cooperativas, asociaciones culturales, profesionales, vecinales y comunales a la vida social y al proceso de desarrollo;
h) Política de la seguridad social, y
i) Asistencia legal.

El artículo 44 señala la necesidad de armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo de la seguridad social y el desarrollo.

Hemos omitido, *ex profeso,* la relación del artículo 43 letra *d),* que señala la necesidad de contar con justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la produc-

[27] *Cfr.,* Díaz Müller, Luis, *El SELA y las empresas multinacionales latinoamericanas en el desarrollo regional,* México, UNAM, 1981. El art. 41 de la Carta de la OEA señala: "Con el fin de fortalecer y acelerar la integración en todos sus aspectos, los Estados Miembros se comprometen a dar adecuada prioridad a los representativos y ejecución de proyectos multinacionales y a su financiamiento, así como a estudiar a las instituciones económicas y financieras del Sistema Interamericano para que continúen dando su más amplio respaldo a las instituciones y a los programas de integración regional."

ción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad. Nos parece un artículo extremadamente ambiguo; la colaboración entre los distintos sectores de la producción (no se menciona la intervención del Estado) parece planteada dentro de un orden social justo y pacífico. Ya hemos llamado la atención sobre las constantes alusiones al régimen democrático señaladas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Por esta razón, pareciera ser que el propósito del artículo 43, que encabeza las normas sociales, es señalar los criterios centrales que deberían regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, en el marco de la democracia representativa y el logro del desarrollo económico regional. Todos estos elementos son, precisamente, contrarios a un proyecto transnacional de desarrollo.[28]

Sería interesante ahondar en la imagen del sistema político que se puede deducir de la Carta Interamericana.

La porfiada realidad de nuestra región es abiertamente contraria al deber-ser contemplado en la Carta. La proliferación de regímenes militares totalitarios, la implantación del sistema transnacional y el escaso respeto a los derechos socioeconómicos, nos llevan a reflexionar sobre la calidad democrática y las condiciones de vida de nuestros pueblos en la vida real.

Las normas sobre educación, ciencia y cultura aparecen en el capítulo IX (artículos 45 a 50) de la Carta.

Los propósitos centrales son estimular el mejoramiento de la persona humana, como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso. En otras palabras, se trata de poner la educación (primaria, secundaria, universitaria),[29] la ciencia y la cultura al servicio de regímenes libremente consentidos en el continente.

El artículo 48 propugna la erradicación del analfabetismo. El artículo 49 se refiere al fomento de la ciencia y tecnología mediante instituciones de investigación y de enseñanza. Por último, el artículo 50

[28] La Carta de la OEA reformada no hace mención expresa a los conglomerados transnacionales. En el plano jurídico-económico internacional, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (10 de diciembre de 1974) constituye uno de los elementos centrales de reconocimiento de estas empresas como autores y/o sujetos del derecho internacional. Véase, Castañeda, Jorge *(et al.), Derecho internacional económico.* México, FCE, 1976.

[29] La educación primaria se plantea como obligatoria (art. 47 letra *a)*. La educación media debe extenderse progresivamente a la mayor parte de la población, con el propósito de contribuir al desarrollo de cada país (art. 47, *b)*. La educación superior estará abierta para todos, cumpliéndose las normas reglamentarias académicas (art. 47, *c)*.

propugna el intercambio cultural como medio para consolidar la comprensión interamericana y los programas de integración regional.

El carácter excesivamente *declarativo,* y muchas veces ambiguo, de estas normas, no explora los problemas del retraso científico-tecnológico. La importancia de constituir un modelo de desarrollo tecnológico autónomo (no autárquico) que contribuya a cerrar la "brecha" en este sector, ni siquiera se menciona en el principal tratado interamericano.

Los datos del problema son simples. Existe en América Latina (a diferencia de los Estados Unidos) un creciente proceso de dependencia científico-tecnológica.

Un breve diagnóstico de esta situación presentado al Seminario "Tareas y desafíos de las ciencias sociales en los 80", señala:

> El proceso económico se visualiza empezando por la producción y la empresa no importa lo que se produce, con tal que sea rentable, lo esencial es encontrar mercado. El efecto de esta ideología (desarrollista) sobre la tecnología es evidente. Los mercados más jugosos son el externo y los grupos internos de mayores ingresos. Pero si se produce para exportar, o para un consumo de cúpula guiado por las normas extranjeras, es forzoso aceptar las normas internacionales de la producción competitiva, y por lo tanto la política natural será comprar tecnología, o en el mejor de los casos copiarla. La rápida renovación de equipo y modelos, los criterios comerciales de economías de escala y competitividad, el fetiche cultural de la "tecnología de punta", la modernización, producen según nuestros cálculos, tales desequilibrios en la balanza de pagos, que sólo una enorme afluencia de capital extranjero puede compensarlo.[30]

La Carta de la OEA no se refiere al problema político-económico de la desigualdad científica y tecnológica. Este asunto reviste tanta importancia que basta señalar que, mientras Argentina y Venezuela dedican el 0.2% del PNB a la investigación básica, Israel le dedica un 1.1%, y la U.R.S.S. un 2.2%, sin considerar que en los países desarrollados el progreso científico se forma en relación directa e inmediata a las necesidades de su industria, y, además, que éstas poseen políticas concretas de reclutamiento de nuestros científicos. Esto con-

[30] *Cfr.*, Villar, Julio M., *El sistema científico y tecnológico* (trabajo presentado al Coloquio "Tareas y desafíos de las ciencias sociales en los 80"), México, UNESCO, septiembre de 1981, pp. 6 y 7.

tribuye a aumentar la brecha del desarrollo entre los países subdesarrollados y los centros industriales.

IV. La Organización Internacional del Trabajo y los derechos sociales

En el plano internacional, los derechos socioeconómicos o de segunda generación de derechos, aparecen tratados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919. Como escribe Héctor Gros Espiell:

> La gran obra cumplida por la OIT desde 1919 a 1939, que permitió el verdadero nacimiento y desarrollo del derecho internacional del trabajo y el progreso universal de la legislación laboral y social, la hizo blanco de los totalitarismo de la época, que se tradujeron en los espectaculares retiros de la Alemania nazi y de la Italia fascista de la Organización.[31]

La creación de la OIT amplió la esfera de protección de los derechos hombres. Con un sistema de organización tripartito (Estado, empleadores y empleados) se constituyó en un centro especializado de las Naciones Unidas, en virtud del artículo 57 de la Carta de San Francisco, que señala:

> Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intragubernamentales que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos relativos a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas, serán vinculados a la Organización de acuerdo con las disposiciones del artículo 63.[32]

La OIT nace como parte de un acuerdo intragubernamental. Posteriormente, en 1945, en la Conferencia Internacional del Trabajo, se acordó su ingreso al sistema de Naciones Unidas. En la actualidad, continúa siendo un pacto intragubernamental, con la participación de

[31] *Cfr.*, Gros Espiel, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en la América Latina*, México, UNAM, 1978, p. 11. La OIT obtuvo el Premio Nobel de la Paz en 1969.

[32] El artículo 63 de la Carta de la ONU expresa: "1. El Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el art. 57, acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la organización."

los tres sectores señalados, y la representación de gobiernos de distinta naturaleza económica y política. Coexisten en su seno regímenes capitalistas, socialistas y de "economía mixta".[33]

La creación de la OIT, en 1919, respondió a los anhelos de la humanidad por proteger a los trabajadores, después de la Primera Guerra Mundial, en sus derechos socioeconómicos. No es por azar que las normas de protección de la OIT se seleccionen directamente en los artículos económicos, sociales y culturales de los textos fundamentales de la época; es el caso de la Constitución de Weimar y Querétaro.

La labor de la OIT en materia de derechos humanos se ha especializado, por así decirlo, con los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones. Los *convenios* son instrumentos internacionales multilaterales que establecen obligaciones para los Estados y crean relaciones jurídicas entre ellos y la OIT. El segundo camino que puede aceptar la Conferencia Internacional del Trabajo es dictar *recomendaciones* destinadas a establecer criterios para orientar y guiar la acción de los gobiernos sin que establezcan obligaciones exigibles.

En la actualidad, la OIT se rige por la "Declaración relativa de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo" o "Declaración de Filadelfia" (10 de marzo de 1944), que actualizó el Acta Constitutiva del organismo estableciendo el carácter permanente de esta institución internacional.

La Declaración de Filadelfia de 1944 establece los siguientes objetivos de la OIT en materia de derechos humanos:

1) Lograr el pleno empleo de la elevación del nivel de vida;
2) Justa distribución de los puntos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesitan esta clase de protección;
3) Lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;
4) Extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes necesiten y presten asistencia médica completa;

[33] El "Preámbulo" de la parte XIII del Tratado de Versalles señalaba que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social.

5) Proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;
6) Proteger a la infancia y a la maternidad;
7) Suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;
8) Garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales. Estas medidas corresponden a la sección III de la "Declaración de Filadelfia" (letras *a, b, e, f, g, h, i, j*).

En general, la "Declaración de Filadelfia", en lo que respecta a derechos humanos, ha influido en numerosos textos constitucionales e internacionales. El avance del derecho social y del derecho del trabajo se debe en buena parte a la labor de la OIT. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración de Filadelfia influyó en las normas aprobadas en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.[34] Además, tuvo influencia en la Declaración Universal de 1948, los Pactos Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de la discriminación racial y en la Convención de la UNESCO sobre la discriminación de la enseñanza. La Carta Social Europea (1961) y el Código Europeo de Seguridad Social, tan importantes para la protección de los derechos laborales, fueron aprobados en virtud de la decisiva intervención de la OIT.

El sistema de protección de derechos en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo puede plantearse a dos niveles:

1º El examen de los mecanismos aplicables al conjunto de las recomendaciones y convenciones aprobadas por la OIT, y

2º Los mecanismos referentes a la protección internacional de la libertad sindical,[35] a través del control permanente de oficio por medio de los informes o memorias enviados por los gobiernos.

Los órganos encargados de analizar y evaluar estos informes son:

— La Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones (1927) y
— La Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, integrada en forma tripartita (representantes gubernamentales, de los empleadores y de los trabajadores).

[34] *Cfr.*, Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina, op. cit.*, p. 41.
[35] *Ibidem.*

Además, existe un mecanismo especial de protección en materia de libertad sindical, a través del Comité de la Libertad Sindical.[36] El Comité de nueve miembros, integrado en forma tripartita, conoce de las quejas de fondo presentando su informe y Recomendaciones al Consejo de Administración. La Comisión (1950) está integrada por personalidades independientes designadas por el Consejo de la Libertad Sindical, y está destinada fundamentalmente a labores de investigación. Es el caso de Japón (1966), Grecia (1965), Lesotho (1973). Excepcionalmente, con el acuerdo del gobierno interesado, puede conocer de un asunto para resolverlo por acuerdo.

La labor de la OIT, especialmente en el caso latinoamericano, ha sido importante, sobre todo si se considera que las dictaduras militares tienden a eliminar los derechos adquiridos por los trabajadores, como salario mínimo, derecho de sindicación, derecho de huelga y participación.

Es más, como escribíamos en el capítulo II, las empresas transnacionales protegidas por este tipo de regímenes políticos afectan estructuralmente a los derechos económicos, sociales y culturales; el terrorismo de Estado que provocan, el efecto excluyente y concentrador de la política económica, afectan *per se* los derechos de los trabajadores, que corresponden principalmente a los derechos socioeconómicos.

En el caso de América Latina asisten numerosas disposiciones de la OIT destinadas a proteger los derechos humanos; citemos algunas importantes: III Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT (México, 1946), en que se reafirma la libertad sindical y que "las libertades fundamentales" de los hombres deben estar consignadas en la Constitución política de cada país y que, de la misma manera que en el pasado se aseguraron las *constituciones* los "derechos individuales del hombre", deben asegurarse en el futuro los *derechos sociales,* entre los que se cuenta, en primer término, la libertad de asociación profesional o libertad sindical.[37] Otra resolución importante se acordó en la IV Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT (Montevideo, 1949), sobre Libertad de Asociación (especialmente en materia de violación de derechos sindicales); la V Conferencia de los Estados Miembros de la OIT sobre libertad sindical (Petrópolis, 1952), en relación a la libertad sindical y el derecho de sindicación y negociación colectiva; la VI Conferencia (La

[36] En el caso de Chile, véase, *La OIT y la libertad sindical en Chile,* Ginebra, 1981.

[37] "III Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT", en *Recopilación de documentos de la OIT,* Ginebra, 1976.

Habana, 1956) sobre derechos sindicales y su violación; la VII Conferencia (Buenos Aires, 1961) que acordó la *Declaración de Buenos Aires* sobre apoyo a los gobiernos libres y democráticos, aumento de las inversiones, protección del consumidor, mercados de producción básicos, y programas de desarrollo económico y social. Asimismo, la IX Conferencia de los Estados de América (Caracas, 1970) se pronunció por la libertad sindical y la utilización de la negociación colectiva para la adopción de políticas de salarios sin discriminación; la X Conferencia (México, 1974), sobre el ejercicio de los derechos sindicales expresó el apoyo a una serie de libertades civiles: derecho a la libertad y seguridad de la persona, libertad de opinión y de expresión, derecho de reunión, derecho al proceso regular o debido proceso, y derecho de los sindicatos a ejercer su acción en asuntos relacionados con salarios y ejercicio del derecho de huelga.

La X Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT acordó una *Resolución sobre la función de las normas internacionales del trabajo de los países de América* (México, 1974), en que se destaca la necesidad de poner en práctica las normas unilaterales del trabajo, y en particular las relativas a los derechos humanos, en todo el continente americano.[38]

En suma, existe una amplia gama de derechos sociales defendidos por la Organización Internacional del Trabajo. Incorporados a las constituciones latinoamericanas desde 1917 (con la Constitución mexicana de aquel año), los derechos sociales extienden la concepción y protección de los derechos del hombre hasta regular sus relaciones con el Estado.

Los derechos sociales, propios de la intervención del Estado en la actividad económica y del proceso de industrialización por sustitución de importaciones, empiezan a reclamar una protección institucional después de la Primera Guerra Mundial, En el área latinoamericana, con el quiebre del modelo agrario-exportador, alrededor de 1930, son los gobiernos populistas (Getulio Vargas, Ubico, etcétera) y progresistas (Aguirre Cerda, Juan José Arévalo) los que impulsan la intervención y el proceso de industrialización. Es en este proceso que los grupos sociales trabajadores empezarán a reclamar el respeto y protección de sus derechos sociales básicos: jornada de trabajo, salario mínimo, derecho de huelga y sindicación.[39]

[38] *Cfr., Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* San José, Costa Rica 1985-1986.

[39] *Cfr.,* Kartoshkin, Vladimir, "Derechos económicos sociales y culturales", en Vasak, K., *op. cit.,* pp. 168-195.

Con el término de la Segunda Guerra Mundial, y el compromiso de los aliados por otorgar mejores niveles de la vida, empiezan a surgir las declaraciones internacionales sobre protección de los derechos sociales. En este sentido, la Declaración de Filadelfia (1944), la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), sentaron las bases de los derechos sociales.[40]

La inmensa capacidad de adaptación de los conglomerados transnacionales permitirá, con la connivencia de los sistemas políticos militares, de orientación desnacionalizadora, que los derechos sociales sean escasamente respetados, a pesar de la vigilancia y los reclamos de la sociedad internacional frente a la negación de los derechos civiles y la represión de las libertades sindicales y los demás derechos sociales.

En América Latina, la democracia ha sido más bien un proyecto que una realidad, y los derechos sindicales se han quedado en el catálogo *programático* de nuestros textos constitucionales, siendo frecuentemente avasallados por las dictaduras.

V. Las Naciones Unidas y los derechos sociales

Además de las normas aprobadas por la OIT, en el sistema de Naciones Unidas existen la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (1966), el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (1966) y la Carta de la ONU.[41]

La Declaración Universal de Derechos Humanos (René Cassin) posee un alcance universal; a decir verdad, fue el fruto de dos grandes corrientes del pensamiento jurídico-político: la concepción de los "derechos liberales" y la corriente de los "derechos sociales". De tal suerte que la Declaración, pieza máxima del sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, resultó ser un documento universal en que se mezclaron ambas corrientes ideológicas.

La Declaración Universal en materia de derechos económicos, sociales y culturales no estuvo exenta de discusiones en Naciones Unidas. Como escribe René Cassin, premio nobel de la paz, y autor fundamental de su Declaración:

[40] En el caso europeo, consúltese, *Curso del Instituto de Estrasburgo, sobre derechos humanos* (1984).

[41] Sobre los derechos humanos en la Carta de la ONU, véase, Cassesse, Antonio, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos" (ponencia), *Coloquio sobre protección internacional de los derechos humanos,* México, abril de 1982.

> Se comenzó a estudiar también los derechos económicos, pero habiéndose cumplido el plazo, se tuvieron que suspender los trabajos y, naturalmente, el segundo periodo de sesiones, el de Ginebra, estuvo particularmente consagrado a la proclamación de esos derechos económicos, sociales y culturales que habían hecho su aparición no solamente en la constitución soviética, sino en muchas otras y creo que también en la mexicana mucho antes de 1940.[42]

Técnicamente, la Declaración de 1948 es una resolución de la Asamblea General. "Esta Declaración ha revestido la forma de una Resolución emanada de la Asamblea General (Resolución 217 a III) y no de un tratado internacional comportando la enumeración de las partes contratantes y sometida a la ratificación de ellas.[43]

En su considerando quinto señala:

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

La Declaración, a partir de una concepción común y de síntesis de los derechos humanos universales,[44] enumera los principales derechos sociales a partir del artículo 22 hasta el 29. Se trata de una declaración que enfatiza el carácter *indivisible* de los derechos humanos.

En efecto, la Declaración, después de señalar los principales *derechos civiles y políticos* (a la vida, seguridad y libertad, artículo 3º; igualdad ante la ley, artículo 5º; amparo, artículo 8º; libertad de trá-

[42] *Cfr.*, Cassin, René, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, pp. 395 y ss.

[43] *Cfr.*, Rousseau, Charles, "Droits de L'homme et droit des gens", en Institut International des Droits de L'homme, *Methodologie des Droits de L'homme*, *op. cit.*, p. 319.

[44] Como señala Antonio Cassese: "La Declaración lleva, en el conjunto, la imprenta de las concepciones occidentales de los derechos del hombre. Los derechos civiles y políticos tienen mayor espacio y mayor peso que los derechos económicos, sociales y culturales." Cassese, Antonio, "La evolución de la protección internacional de los derechos del hombre en el marco de las Naciones Unidas y de las instituciones especializadas", ponencia al *Seminario sobre Protección Internacional de los derechos del hombre*, Claustro de Sor Juana, México, abril, 1982, p. 6.

mite y movimiento, artículo 13º; derecho de asilo, artículo 14; a la nacionalidad, artículo 15; a la familia, artículo 16; a la propiedad, artículo 17; a la libertad de pensamiento, artículo 18; opinión y expresión, artículo 19; reunión, artículo 20; participación a cargos públicos y elecciones libres, artículo 21), destaca y desarrolla los derechos sociales.

El artículo 22 establece el derecho a la seguridad social y a la cooperación internacional. Dice:

> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

El artículo 22 menciona globalmente (no los define) los derechos sociales. Llaman la atención los conceptos de *esfuerzo nacional,* que hoy debería ser interpretado como *desarrollo autónomo* y *cooperación internacional,* que refleja el esfuerzo de las Naciones Unidas por promover y ayudar al desarrollo de los países atrasados.[45]

El artículo 23 establece cuatro derechos en relación al trabajo: el derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a la protección contra el desempleo (número 1), y a la igualdad de salario por trabajo igual (número 2); a una remuneración equitativa y satisfactoria para la persona y su familia (número 3); a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (número 4).[46]

El derecho al descanso y al tiempo libre,[47] a una limitación razonable de la duración del trabajo [48] y a vacaciones periódicas pagadas, están establecidas en el artículo 24.

El artículo 25 enumera una larga lista de derechos en relación con el nivel de vida:

[45] Hoy día, sería el caso de las reuniones UNCTAD, la labor de UNESCO en favor de los derechos humanos, la educación, la ciencia y la cultura; el trabajo de los organismos especializados de Naciones Unidas, y la amplia gama de instituciones de protección de los derechos humanos.

[46] Sobre sindicación, véase: Conferencia Internacional del Trabajo 63a. Reunión sobre *promoción, protección y fortalecimiento de la libertad sindical,* Ginebra, 1977.

[47] El derecho al descanso y al tiempo libre constituyen un artículo pionero en la Declaración Universal. En el caso mexicano, por ejemplo, en 1983 se incorporó el derecho al descanso al texto constitucional (artículo 27).

[48] La Organización Internacional del Trabajo ya había declarado que la duración de la jornada de trabajo es de 8 horas.

> Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Artículo 25, No. 1.)

En esta primera parte se garantiza una amplia red de derechos que integran el *derecho a la seguridad social.* En el párrafo 2º, se garantizan la maternidad, la niñez y la protección del niño, nacido dentro o fuera del matrimonio.[49]

El derecho a la educación es protegido por el artículo 26. Se asegura: 1) La gratuidad de la instrucción elemental y fundamental que será obligatoria; 2) La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; 3) El acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

El artículo 27 protege el derecho a la cultura. "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten" (part. 1).[50]

En forma *anticipatoria a la discusión actual* sobre los proyectos del nuevo orden internacional (Res. 3201 y 3002 de la VI Asamblea General Extraordinaria) y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 12 de diciembre de 1974,[51] el artículo 28 de la Declaración Universal señala: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos." La Declaración y la Carta de la ONU son el resultado del *statu quo* internacional acordado después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, se puede afirmar que el orden social e internacional establecido por el artículo 28 es el resultado del acuerdo de los vencedores en la conflagración. Este artículo reviste importancia en la me-

[49] Sobre derechos del niño, UNESCO, *Los derechos del niño,* París, 1980. Sobre nivel de vida y derecho al desarrollo, véase: Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y los derechos humanos,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.

[50] El derecho de autor está contemplado en el art. 27, par. 2º: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."

[51] *Cfr.* Díaz Müller, Luis, *América Latina y el nuevo orden internacional,* México, Edit. Grijalbo, 1982.

dida que establece el *derecho al orden internacional* en que los derechos y libertades de esta Declaración se hacen efectivos.

El artículo 29 concluye la enumeración de los *derechos económicos, sociales y culturales,* destacando que: "Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas" (artículo 29, par. 2º). Este artículo enfatiza el carácter social del ser humano: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad" (par. 1º), dando vida a la protección del individuo como parte de un grupo social.

En suma: los derechos sociales proclamados por la Declaración Universal de 1948 cubren un panorama bastante amplio de bienes jurídicos protegidos. Si bien la Declaración no contempla los "derechos solidarios" o de la tercera generación, su vigencia *universal* (y no internacional) posee la más plena validez.[52]

El pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), aprobado por 105 votos contra ninguno, expresa en sus considerandos que estos derechos derivan de la dignidad inherente de la persona humana, de acuerdo con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal, y reconociendo que el individuo tiene deberes hacia los otros individuos y la comunidad a la que pertenece:

1) Todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación (artículo 1, par. 1);

2) El derecho de los pueblos a disponer libremente de sus recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones impuestas por la cooperación económica internacional y el derecho internacional (artículo 1, par. 2);

3) Todos los Estados parte de la Convención, incluyendo los que tienen responsabilidades por la administración de territorios no autónomos, deben promover el derecho de autodeterminación, en conformidad con la Carta de la Neciones Unidas (artículo 1, par. 3);

4) Cada Estado parte se compromete individualmente o a través de

[52] Existen numerosas resoluciones de las Naciones Unidas que *complementan* a la Declaración Universal: Resolución 1775 (XVII) de 7 de diciembre de 1962, que reconoce el incumplimiento de la Declaración Universal; la Resolución 1776 (XVI) de igual fecha, que propone al Consejo Económico y Social que encomiende a la Comisión de Derechos Humanos la adopción de medidas para acelerar el respeto de estos derechos; Resolución 227 (XX) de 18 de noviembre de 1965 que insta que durante el decenio se realicen esfuerzos especiales para su observancia; Resolución 2080 (XX) de 20 de noviembre de 1965, que solicita la celebración de una Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos; Resolución 1514 de 1960, que la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera constituye derogación de los derechos humanos (descolonización); Resolución 2955 de 1972, sobre libre determinación y rápida concesión de la independencia a los pueblos coloniales, y otras.

la cooperación internacional a tratar de lograr los derechos mencionados en esta Convención por vía legislativa o por otros medios (artículo 2, par. 1);

5) Los Estados se comprometen a garantizar que los derechos enumerados en la Convención pueden ser ejercidos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, política u otra opinión, origen social o nacional, propiedad, nacimiento u otros status (artículo 2, par. 2);

6) La igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en esta Convención (artículo 3);

7) El reconocimiento que en goce de estos derechos, el Estado puede establecer algunas limitaciones determinadas por la ley y solamente para el propósito de promover el bienestar general en una sociedad democrática (artículo 4);

8) El reconocimiento del derecho al trabajo (artículo 6, par. 1);

9) El Estado parte por la plena realización de este derecho puede incluir programas de adiestramiento, políticos y técnicas destinadas a apoyar el desarrollo económico, social y cultural y el empleo pleno y productivo (artículo 6, par. 2);

10) El derecho a justas y favorables condiciones de trabajo: remuneración, condiciones sanas y saludables de trabajo, igualdad de oportunidades en la promoción del empleo, descanso y razonable limitación de las líneas de trabajo y vacaciones periódicas y pagadas (artículo 7, *a*, *b*, *c* y *d*);

11) El derecho de cada uno a formar sindicatos para la promoción y protección de sus intereses económicos y sociales (artículo 8, par. 1);

12) El derecho de los sindicatos a establecer federaciones nacionales o confederaciones (artículo 8, par. *b*);

13) El derecho de los sindicatos a funcionar libremente sin más limitaciones que las prescritas por la ley y que son necesarias en una sociedad democrática a los intereses de la seguridad nacional o el orden público o para protección de los derechos y libertades de otros (artículo 8, par. *c*);

14) El derecho a huelga, ejercido en conformidad con las leyes (artículo 8, par. *d*);

15) Nada en este artículo autorizará a los Estados parte en la Convención del Trabajo Internacional de 1948 sobre Libertad de Asociación y Protección de Derecho de Organización para tomar medidas legislativas que puedan perjudicar las garantías previstas en esta Convención (artículo 8, par. 3);

16) Los Estados parte en el presente Convenio reconocen el derecho de cada uno a la seguridad social incluyendo el seguro social (artículo 9);

17) La protección de la familia (artículo 10, par. 1);

18) Protección de la mujer antes y después del parto (artículo 10, par. 2);

19) Medidas especiales de protección en favor de los niños y jóvenes sin discriminaciones por razón de parentesco u otras condiciones (artículo 10, par. 3);

20) El reconocimiento del derecho de cada uno a un adecuado nivel de vida y de su familia, incluyendo alimentación adecuada, vestuario y útiles de casa (artículos 11-12);

21) Reconocimiento del derecho a la salud física y mental (artículo 13, par. 1);

22) Los pasos para el reconocimiento del derecho a la salud incluye:

a) La reducción de la desnutrición y de la mortalidad infantil y el desarrollo saludable del niño;

b) La provisión de todos los aspectos del medio ambiente e higiene industrial;

c) La prevención, tratamiento y control de epidemias;

d) La creación de condiciones para asegurar todos los servicios médicos (artículo 13, *a, b, c, d*);

24) El derecho a la educación (artículo 14, par. 1);

25) Los Estados parte en la Convención reconocen que para la plena realización de este derecho se requiere:

a) La educación primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos;

b) La educación secundaria, incluyendo educación técnica y vocacional, debe ser accesible para todos, y en particular por la progresiva introducción a la educación libre;

c) La educación superior debe ser igualmente accesible para todos (artículo 14, *a, b, c*);

26) El derecho a tomar parte en la vida cultural, y a gozar de los beneficios del progreso técnico, y a la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la producción científica, literaria y artística (artículo 16, par. 1; *a, b, c*).

El cumplimiento de estos derechos debe ser sometido al secretario general de las Naciones Unidas por el Consejo Económico y Social (artículo 17, 2, *a*). El Consejo puede instruir a la Comisión de Derechos Humanos para el estudio y recomendaciones generales sobre los informes sometidos por los estados (artículo 20).

El Consejo Económico y Social es el organismo principal de derechos humanos. Le corresponde, además, someter a la Asamblea General sus propios informes indicando los avances hechos en la observancia de estos derechos (artículo 22), llenar la atención de los organismos internacionales (artículo 23) y adoptar algunas medidas para el logro de estos derechos: conversiones, recomendaciones, asistencia técnica, reuniones regionales y técnicas como estudios con los gobiernos.

Los derechos económicos y sociales comportan un poder de exigir al Estado. Prosper Weill, opina que el derecho francés se ha tentado de comprometerse en la misma vía, hasta que ha agregado en el "Preámbulo" de la Constitución de 1946, a las libertades clásicas de 1789 ciertos "principios políticos, económicos y sociales" nuevos. En la práctica, sin embargo, la distinción entre derechos civiles y derechos sociales significa la accesión al rango de libertades, de derechos nuevos como el derecho sindical o al derecho de huelga, que se benefician de un aparato de protección relevante del derecho positivo.[53]

Naciones Unidas estimó que el contenido de ambos tipos de derechos era tan distinto que significaba establecer dos pactos diferentes. En este sentido, se acordó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por 106 votos contra ninguno (16 de diciembre de 1966), que la comunidad internacional aprobó conjuntamente con un *protocolo facultativo* en que se reconoce la competencia de la Comisión.

Los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, aparecen como derechos "derivados". Es decir:

> Los partidarios de la preparación de dos Pactos alegaron que era posible exigir el cumplimiento de los derechos civiles y políticos mediante *leyes y sanciones*, pero que no se podría o quería, hacer lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales; que el acatamiento de los primeros podía realizarse inmediatamente, mientras el de los segundos tendría que referirse de manera *progresiva*. [54]

Los derechos sociales expresan la facultad de otorgar prestaciones del Estado de beneficio del individuo. En otras palabras, se trata de *"derechos de relación"* (Bricola) [55] o derechos que podríamos llamar comunitarios.

[53] *Cfr.*, Well Prosper, "Droits de L'homme et droit administratif francais", en *Methodologie des droits de L'homme, op. cit.*, pp. 249 y ss.

[54] *Cfr.*, Reimann, Elisabeth y Fernando Rivas, *Derechos humanos: ficción y realidad"*, Madrid, Akal Editor, 1979, p. 339. (Subrayado nuestro.)

[55] *Cfr.* Novoa, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información"*, México, Siglo XXI, 1979, p. 18.

Naciones Unidas, después de una larga elaboración de los Pactos Internacionales (desde 1951), optó por establecer dos instrumentos internacionales diferentes en consideración a la distinta *naturaleza* de estos derechos, y la calidad de la intervención del Estado.

Es importante precisar el carácter *indivisible e interrelacionado* de ambos tipos de derechos. En esta senda, la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 421 de 1950, estableció el principio de interrelación e interdependencia entre las libertades civiles y políticas estrechamente ligadas a los derechos sociales, principio que se ha reiterado continuamente.

El derecho a la libre determinación de los pueblos está consagrada en ambos Pactos Internacionales. La Resolución 1514 (XV), conocida como la "Carta magna de la descolonización" proclama: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su estatuto político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural." La Resolución No. 1654 estableció un Comité encargado de vigilar el cumplimiento del proyecto de descolonización contenido en la Resolución 1514. La Corte Internacional de Justicia ha considerado que esta resolución es parte del derecho consuetudinario, "una práctica generalmente aceptada como derecho" debido a su constante aplicación por los estados y por el reconocimiento y observancia por parte de Naciones Unidas.[56]

Por su parte, los Pactos de 1966 reconocen que el principio de libre determinación constituye un fundamento esencial para el respeto de los derechos humanos. El artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declaran: *"Todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación."* Este derecho, además, se encuentra establecido en el artículo 1, párrafo 2, de la Carta de la ONU: "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos", complementado por las numerosas declaraciones que presentamos infra.[57]

El principio de libre determinación "se aplica a todos los pueblos que han sido privados igualmente de su libertad por fuentes externas, cercanas o distantes, y que esa libertad no comprende el derecho de sucesión de una parte de un Estado, salvo que se tratase de una sucesión que se hubiese establecido ilegalmente contra la voluntad de la pobla-

[56] *Cfr.*, Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo"*, Madrid, Editorial Tecnos, 1980, pp. 126 y 127.

[57] *Cfr.*, Gros Espiell, Héctor, *El derecho de libre determinación de los pueblos"*, Ginebra, Naciones Unidas, 1979.

ción interesada". Se ha establecido que el colonialismo, por tratarse de una forma de dominación, es contrario a la libre determinación.

En este sentido, el movimiento de descolonización encontró apoyo en los artículos 73 y 76 a 79 de la Carta de la ONU. Además se invocó el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos enunciados en el artículo 1 de la Carta. Entre los antecedentes importantes sobre la materia merece destacarse la *Declaración de 1970 de Naciones Unidas:*

> En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo el Estado tiene deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. (Declaración sobre los principios del Derecho Internacional.)

Por último, la resolución 2625 (XV) codifica las vías para dar cumplimiento al derecho de libre determinación, considerando que la consulta de la *voluntad de los pueblos interesados* es la esencia del principio de libre determinación.[58] La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre el Sahara occidental, declaró:

> La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de tomar en cuenta los deseos libremente expresados de los pueblos, no se ve afectado por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General ha dejado de lado el requerimiento de consultar con los habitantes de un territorio determinado. Estos ejemplos están basados ya sea en la consideración de que cierta población no constituía un "pueblo" con derecho a su libre determinación.[59]

El principio de libre determinación se inscribe dentro de la segunda categoría de derechos, al tenor de la *evolución histórica* que trazamos en el capítulo primero. Si bien, el artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos también lo reconoce. Aparece claro que la libre determinación es *un derecho de los pueblos,*[60] es decir, *de un grupo social constituido como nación dentro de un territorio deter-*

[58] *Cfr.,* Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.,* pp. 130 y 131.
[59] International Court Justice Reports, 1975, pp. 33 y ss.
[60] *Cfr.,* Basso, Lelio, *Droit des peuples",* Milán, 1979.

minado.[61] Por esta razón hemos ubicado, a efectos del análisis, al principio de libre determinación dentro de los derechos sociales.[62]

En suma: los derechos económicos, sociales y culturales, son producto de los reclamos de los grupos sociales por arrancar al Estado o a la sociedad mejores condiciones de vida colectiva. Surgidos al calor del proceso de modernización cultural, industrialización y surgimiento del sindicalismo organizado, provocan una dialéctica "abierta" por ganar los espacios de la sociedad civil (Hegel). La legislación sobre seguridad social constituye la mejor muestra.

VI. Los derechos de solidaridad

Los derechos de solidaridad o derechos de la tercera generación se refieren al derecho de los pueblos a reclamar determinadas prestaciones de la sociedad (y no comunidad) internacional.

¿Cuáles son estos *"nuevos"* derechos?

1) Derecho al desarrollo;
2) Derecho a la paz;
3) Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado;
4) Derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad;
5) Derecho a la comunicación, y, nosotros agregamos,
6) Derecho al nuevo orden internacional.

Estos nuevos derechos, llamados con razón *"derechos de solidaridad"*, nacen "del reconocimiento de nuestro destino común y de la búsqueda de condiciones necesarias para permitir a cada uno gozar de estos derechos y asegurar responsabilidades mutuas para salvaguardar el futuro de la humanidad".[63] La idea de base de estos derechos a la noción de *"solidaridad"* es puesta como preámbulo a la concepción de una "ética nueva". Martin Luther King decía que los hombres son el "pueblo único de la tierra", y que nosotros debemos promover un

[61] *Cfr.*, Diaz Müller, Luis, *Estado y desarrollo en América Latina*, México, UNAM, (en prensa).

[62] E. Novoa Monreal escribe: "Son derechos sociales aquellos que el hombre puede reclamar del estado o de la sociedad como conjunto organizado en razón de estar incorporado a ellos y como un medio para un mejor desarrollo propio y de la comunidad de que forma parte." El principio de libre determinación es un derecho comunitario, sin el cual, no es posible el desarrollo social.

[63] *Cfr.*, Schwarzenberger, Georg, *Política del poder*, México, FCE, 1956, traza la distinción entre *comunidad internacional*, en que predomina el factor cooperativo, y *sociedad internacional*, regida por la política del poder.

mundo más interdependiente y fraternal.[64] Los derechos de solidaridad son *indivisibles;* son individuales y colectivos. En este caso, estaríamos en presencia de un "derecho suave" *(soft-law)* porque "los derechos de solidaridad dependen en gran parte de las colectividades locales, regionales, nacionales, internacionales o particulares que las personas que los componen pueden gozar de estos derechos que pueden hacer exigibles esas comunidades".[65] Estos derechos se hacen exigibles al nivel de la comunidad nacional e internacional, con la fuerza jurídica de una declaración de las Naciones Unidas, y de un compromiso suscrito en un texto internacional.[66]

K.M. Baye y Héctor Gros Espiell hablan de cuatro derechos de solidaridad: desarrollo, paz, medio ambiente y patrimonio común de la humanidad.[67] En nuestra opinión, creemos que el derecho al desarrollo esta indisolublemente ligado a un "nuevo" derecho aparecido desde 1974, con la aprobación de las Resoluciones 3201 (VI) y la Resolución 3281 (XXIX) que aprueba la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (12 de diciembre de 1974): se trata del derecho al nuevo orden internacional.

En este criterio, trataremos conjuntamente, el derecho al desarrollo y al nuevo orden internacional.[68]

VII. El nuevo orden internacional

El orden internacional de posguerra, surgido de los escombros de la segunda conflagración, después de junio de 1945 con la Carta de las Naciones Unidas, no contó con la participación de los pueblos sometidos al dominio colonial.

[64] Group de travail du Comité permanent des organizations internacionales non governementales (ONG), *Les droits de solidarité: Essai d'analyse conceptualle,* México, UNESCO, Coloquio sobre "Los nuevos derechos del hombre", agosto de 1980, p. 2 y ss. (traducción nuestra.)

[65] *Idem,* p. 2 (traducción nuestra).

[66] Si bien sin la fuerza de un tratado o pacto internacional *(hard-law).* Véase, Alexandre Kiss, Charles, *Le droit a un environnement sain et ecologiquement equilibré,* Curso de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, agosto de 1980.

[67] *Cfr.,* UNESCO, Expert Meeting on Human Rights, "Human Needs and the establishment of a new international economic Order", París. Final report. June 1978, p. 66 y ss.

[68] La Resolución 3201 (IV) constituye la Declaración de la Asamblea General sobre un Nuevo Orden Internacional, y la Resolución 3202 (VI) es el programa de acción para el establecimiento de un Nuevo Orden Internacional. Véase, Díaz Müller, Luis, *América Latina y el nuevo orden internacional, op. cit.,* segunda parte.

En realidad, sólo a partir de 1960, con la Resolución No. 1514 o "Carta de la Descolonización", comienzan a producirse los movimientos de descolonización política, especialmente en Asia y África.

En este periodo, entre la Carta de la ONU y la crisis de los misiles (Cuba, octubre de 1962), se han producido numerosos hitos de importancia en la política mundial: la emergencia del tercer mundo (como efecto del proceso de descolonización) y la aparición del movimiento de los no alineados *(BANDUNG, 1955)*.[69]

En este paisaje general, es que la preocupación de los pueblos del tercer mundo, es decir, las naciones subdesarrolladas de Asia, África y América Latina, empiezan a colocar en el centro de las discusiones internacionales al problema del desarrollo integral.

El tema del desarrollo, en forma incipiente, está esbozado en el propio "Preámbulo" de la Carta de la ONU: "Nosotros los pueblos de Naciones Unidas resueltos. . ., a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad." Surge así la discusión por el derecho a y del desarrollo en la familia de Naciones Unidas. Sobre todo, a propósito de la Resolución 1514, la Resolución 1515 (XV), especificando el papel de la organización mundial en el desarrollo y progreso social, la Resolución 1522 (XV) que fijó en un 1% del producto bruto de los países desarrollados, su aporte a la ayuda de los países en desarrollo. El primer decenio de las Naciones Unidas para el desarrollo (1961) terminó de impulsar esta preocupación central de la comunidad internacional.[70]

H. Gros Espiell define al derecho internacional del desarrollo: "sería una parte del derecho internacional general y se integra con un conjunto de normas y principios que regulan los aspectos económicos y técnicos del desarrollo y la cooperación internacional, con el sentido global y sistemático de todos los países y, particularmente, de todos

[69] *Cfr., Díaz Müller, Luis,* "El SELA, más que una utopía", *Le Monde Diplomatique* en español, abril de 1983.

[70] En este mismo sentido se pronuncian: la resolución 1707 (XVI) sobre el comercio internacional como instrumento del desarrollo económico; la res. 1785 (XVII) que convocó a la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, 1962); la res. 1995 (XIX), que creó la UNCTAD como un órgano subsidiario de la Asamblea general, la Declaración de Argel de 1968; Declaración de Lima (1971) preparatoria de la III UNCTAD; el trabajo del "Grupo de los 77" en Manila (1976); la IV UNCTAD de NAIROBI (1976); la Conferencia sobre Cooperación Económica Internacional entre Países en Desarrollo (México, 1976); la creación de la Organización de las Naciones Unidas para el desarrollo industrial (ONUDI, 1966); las Negociaciones Globales sobre Cooperación para el desarrollo; la Reunión de Cancún (1980); el Informe Brandt (1981) sobre cooperación Norte-Sur.

los países en vías de desarrollo."[71] El derecho internacional del desarrollo es un capítulo del derecho internacional económico, mediante el cual el derecho internacional se preocupa del subdesarrollo, como derecho objetivo.

El derecho al desarrollo, en cambio, es un derecho subjetivo. Es un derecho de la persona humana. Podrá sostenerse que su tipificación no es aún perfecta o completa, porque el derecho objetivo no ha regulado todavía plenamente. No ha determinado así, por ejemplo, las condiciones exigibles para su reconocimiento integral, ni ha precisado en todos sus elementos la relación entre este ineludible esfuerzo y el nacimiento de la obligación de la comunidad internacional.

Las principales normas internacionales sobre derecho al desarrollo son las siguientes: Resolución 1515 (XV); Resolución 1522 (XV); Resolución 1674 (XVII); Resolución 1707 (XVI); Resolución 2460 (XVIII), que trata de recursos humanos para el desarrollo; la Resolución 2542 (XXIX), que constituye la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social; Resolución 3201 (S-IV), Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Internacional; Resolución 3202 (S-VI), que es el programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional; por último, señalaríamos la Resolución 3281 (XXIX), que aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por abrumadora mayoría por la Asamblea General, representa el punto de ruptura con el orden internacional clásico o de posguerra.

Por primera vez aparecen, dentro de la comunidad internacional, elementos que pueden fundamentar el proyecto de un nuevo orden internacional, vinculado inextrictamente al desarrollo de los países del tercer mundo. Desde este punto de vista, la Carta de 1974 constituye un parteaguas en la historia de las relaciones económicas internacionales. Los quince principios en la Carta[72] constituyen una formulación integral destinada a promover un nuevo orden por el camino de la superación pacífica de las desigualdades internacionales.

[71] *Cfr.*, Gros Espiell, Héctor, *Derecho internacional del desarrollo*, España, Universidad de Valladolid, 1975, p. 232.

[72] Entre la abundante bibliografía, *vid*, Fever, Guy, "Reflexions sur la Charte des Droits et Devoirs económiques des ETATS", *Revue Générale de Droit International Public*, 1975; Rigaux, Francois. *The Study of Particular Legal Questions with respect to the New International Order*, México, Pluridisciplinary Conference on the Transition Towards a New International Democratic Order, September, 1981; Díaz Müller, Luis, *América Latina y el nuevo orden internacional*, *op. cit.*

El derecho al desarrollo es la meta, el objetivo final (teleológico) del nuevo orden internacional. Como escribe K. Vasak:

> El derecho al desarrollo posee una dimensión *individu*al (al enlazarse, como hace con el derecho a la plena expansión de la personalidad implícitamente reconocido en el artículo 26 de la Declaración de los Derechos Humanos que trata del derecho a la educación) pero también, y sobre todo, una dimensión *colectiva*: se vinculará actualmente no sólo con los individuos, sino también con los grupos humanos (comunidades locales, nacionales, étnicas y lingüísticas, etc.), así como con el Estado como el principal gerente de su aplicación en el plano individual.[73]

No se justificaría la movilización de las fuerzas nacionales e internacionales en favor de un nuevo orden internacional, si éste no fuera encaminado a lograr la superación del subdesarrollo.[74]

En este punto crucial se produce, en nuestro criterio, la unión entre estos dos derechos de solidaridad: el derecho al desarrollo y al nuevo orden internacional.

Esto nos lleva a considerar en profundidad la relación entre derechos humanos y política económica, lo que podemos llamar la *economía política de los derechos humanos*. Esto significa, al igual que la noción de derecho al desarrollo (que ha tenido un componente marcadamente económico) con nuevo orden internacional (que en nuestra opinión es un concepto *integral*), y que a la base de cualquier política de derechos humanos se encuentran los "condicionamientos estructurales" del sistema político.

Esto quiere decir que el respeto a los derechos fundamentales, a nivel de la sociedad nacional, guarda estrecha relación con el grado de democracia. En el plano internacional, el centro de la actividad debe centrarse en la solución de "las causas estructurales más profundas de la injusticia, de las cuales las escandalosas violaciones de los derechos a *menudo no son sino síntomas*",[75] lo que debe hacerse extensivo a las sociedades domésticas.

El actual orden internacional, injusto y elitista, es un obstáculo para

[73] *Cfr.*, Vasak, Karel, *For The Human Rigths of the Third Generation: The Rigths to Solidarity, X* Periodo de Estudios del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estraburgo, julio de 1979.

[74] *Cfr.*, Ferrero, Raúl, *Estudios sobre el nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*. Ginebra, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 34º periodo de sesiones, 1981, p. 25.

[75] *Cfr.*, *Ferrero, Raúl, op. cit.*, p. 6.

la realización de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sobre esto, el artículo 25 de la Declaración Universal señala que toda persona tiene *derecho a un nivel de vida adecuado* que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. El polo de la contradicción viene dado por la dicotomía: países subdesarrollados o tercer mundo y naciones industrializadas.

El derecho al desarrollo, como se escribía, es el producto de las negociaciones por un nuevo orden internacional:

> El actual orden económico internacional está en contradicción directa con la evolución de las relaciones políticas y económicas internacionales en el mundo contemporáneo. Desde 1970, la economía mundial ha experimentado una serie de crisis graves que han tenido serias repercuciones, especialmente sobre los países en desarrollo a causa de su mayor vulnerabilidad, con relación a los impulsos económicos externos.[76]

La Carta de 1974 y las negociaciones globales sobre cooperación para el desarrollo, constituyen una búsqueda de seguridad económica colectiva para el desarrollo, en la perspectiva de recrear (reformar, para los más críticos) el mundo de posguerra.[77]

La Asamblea General (resolución 32/130, de 16 de diciembre de 1977), decidió que las cuestiones de derechos humanos en Naciones Unidas deberían considerar la realización del nuevo orden económico internacional como un elemento efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En tanto que la resolución 6 (XXXVI), aprobada por la Comisión de Derechos Humanos (1980), reconoce la necesidad de crear las condiciones adecuadas para la protección plena de los derechos de individuos y pueblos. La Comisión insistió en que el derecho al desarrollo es un derecho humano, tanto de naciones como de individuos.

Escribir, por tanto, de una economía política de los derechos humanos, significa: 1) Establecer la vinculación entre el derecho al desarrollo, el nuevo orden internacional y la satisfacción de las necesidades humanas básicas (materiales, y morales); y 2) Señalar la relación entre los derechos humanos y el sistema social.

No se trata de reducir la "explicación" de la violación de derechos a la cuenta del sistema. En buena parte, los derechos humanos (estruc-

[76] Resolución 3201 (S-VI), Asamblea General (1974).

[77] *Cfr.*, Bedjaoui, Mohamed, *Hacia un nuevo orden económico internacional*, UNESCO, 1979.

turales o condicionados) [78] gozan de autonomía. Con todo, es innegable que a mayor democracia-menor violación de derechos, menor posibilidad de infringir los derechos fundamentales.

El derecho al desarrollo, por último, es mirado como la más completa y posible realización del potencial de cada ser humano.[79] La satisfacción de las necesidades humanas básicas es un derecho humano elemental, requisito para el goce de otros derechos. Con razón se ha dicho que el desarrollo es el nuevo nombre de la paz (Paulo VI, 1965).

VIII. El derecho a la paz

En la Declaración para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (Resolución 3201 S-VI) se señala que la paz y la justicia son elementos esenciales para un rápido desarrollo económico y social.

Se trata de una paz activa, con lo que queremos decir que no es sólo la ausencia de guerra, sino un proceso positivo de óptima contribución al progreso económico, social, político y cultural de los individuos y los pueblos.

En el preámbulo de la Carta de la ONU se expresa: "...proteger a las futuras generaciones del flagelo de la guerra." El uso de la fuerza está proscrito en las relaciones internacionales (artículo 2, No. 4, Carta de las Naciones Unidas). El derecho de cada uno de vivir en condiciones de paz internacional y seguridad, ha sido confirmado por la Resolución 5 (sesión 32) de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones (27 de febrero, 1976).

El derecho de la paz [80] supone ciertas condiciones políticas, económicas, culturales y jurídicas. Un clima de vida en paz, la superación del subdesarrollo, la democracia, y el respeto al derecho ajeno, marcan los lineamientos centrales de una paz históricamente ubicada.

[78] Un enfoque interesante que requeriría de un examen en profundidad sobre derechos *estructurales y condicionales,* en: González-Souza, Luis y Ricardo Méndez Silva (comps.), *Los problemas de un mundo en proceso de cambio,* México, UNAM, 1979.

[79] UNESCO, *Expert Meeting..., op. cit.,* p. 4. Según este Informe (1978), que compartimos, tres son las relaciones básicas de todo proceso de desarrollo: 1) *desarrollo sicosomático*: la persona en relación a sí misma; 2) *desarrollo sico-social*: una persona en relación a individuos o grupos en sociedad; *desarrollo sico-ecológico:* la persona en relación a su medio ambiente, como lo observamos más adelante.

[80] *Cfr.,* Díaz Müller, Luis, *Derecho de la paz y nuevo orden internacional,* ponencia al Coloquio sobre *la guerra nuclear,* México, Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, mayo de 1981.

¿Cuáles son, a partir de lo afirmado, las condiciones del derecho de la paz? [81]

1º La guerra no es una ley de la naturaleza. El primer derecho del hombre es el derecho de la vida;[82]

2º La paz no es sólo la ausencia de guerra, ella debe ser un proceso constructivo de armonización de los grupos humanos y las diversas economías mundiales;

3º La paz no puede ser impuesta;

4º Es necesario que las sociedades se preparen para vivir en paz asumiendo sus responsabilidades asegurando la salvaguardia de la vida terrestre;

5º El derecho a la paz es un derecho del hombre y no puede haber paz más que en el respeto a los derechos del hombre.

Una *estrategia para la paz* supone:

a) La oposición a la violencia;
b) La oposición a la carrera de armamentos;
c) La cooperación internacional
d) Una información completa y objetiva sobre todo lo que favorece o desfavorece a la paz;
e) Una educación para la paz;
f) La realización de investigaciones para promover en la opinión pública un clima de confianza asegurando la estrategia de paz que reemplace a una estrategia de guerra en un mundo de solidaridad.[83]

El derecho de la paz tiene como antecedente en el área latinoamericana a la Carta de la Habana (1948) destinada a establecer un marco comprensivo para el comercio y las relaciones económicas internacionales. Una concepción moderna de la soberanía, escribe H. Bedjaoui, debe incorporar la *independencia económica*. En este contexto es que debemos ubicar el derecho de la paz, como un derecho solidario, de búsqueda de una sociedad internacional cooperativa.

[81] Lopatka, Adam, *El derecho a la paz*. Existen dos versiones que conocemos: Ponencia al Curso sobre Derechos Humanos, UNESCO-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1980; y Ponencia al Coloquio sobre la guerra nuclear, UNAM, Querétaro, 1981.

[82] Groupe de Travail Non Gouvernamental (ONG), UNESCO, 1981, *op. cit.*, p. 8.

[83] Organisations Non Gobernementals (ONG), *Les droits de solidarité:..., op. cit.*, p. 8.

La importancia del componente ético [84] en la concepción global del desarrollo ha sido enfatizada en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas (1979), en que aparecen seis proposiciones de naturaleza ética en apoyo de este derecho:

1) La promoción del desarrollo es un tema fundamental concerniente a la conducta humana;

2) En las relaciones internacionales existe un *deber de solidaridad,* que está solemnemente reconocido en la carta;

3) El aumento de la interdependencia de todos los pueblos subraya la necesidad de una responsabilidad compartida en la promoción del desarrollo;

4) Es de los mejores intereses económicos de todos los estados promover la universal realización del derecho al desarrollo;

5) Las disparidades económicas y otras son inconsistentes con la mantención de la paz mundial y la estabilidad, y

6) Los países industrializados, antiguos poderes coloniales, tienen un *deber moral* de reparar un pasado de explotación.[85]

El derecho a la paz, según un informe de la UNESCO,[86] es el resultado de la proclama contenida en la Carta de las Naciones Unidas al efecto que los derechos humanos y las libertades deben ser respetadas y el uso de la fuerza debe ser prohibido.

Philip Aleton sostiene que el derecho de la paz consiste en la creación de condiciones de equidad y justicia social que deberían obviar el recurso a la violencia. Sobre el punto, señala la Comisión de Derechos Humanos: "Cada uno tiene el derecho de vivir en condiciones de paz internacional y seguridad y gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos civiles y políticos." [87] Finalmente, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz (1978), en cuyo preámbulo se reconoce que la paz entre las naciones debe basarse en el respeto a los principios políticos, sociales y de los movimientos religiosos.[88]

[84] *Cfr.,* Aleton, Philip, *The Right to Peace,* UNESCO, Colloquium: *The Rights of Solidarity,* México, agosto de 1980, p. 4. (Original en inglés.)

[85] *Idem.,* p. 5

[86] *Idem.,* p. 12.

[87] Commission on Human Rights, Genéve, 1976.

[88] Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, *¿La paz en el continente americano?,* México, vol. 4, marzo de 1981. En especial: Crahan, Margaret y Brian Emith, "Derechos Humanos, necesidades básicas en el mundo independiente: las Américas"; Michael. Gilberto "Liberación: nuevo nombre de la paz".

En América Latina, con la creación del Consejo Latinoamericano de Investigación para la Paz (CLAIP, 1977), de escasa actividad, podrían emprenderse *en el futuro investigaciones* en este campo y en materia de derechos humanos. Asimismo, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) ha venido desarrollando una interesante actividad en buen número de aspectos e investigaciones: democracia, militarismo, participación, nuevos derechos, Estado y otros, que permiten un avance en el estudio de la paz en la región.

En fin, la relación básica entre el mantenimiento de la paz y el efectivo respeto a los derechos humanos, está consagrada en el primer párrafo del "Preámbulo" de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: "La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables." También, en el "Preámbulo" de la Proclamación de Teherán (1986) se afirma: "la paz constituye la aspiración universal de la humanidad, y para la realización plena de los derechos humanos y las libertades fundamentales son indispensables la paz y la justicia." [89]

Las violaciones a los derechos humanos son el principal obstáculo para la paz mundial. La Asamblea General reiteró el vínculo entre la paz y consolidación de la distención internacional (Resolución 32/155 de la Asamblea General), en que los Estados miembros afirman su decisión de:

> Adherirse con firmeza a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y promover su aplicación, y adherirse a los principios universalmente aceptados y a las declaraciones encaminadas a fortalecer la paz y la seguridad mundiales a desarrollar relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados. . .[90]

El objeto de este derecho es la paz, entendida como un "mundo sin guerra", con justicia social y dentro de un nuevo orden mundial. La UNESCO ha señalado que la paz debe ser "concebida como un sistema justo y democrático de relaciones internacionales basado en los principios de la coexistencia pacífica, y no simplemente como una ausencia

[89] Naciones Unidas-Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo,* Informe del Secretario General, 35º periodo de sesiones, Ginebra, 1979, p. 68 y ss.

[90] Resolución 32/155 de la Asamblea General, par. 1.

de guerra".[91] La paz y la seguridad internacional "son condiciones necesarias para el progreso económico y social de todos los países".[92]

El desarrollo es el nuevo nombre de la paz.

En este sentido, la UNESCO ha ido esbozando una relación entre estructura social y paz. Y señalando como causas adversas a la paz, al subdesarrollo y la violencia de las estructuras.[93] Como escribe Alexandre Tichinov: "El derecho internacional contemporáneo parte del hecho de que, y esto es importantísimo, existe una estrecha relación entre la garantía por estado de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales."[94]

El derecho a la paz sería el corolario de la obligación del individuo de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. No es superfluo plantear que el derecho a/de la paz es un derecho individual y colectivo. Es más, parecería ser que este derecho cada día es reconocido más ampliamente por la sociedad internacional y, asimismo, que la proscripción del uso de la fuerza en el derecho internacional ha consagrado finalmente su vigencia.[95]

IX. El derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado

En los últimos tiempos, el problema de la protección al ambiente ha venido tomando nueva fuerza, empezando a ocupar la atención de los especialistas y de la comunidad internacional.

Con la Declaración de Estocolmo (1972), la contaminación del medio ambiente empezó a abrirse paso en los debates y en las legislaciones y constituciones nacionales.

En efecto, lo que actualmente se denomina derecho ambiental, como parte del derecho administrativo, tiende a preservar la calidad del medio donde el hombre vive y se desarrolla.

[91] *Cfr.*, UNESCO, *El mundo en devenir*, París, 1976.

[92] Asamblea General, Resolución 2542 (XXIV), artículo 3.

[93] *Cfr.*, Marks, Stephen, "Development and Human Rights: Some Reflections en the study of development, human rights, and peace", *Boletin of Peace Proposals*. vol. 8, núm. 3, 1977.

[94] *Cfr.*, Tichinov, Alexandre, *Le droit á la paix. Reunion d'experts sur le droits de l'homme, les besoins humanis et l'instauration d'un nouvel ordre economique international*, París, UNESCO, junio de 1978.

[95] *Cfr.*, Daes, Erica-Irene A., "Estudio de las obligaciones del individuo para con la comunidad y las limitaciones impuestas a los derechos humanos y las libertades impuestas en virtud del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos", citado en: *Las dimensiones internacionales del derecho del desarrollo. . ., op. cit.*, p. 77, cita 59.

En este sentido, la Declaración de Estocolmo, resultado de la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobó tres documentos principales: la declaración sobre el medio humano, su plan de acción y una recomendación, que posteriormente aprobó la Asamblea General, sobre la creación de un programa y un fondo para el medio ambiente (1972).

La Declaración establece 26 principios fundamentales sobre la materia. Entre ellos: el derecho a la calidad de vida, preservación de los recursos naturales, producción de recursos vitales renovables de la tierra, prohibición de descarga de sustancias, prohibición de contaminación de los mares, políticas ambientales adecuadas, racional ordenación de los recursos, planificación de asentamientos humanos, indemnización a las víctimas de la contaminación y otros.

El principio de la Declaración de Estocolmo señala (1972) la vinculación entre las políticas democráticas y el respeto de los derechos humanos fundamentales. El principio 19, el derecho soberano de los Estados para explotar sus recursos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional.

El problema demográfico y tecnológico constituyen los principales agentes de contaminación. La degradación del medio ambiente natural los peligros para la vida y la salud, el problema de la contaminación marina, han originado la constitución de "grupos ecológicos" o "verdes" destinados a combatir el cada vez más insano ambiente humano y físico.

En este marco general, empieza a delinearse el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. A partir del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre ("el individuo tiene deberes hacia la comunidad...") observamos una serie de *declaraciones* sobre el tema:

a) La Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre las bases científicas de utilización racional de los recursos y de la conservación de los recursos de la biósfera (París, UNESCO, 1968) adopta la Resolución No. 17: "La Conferencia, habiendo sido informada que en la Sesión 45a. del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas... primero, tenga en cuenta las recomendaciones de la Conferencia sobre la biósfera y segundo, examine la oportunidad de una declaración universal sobre la protección y conservación del medio ambiente humano."

b) La Asamblea General de Naciones Unidas (3 de diciembre de 1968) adoptó la resolución siguiente:

> . . . tomando conciencia de los efectos del medio ambiente sobre la condición del hombre, su bienestar físico, mental y social, su dignidad y el disfrute de los derechos fundamentales, y convencida que es necesario llamar la atención sobre los problemas del medio ambiente para un desarrollo económico y social sano decide organizar una conferencia sobre el medio ambiente humano.

c) La primera conferencia parlamentaria internacional sobre el medio ambiente (Bonn, 1971), adoptó una resolución tendiente a reconocer el principio según el cual la humanidad tiene derecho a un medio ambiente sano.

d) La conferencia de Estocolmo, estableció los grandes principios que debería seguir la comunidad internacional sobre la materia.

e) Finalmente, numerosas declaraciones de los organismos especializados de las Naciones Unidas han tratado el problema, como es el OMS, OIT, PNUMA, UNESCO, etcétera.[96]

El derecho al medio ambiente, dentro de la categoría de los "nuevos" derechos, es un derecho colectivo (en favor de la humanidad) e individual (comporta una obligación para el individuo) [97] y para el Estado. Es importante considerar que este derecho significa una limitación sustancial al derecho de propiedad, en la medida que prohibe su abusiva explotación o en términos que perjudique a la comunidad. Así, numerosas legislaciones nacionales han incorporado este derecho: Suecia, Dinamarca, Japón, .Estados Unidos, han establecido leyes generales relativas a la protección del medio.[98]

En el caso latinoamericano se observan avances en materia constitucional: en Colombia, el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente (1973) tiene como objetivo "la protección, conservación y restauración del medio ambiente y sus recursos naturales renovables, la salud y el bienestar de sus habitantes"; en México, existen la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (LFCA, *Diario Oficial* de 23 de marzo de 1971), el Reglamento para prevenir y Controlar la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias *(Diario Oficial* de 23 de enero de 1979), la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares *(Diario Oficial* de 31 de diciembre de 1974), el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental Originada por

[96] *Cfr.*, Kromarek, Pascale, *Le Droit a un enviroment sain et equilibre*, México, UNESCO, Coloquio sobre "Les nouveaux droits de l'homme: Les droits de solidarite", agosto de 1980.

[97] *Idem*, pp. 39 y ss.

[98] *Cfr.*, Cabrera, Lucio, *op. cit.*, p. 85.

la Emisión de Ruidos (*Diario Oficial* de 2 de enero de 1976) y, en 1983, la creación de la Secretaría de Mejoramiento del Ambiente y la ley respectiva.

El derecho ambiental ha reconocido cuatro etapas históricas:

Primera: La protección de la salud física del hombre;

Segunda: El ejercicio del derecho al medio ambiente en el sentido de protección;

Tercera: La correcta utilización y conservación de los recursos naturales, y

Cuarta: El control y protección de los ecosistemas.

El derecho al ambiente ha tenido numerosas expresiones concretas. En realidad, el problema ambiental recién empieza a ser considerado como un "nuevo" derecho. Como escribe Alexander Kiss:

> Por ahora, nadie puede exigir responsabilidades al autor de una contaminación con base solamente en la degradación del Medio Ambiente; . . . hasta nueva orden, nadie puede exigir reparación en ausencia de una norma convencional precisa, por el hecho que los océanos hayan sido contaminados, incluso si los ecólogos nos demuestran que esa contaminación puede colocar en situación inestable al equilibrio ecológico de la tierra; . . . por todas esas razones, el principio de la responsabilidad por daños ecológicos no es suficiente para el derecho internacional positivo. . .[99]

Se trata de una *responsabilidad suave (softlaw)* para hacer cumplir una recomendación de Naciones Unidas.

Hoy día, a pesar del inmenso daño que la civilización industrial está provocando al medio ambiente y al ecosistema, es lamentable observar el escaso cumplimiento de las normas sobre contaminación. En ciudades como Tokyo, Caracas y México, observamos la creciente pérdida de la relación del hombre con un medio ambiente que proporcione salud física y mental.

El derecho al ambiente tiene como sujeto al hombre. Es un derecho colectivo (planetario), solidario, que se ejerce individualmente, y que además establece obligaciones para el Estado. En fin, estamos en presencia de una obligación de hacer, que une a los individuos y al Estado en la búsqueda de un modo de vida sano, vinculados por la decisión política de hacer más tolerable la existencia en comunidad.

A decir verdad, los "nuevos" derechos, denominados solidarios o de la tercera generación, representan más bien un arcoiris de aspiraciones

[99] *Cfr.*, Kiss, Alexander, *Los principios generales del derecho de medio ambiente*, España, Universidad de Valladolid, 1975, p. 24.

impulsadas por la sociedad internacional, antes que un deber-ser anclado en la realidad jurídica internacional.

Por esta razón, su exigibilidad es aún difusa. Los nuevos derechos reconocen como sujetos al individuo y a la comunidad internacional, como es el caso del derecho de libre determinación sin que su obligatoriedad sea inmediata.

X. Problemas actuales en el estudio de los derechos humanos

Es nuestro propósito presentar, a manera de balance, un breve panorama de los problemas actuales de los derechos humanos.

a) Un primer asunto que observamos se refiere a la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. La misma separación de los derechos humanos contemplada en los Pactos de 1966, entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, acarrea una serie de consecuencias en cuanto a la obligatoriedad de ambos tipos de derechos. Los derechos socioeconómicos se exigirán *"progresivamente"*; si bien es cierto, actualmente existe una Comisión encargada de presentar un informe anual acerca del avance de estos derechos.[100]

b) Un segundo problema se relaciona con la situación de las minorías. El artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos trata de este problema.

Las minorías étnicas, religosas o culturales habían sido descuidadas en materia de protección de sus derechos humanos.

El principio de autodeterminación se había planteado como una cuestión relativa a la independencia externa de los centros coloniales, a propósito del proceso de descolonización política en Asia y África durante la década de los sesenta. Ahora, se empieza a hablar de *"autodeterminación interna"* (o autonomía), como mecanismo de reconocimiento de los derechos de las minorías y las nacionalidades, y su reconocimiento por el derecho internacional. La cuestión de las poblaciones indígenas ha planteado una serie de medidas protectoras por parte de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT).[101]

c) El tema de los *"pueblos"* ante el sistema internacional empieza a cobrar fuerza y reconocimiento. Es cierto que la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo) habla de *"pueblos"* en sentido amplio; con todo,

[100] *Cfr.*, Héctor, Gros Espiell, *Las Naciones Unidas y los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.

[101] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, *Las minorías y el derecho internacional*, San José, III Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, 1985.

se trata de precisar su aceptación por la comunidad internacional, al igual que los movimientos de liberación nacional.[102]

En la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (Argel, 1976) se reconocen estos derechos y los de las minorías, especialmente en materia de derecho a la existencia, la autodeterminación política y los derechos económicos de los pueblos.[103]

d) Los nuevos sujetos o actores del derecho internacional aparecen con mayor nitidez en la época actual. Es el caso de las empresas transnacionales, los organismos internacionales, los pueblos y las minorías, y la humanidad, como titular de derechos y obligaciones internacionales.

En el tema de la humanidad se reconoce el derecho de ésta a la titularidad sobre los fondos marinos y oceánicos. La noción de "patrimonio común de la humanidad" (Resolución No. 2749-C de la Asamblea General y artículo 76 de la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982), establece un nuevo sujeto de derechos y obligaciones: la humanidad, criterio que se hace extensivo al territorio antártico y al espacio ultraterrestre.[104]

e) El tema de las regiones ante el derecho internacional de los derechos humanos, entendido como un problema de autonomías (caso de España), empieza a esbozarse en las nuevas discusiones. Asimismo, problemas y asuntos que vinculan los problemas del desarrollo a la afectación de los derechos humanos: organismos internacionales (Fondo Monetario), deuda externa,[105] modelos económicos (neoliberalismo).

f) En el estudio de la ciencia política se plantean cuestiones relacionadas con el autoritarismo y los derechos humanos, los regímenes de transición, los mecanismos de participación (comunidades de base) y los derechos humanos.

A la politización creciente de los derechos humanos debe sumarse el problema de su *"universalización"*. En estos contextos asistimos a una ruptura del enfoque exclusivamente jurídico de los derechos humanos, para desplazarse a los asuntos relacionados con las posibilidades que puede brindar un enfoque metodológico *integral*.[106]

[102] *Vid.*, Abi-Saab, George, *Curso de la Academia de Derecho Internacional* (La Haya), 1979.

[103] *Vid.*, Jouve, Edmond, *Le Droit des Peuples*, París, PVF, 1986, p. 19.

[104] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, *México y la III CONFEMAR*, México, Instituto de Ciencias del Mar, 1986 (en prensa).

[105] *Cfr.*, Díaz Müller, Luis, "Deuda y derechos humanos", *Revista Universidad de México*, México, agosto de 1986.

[106] *Cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Educación y derechos humanos*, San José, Editorial Libro Libre, 1985.

XI. Conclusiones

El problema metodológico principal que se nos ha venido planteando es el de la articulación de la economía política de los derechos humanos, como expresión democrática en Latinoamérica, con la unidad económica central del mundo capitalista: los conglomerados transnacionales.

En este marco, escribir sobre una economía política de los derechos humanos significa, no solamente estudiar la interacción entre el sistema interamericano de protección y estas empresas, sino que se refiere a los problemas de base: la orientación autoritaria (totalitaria, más bien) de los sistemas políticos, que sirven de sustento y promoción de la penetración del capital extranjero, vía transnacionales.

Entonces, las empresas transnacionales se ubican en un área particular de los sistemas políticos latinoamericanos, afectando económica y políticamente los derechos humanos y la vigencia de la democracia. En otras palabras, en un intento de ensayo integral debe tenerse presente que la explicación viene dada por el sistema social en su conjunto. Estamos en presencia de un condicionamiento estructural, que coacciona y limita las posibilidades de independencia económica y política.

Las conclusiones de este ensayo podrían ser las siguientes:

1º Hemos tratado de delinear la arquitectura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para conocer los factores, instituciones y mecanismos de promoción y protección de estos derechos, en la perspectiva de ubicar a los conglomerados transnacionales en esta compleja afectación mutua.

2º El análisis se enmarca dentro del proceso cambiante de reestructuración e internacionalización de la economía mundial, especialmente después de 1945. El factor principal de este proceso es comandado por los conglomerados, células económico-políticas de la economía internacional, dinámicas y cambiantes, que representan la más alta cantidad de inversión extranjera en América Latina en toda su historia.

3º En esta perspectiva, hicimos notar la falta de un derecho de las transnacionales que ubicara y normara las actividades de estos conglomerados. Esta laguna representa una insuficiencia que tratamos de avanzar en su resolución al tratar los procedimientos internacionales de regulación y control (códigos de conducta).

4º Por otra parte, el sistema interamericano de los derechos humanos, de reciente funcionamiento (el Pacto de San José entró en vigencia en 1978), constituye todo un sistema de protección y promoción de dere-

chos, que analizamos manteniendo su relación con el sistema de Naciones Unidas.

5º El enfoque utilizado para describir y analizar el sistema interamericano de derechos humanos acepta la clasificación generacional (derechos civiles y políticos; derechos sociales, y derechos de solidaridad, vinculándolo a las normas establecidas por Naciones Unidas.

6º En un primer balance crítico del sistema interamericano en esta materia, observamos su falta de eficacia relativa. Los gobiernos se niegan a otorgarle o a reconocerle competencia, celosos de su jurisdicción doméstica, o, simplemente, por razones políticas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre todo por presiones de opinión pública internacional, resulta ser el órgano más activo en la investigación y difusión de las violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana aún no conoce de casos sometidos a su conocimiento debido a su imposibilidad de conocer violaciones de oficio, como a la reticencia de los gobiernos para aceptar la competencia de la Corte. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos realiza una función de estudio importante, especialmente en materias destinadas a indagar las causas que provocan la falta de respeto a estos derechos.

7º El sistema interamericano de derechos humanos aparece dentro del esquema de la Organización de Estados Americanos (OEA). En virtud de la reforma a la Carta de la OEA o Protocolo de Buenos Aires (1967), se introducen al texto interamericano numerosas disposiciones de índole económica y social. En nuestra materia, observamos que los derechos socioeconómicos aparecen reglamentados por la Carta de la Organización, a la cual remite la propia Convención Americana de San José (1969).

8º Los textos interamericanos, especialmente la Declaración Americana de 1948, y la propia Convención, se refieren reiteradamente al respeto de los derechos humanos dentro del sistema de democracia representativa. Si observamos el panorama político latinoamericano, podemos concluír que son escasos los regímenes políticos que se apegan a este principio. La democracia aparece caracterizada por el sufragio universal, la libre elección de representantes, y el libre acceso a los cargos públicos. Estamos en presencia de un propósito incumplido, que resulta de enorme importancia por cuanto los derechos humanos son el atributo y expresión del sistema democrático.

9º Los derechos liberales, en nuestra opinión, se relacionan directamente con la posibilidad real del ciudadano de participar en la gestión de los asuntos públicos. La Convención Americana, en forma parecida

a la Declaración Universal y al Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, consagra estos derechos exhaustivamente (artículo 3 a 25).

10º Los derechos económicos, sociales y culturales, son analizados en la Carta de la OEA (Protocolo de Reformas de 1967), en forma de su puesta en marcha. El Protocolo de Buenos Aires trata separadamente cada tipo de estos derechos. La elaboración de este apartado carece de precisión en lo que se refiere a una clara sustentación doctrinaria de los derechos sociales, que son tratados secundariamente, con un claro propósito de otorgarles menor importancia que a los derechos civiles y políticos.

11º El escaso respeto otorgado a este tipo de derechos debió hacer pensar en la necesidad de crearles un marco normativo en la propia Convención Americana. Creemos que se hace necesario aprobar un *protocolo en materia de derechos sociales,* acentuando la función de la Corte y de la Comisión en este tema; incluso, porque la propia naturaleza de este tipo de derechos, como el derecho a la seguridad social o a la vivienda, no es posible reclamar tan claramente por su violación. Además, cuando se tratan los derechos derivados de la ciencia y la tecnología, la Carta de la OEA no aborda ninguno de los problemas centrales (integración y cooperación tecnológica, aprovechamiento de la tecnología nativa) que pudieran coadyuvar al desarrollo latinoamericano.

12º La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha cumplido una extensa labor en materia de derechos económico-sociales. Creada en 1919, al término de la Primera Guerra Mundial, ha venido trabajando en la defensa de los derechos de los trabajadores. La Declaración de Filadelfia (1944) puso al día los propósitos y metas de la OIT destinados principalmente a proteger derechos como el empleo, salario, negociación colectiva, seguridad social, salud y otros.

13º En el área de derechos humanos, se ha encargado de proteger la libertad sindical, y a emitir informes y recomendaciones a los gobiernos. En este tema, pueden mencionarse las diferentes reuniones para hacer aplicables las normas dispuestas por la OIT en el ámbito exclusivamente americano.[107]

14º Un balance de la promoción y defensa de los derechos sociales realizado por la institución nos permite concluir que sus normas pro-

[107] Se puede hablar de un particularismo regional en materia de protección de derechos sociales, si bien estos principios no fueren incorporados a la Convención Americana sobre derechos humanos. Efectivamente, en la actualidad, se estudia un Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

tectoras han sido escasamente respetadas, razón por la cual estamos más bien ante declaraciones *programáticas*, incumplidas, que ante el efectivo ejercicio de las normas sociales aprobadas por la sociedad internacional.

15º El derecho de libre determinación de los pueblos aparece inscrito dentro de los derechos sociales. Tanto en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se protege este derecho. Se trata de un *"derecho del pueblo"* como entidad colectiva. Por esta razón, a pesar de que está contemplado en el artículo 1 del Pacto sobre Derechos Individuales porque beneficia al individuo, pensamos que se trata ante todo de un derecho colectivo y social. En este sentido, también está consagrado en el artículo 1º del Punto de Derechos Económicos y Sociales y Culturales.

16º La categoría "pueblo" aparece escasamente en el derecho internacional. Precisamente, son las disposiciones sobre autodeterminación las que dan vida a este concepto: estamos en presencia de un derecho "relacional" (Dupuy),[108] que permitió el proceso de descolonización política (alrededor de 1960), y que constituye un derecho esencial para el respeto de los derechos humanos. La Resolución No. 1514 de 1960, conocida como la *"Carta de la Descolonización"*, enfatiza el carácter colectivo de este derecho: se aplica a todos los pueblos privados de libertad. En este mismo sentido aparecen los artículos 73 y 76 a 79 de la Carta de las Naciones Unidas.

17º Los derechos de solidaridad, como se ha visto, aparecen con los reclamos por un nuevo orden internacional. El derecho al desarrollo, *verbigratia*, se plantea como la reinvindicación de los pueblos atrasados en favor de su independencia económica y política. Se trata de un derecho subjetivo, propio de la persona humana. El derecho al desarrollo, en cambio, es un derecho *objetivo*, destinado a regular los aspectos económicos, comerciales y técnicos del desarrollo y la cooperación internacional.

18º El derecho a la paz, de formulación incipiente, se refiere a las posibilidades estructurales de eliminar la guerra y crear las condiciones para un *desarrollo integral y pacífico*. Si bien está esbozado en la Carta de la ONU (artículo 2, No. 4), estamos en presencia de un derecho no desarrollado definitivamente. Puede decirse que el derecho a la

[108] *Cfr.*, Dupuy, Rene-Jean, *Droit International*, París, PUF, 1976. Sobre la noción, de "pueblo", véase: Díaz Müller, Luis, "Los pueblos y los derechos humanos", en *América Latina, relaciones internacionales y derechos humanos*, México, FCE, 1986.

paz se relaciona con el derecho a la vida y a la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Con todo, se trata de un derecho que requiere una mayor elaboración, y su nexo con el problema del desarme por ejemplo, para que adquiera un estatuto internacional mayormente aceptado. Es claro que el problema de la paz es un problema político que requiere de la creación de sociedades nacionales y de un orden internacional justo.

19º El derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como el derecho a la comunicación (el nuevo orden informativo internacional), constituyen derechos de solidaridad cuya determinación es nacional e internacional al mismo tiempo. Debemos reconocer los avances logrados por algunas legislaciones nacionales en materia de derecho ambiental, así como la frecuente denuncia de los monopolios transnacionales de la comunicación.[109]

20º En este ambiente general es que se plantean los derechos humanos en América Latina como un problema estructural, es decir, se relaciona con los fundamentos básicos de los sistemas políticos regionales. Estamos en presencia de un desafío a la democracia, en que debemos partir por reconocer el carácter profundamente autoritario [110] de algunos de los sistemas políticos de la región.

21º Los nuevos temas de los derechos humanos: minorías, empresas transnacionales, desarrollo, pueblos y movimientos de liberación nacional, regiones, la humanidad en su conjunto, expresan la tendencia creciente a la *universalización y politización* de los derechos humanos, así como a enfatizar su carácter *interdisciplinario*.

[109] *Cfr.*, Ruiz Elbridge, Alberto, *Aspectos jurídicos de la comunicación internacional*, México, Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales (ILET), 1978.

[110] *Cfr.*, Milton y Rose Friedmann, *Libertad de elegir*, México, Editorial Grijalbo, 1981.

LA LESIÓN EN LOS CONTRATOS: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Ignacio GALINDO GARFIAS

Se ha discutido acerca de la naturaleza y efectos de la lesión en los contratos. Se especula sobre su finalidad y sus elementos y acerca de su fundamento jurídico y moral, y se ha tratado de precisar su origen romano, canónico o germánico. El artículo 17 del Código Civil, no obstante la equidad que lo inspira, es uno de los preceptos que no han tenido una eficaz aplicación a pesar también de contar con una trayectoria histórica y una tradición doctrinal bien definidas. Por otra parte, la doctrina no ha llegado a encontrar solución uniforme a la problemática de la lesión en los contratos.

La fórmula legislativa que contiene el precepto enuncia una norma de justicia conmutativa, y descansa a la vez en un principio básico: la buena fe contractual y la equivalencia de las prestaciones; es, sobre todo, un precepto protector del contratante débil.

La norma que contiene el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal encierra el punto de partida de una renovación del derecho contractual de tal importancia, que el espíritu en que se inspira es el mismo que dio lugar a las normas protectoras del trabajador asalariado que provocaron en el siglo XIX la legislación laboral.

La directiva que apunta el artículo 17 obedece al mismo principio tutelar, sin ofrecer una cabal situación al problema de la inequidad en el contrato, como trataré de explicar más adelante.

Empero, la norma que priva de validez a los pactos lesivos (aun dentro del limitado campo que comprende la lesión en nuestro derecho) es un punto de inicio de la transformación del contrato. Es a partir de esa finalidad que pretende restablecer el equilibrio de las prestaciones y con ello impedir el abuso, por una de las partes, de la libertad contractual en perjuicio de la otra, para ubicar el acuerdo de las voluntades dentro de los límites de la buena fe, como lo expresa el Código Civil alemán, de acuerdo con las "buenas costumbres".

Por una reforma que entró en vigor el 1º de octubre de 1964, se modificó el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, para disponer que la lesión produce la nulidad del contrato o la reducción equitativa de la obligación y el pago de daños y perjuicios, cambiando así el sistema anterior, que sancionaba la lesión con la rescisión del contrato.

Conforme con dicha reforma, la lesión es ahora un vicio de la voluntad que conduce en los contratos conmutativos, a la desproporción evidente de las prestaciones recíprocas de las partes.

El Código Civil para el Distrito Federal establece que no sólo el contrato de compraventa es susceptible de nulidad por lesión (rescisión en el Código Civil de 1884) sino todos los contratos conmutativos pueden ser invalidados por esta causa, cuando sirva de instrumento para que uno de los contratantes explote la ignorancia, la miseria o inexperiencia de la otra y así obtenga un lucro excesivo, "evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga".

Antes de la reforma del precepto mencionado, la lesión daba lugar a la rescisión del contrato y no su nulidad; se discutía acerca de si el elemento decisivo para privar de efectos al acto lesivo era la desproporción de las prestaciones (elemento objetivo y no la posición de desventaja en que se encuentra una de las partes en el momento de la celebración del contrato (elemento subjetivo).

Con la reforma legislativa esa cuestión ha quedado resuelta en favor de la posición subjetiva: es decir, la nulidad se origina de un vicio de la voluntad de aquella de las partes que por su ignorancia, inexperiencia, o extrema miseria, se ha obligado a efectuar una contraprestación grandemente desproporcionada a lo que recibe a cambio.

Si se adopta el criterio subjetivo, la desproporción o desequilibrio económico es sólo la base para presumir la explotación injusta contractual de una de las partes en perjuicio de la otra; en tanto que, desde el punto de vista objetivo, la evidente desproporción económica entre las prestaciones, es suficiente para privar de efectos al acto, sin que se presente cuestión alguna sobre la causa de esa desproporción.

El criterio que siguió al Código Civil de 1884 en el artículo 1658, es el denominado objetivo, conforme al cual, si la parte que adquiere da dos tantos más a la que enajena recibe dos tercios menos, la compraventa podía ser rescindida por causa de lesión.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, los elementos de la lesión en nuestro derecho son:

a) En un contrato conmutativo una de las partes debe obtener una ganancia desproporcionada, mediante la explotación del otro contratante.

b) La explotación debe realizarse, valiéndose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de aquel con quien contrata el explotador.

c) El explotador debe obtener un lucro excesivo, desproporcionado con lo que él por su parte se obliga.

El efecto de la lesión consiste en que el perjudicado podrá demandar la nulidad del contrato o una disminución equitativa de la obligación.

Para que proceda la nulidad por lesión, debe probarse la relación entre la explotación de esa situación de desventaja y la obtención del lucro desproporcionado.

Expuestos así en rasgos generales los elementos de la lesión y sus efectos sobre el acto lesivo, veamos cuál es el sistema que adoptan, sobre la materia, el derecho anglosajón, el derecho suizo, el derecho alemán y el derecho italiano.

En el derecho anglosajón, a pesar de que no conoce la figura jurídica de la lesión con las características que tiene el derecho continental europeo, sin embargo, con dos figuras equivalentes, la *undue influence* y la *unconscionable bargain*, que tienden a lograr la misma finalidad de la lesión; el derecho suizo organiza la lesión con fines muy amplios de tutela, como ocurre en el derecho civil alemán; ambos organizan la lesión con fines tutelares del orden público y en protección de quien contrata en situación de desventaja por necesidad, ligereza o ignorancia. Ambas legislaciones son el antecedente de nuestro artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal. El derecho civil italiano, en fin, protege en la lesión a quien contrata en un estado de necesidad.

Haré una breve mención al derecho civil argentino, porque después de una reforma al artículo 954 del Código Civil se introdujo la nulidad por lesión conforme a los principios que siguen los códigos civiles alemán y suizo de las obligaciones.

En el derecho inglés la impugnación de ciertos contratos inequitativos se lleva al cabo aplicando el principio *undue influence* (abuso de influencia) o bien invocando la teoría del *unconscionable bargain* (trato inescrupuloso).

Se trata de recursos que se invocan ante los jueces de equidad como remedio contra los convenios que una de las partes ha celebrado en

franca situación de desventaja frente a la otra parte. Sobre este particular, el profesor S. M. Waddams nos informa:

> El derecho de equidad ha ido más lejos que el derecho consuetudinario en la protección de la parte débil en las obligaciones contractuales. Además en los casos de los menores y ebrios consuetudinarios, existe una protección general acordada en favor de los débiles mentales o dementes. De mayor importancia son los casos en los que no existe propiamente débil mental, sino simplemente una ventaja proveniente de la desigualdad en el poder de contratación. En los casos de contratos de compraventa o trasmisiones de derecho, celebrados por presuntos herederos para negar la declaración de nulidad se ha requerido de parte del demandado, las pruebas de que el precio que pagó es el equivalente al de la propiedad adquirida. La nulidad decretada debe fundarse en que las partes no se encontraban al celebrar el contrato en igualdad de situaciones.[1]

Los jueces de equidad tratan de impedir la desigualdad en los contratos. Con todo, el concepto de *unconscionability* en el derecho inglés es más amplio que el de la lesión en el derecho continental, pues comprende la nulidad de estipulaciones tales como la que exime de responsabilidad por incumplimiento, y se extiende a los casos de error, dolo o violencia, los cuales sin duda alguna tienen en cuanto a los resultados un común denominador, la voluntad mal conformada que los aproxima a los casos de lesión; pero se distinguen porque en ellos no influye la desproporción de las prestaciones, característica en la lesión.

Es importante señalar que en el derecho anglosajón, en todo caso, el dato decisivo para anular un contrato es su *falta de equidad* que resulta de la no equivalencia de las prestaciones si no existe fundamento racional que justifique esa desproporción *(unconscionability)*: es decir, que en el derecho inglés el contrato puede ser anulado cuando una de las partes, procediendo sin escrúpulos, se beneficia, obtiene una ventaja, valiéndose de la situación en que se encuentra la otra parte; con detrimento de esta última, obtiene lucro.

En el derecho inglés, la invalidez del contrato por *unconscionable bargain* se funda igualmente en la falta de equidad, cuando esto ocurre en el periodo precontractual (tratos previos), y una de las partes obtiene un provecho indebido. En este aspecto, los tribunales han invali-

[1] Waddams, S. M., "Unconscionability in Contracts", *The Modern Law Review*, vol. 39, julio 4 de 1976, pp. 369 y *ss.*

dado frecuentemente los contratos en que una de las partes hace estipular en su favor intereses usuarios.

Waddams cita una sentencia, en la que los tribunales, juzgando en conciencia:

> Protegieron a los prestatarios a fin de impedir que las garantías hipotecarias, otorgadas por éstos, se convierten en ventas. Declararon que en un contrato de hipoteca es nula la cláusula que estipule que al vencimiento del préstamo el acreedor hipotecario se haga el pago, adquiriendo la propiedad del bien hipotecado. Podríamos hallar —agrega la sentencia— poderosas razones para aplicar esta regla por razones de justicia. Cuando uno de los contratantes no tiene recursos económicos, carece de libertad para estipular y se ve precisado a aceptar los términos y las cláusulas que el otro contratante le impone.[2]

No es aventurado afirmar que la teoría de la lesión en los países anglosajones por las Cortes de equidad, es una ampliación de la teoría de la coacción tomada de la jurisprudencia de la Corte de *Common Law*. Comprobaremos que está lejos de presentar la característica general de los vicios de la voluntad del derecho continental. Comprende sólo hipótesis especiales y no postula principios generales; su desarrollo ha dependido de los amplios poderes de apreciación de que gozan los jueces de Inglaterra, quienes no están ligados por una regla de derecho escrito; se guían por un principio de derecho abstracto que les autoriza para intervenir en los casos en que la equidad se vea amenazada por la influencia de una de las partes sobre la otra, o cuando la desproporción de las prestaciones revela que se ha cortado su libertad.

El daño económico que sufre uno de los contratantes es consecuencia de que se encuentra en una situación de debilidad frente a la otra parte y que esta última, valiéndose de esa circunstancia, obtiene una ganancia excesiva.

Ahora bien, ¿cuándo puede decirse verdaderamente que la ganancia excesiva es consecuencia de esa explotación? Explotar significa aprovechar u obtener ventaja de algo o de alguien. En el caso, para servirse del contrato como de un instrumento de extorsión.

El abuso de influencia *(undue influence)* puede ser entendido como el uso indebido que hace una persona del poder ascendiente que tiene sobre otra para inducirla a celebrar un determinado contrato. No se plantea cuestión alguna sobre la causa, sino sobre sus efectos. La sola

[2] *Op. cit.*, p. 370.

coacción sobre la voluntad es considerada abuso de influencia (aunque no se produzca lesión alguna). Es necesario que el acto sea perjudicial.[3]

¿Cuáles son los elementos de la *undue influence*? Debe haber entre los contratantes una relación de confianza de la que una de las partes se aprovecha para inducir a la otra a contratar una situación de desventaja. ¿Esto basta para declarar la lesión?

No, porque este abuso no puede ser perjudicial a la parte que lo sufre. Se requiere que exista un daño, no procede invocar el abuso de influencia sino cuando de ella resulta la celebración de un contrato lesivo. Invirtiendo la posición, ¿podría decirse que siempre que el contrato cause pérdida hay abuso de influencia? No, porque de la falta de equivalencia de las prestaciones no puede presumirse ninguno de los vicios del consentimiento. ¿Puede entonces anularse el contrato por ausencia de causa? No sería posible, porque el derecho inglés exige una causa real aunque no sea suficiente.

La *undue influence*, como la lesión, comprende dos elementos: uno subjetivo para obtener el aprovechamiento del ascendiente de que goza una parte sobre la otra, de ella resulta una desproporción de las prestaciones (elemento objetivo). Es una figura autónoma que se aproxima, al dar importancia al primer factor, a los vicios del consentimiento.

El Código Civil alemán considera a la lesión como una especie particular de usura, y a su práctica como un atentado a las buenas costumbres y como una violación a las normas de orden público. Dispone la nulidad del contrato lesivo, porque causa un daño al contratante débil y, también, por eso es importante; constituye un acto ilícito, porque vulnera el orden social, el orden público.

En el derecho alemán antiguo, el concepto de usura se refería a los préstamos de dinero en los que se estipulaba un interés excesivo; este

[3] Ainsi on en arrive à tenir compte, en droit anglais, de deux sortes d'infériorité. Tout d'abord, celle qui est la conséquence d'un abus d'influence d'une partie sur l'autre: théorie de *l'undue influence*, la principale et la plus fréquemment admise par les tribunaux. Ensuite la théorie de *lunconscionable bargain*, où l'infériorité résulte d'un état de faiblesse mis a profit par le cocontractant; cette doctrine est dérivée de la précédente, et ses applications sont moins courantes. Allant encore plus loin, dans quelques rares cas particulierement graves, on n'exige même plus l'inégalité de situación entre les cocontractants; la seule disproportion suffit.

Il nést donc pas aventureux d'affirmer que la théorie correspondante à la lésion dans les pays anglo-saxons, due aux cours d'Equity, nést qu'une extension de la théorie de la contrainte, empruntée à la jurisprudence des cours de Common Law. Nousconstaterons portant qu'elle est loin d'avoir la généralité des vices du consentement en droit continental. (Ossipow, Paul, *De la Lesion, Etude de Droit Positif et de Droit Comparé Laussane*, París, Recuil Sirey, 1940, p. 71.

tipo de ilícito estaba severamente castigado. El Código Civil consideró también usurario el negocio en que se estipula una ventaja exagerada, en los contratos conmutativos (usura material), y así se la concibe y se sanciona en el derecho alemán que sanciona tanto la usura pecuniaria (interés exorbitante) como la usura material (aprovechar la necesidad de uno de los contratantes para obtener ventajas desproporcionadas).

El Código Civil alemán, en el artículo 138, dispone:

> Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres, es nulo, por el cual alguien explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga o se procure para sí mismo o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma al valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.[4]

Por otra parte, el Código suizo de las Obligaciones (artículo 21) dispone:

> Es usura la explotación de la situación de necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, haciéndole prometer o conceder, para el estipulante o para un tercero y a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que exceden de tal modo el valor de su prestación que, dadas las circunstancias se hallan con ésta en desproporción extraordinaria.

La lesión en el derecho suizo, además de la desproporción de las prestaciones, requiere de un elemento subjetivo que está constituido por la explotación que realiza una de las partes, de la situación de inferioridad proveniente de la necesidad, ligereza o inexperiencia de uno de los que contratan. En las leyes cantonales suizas sobre la usura, aparece por primera vez este factor subjetivo. Desde el punto de vista penal, la ley suiza dispone que la explotación usuraria supone intención y comete un delito quien se propone deliberadamente abusar de la situación de inferioridad del contratante.

Este propósito alevoso no había sido tomado en cuenta en la primera redacción del artículo 21 del Código de las Obligaciones. La lesión *enormis* (desproporción de las prestaciones) debería relevar

[4] *Vid*, traducción al castellano de Carlos Melón Infante. Apéndice al *Tratado de derecho civil* de Enneccerus, Kipp y Wolf.

al juez de la obligación de investigar si era o no consecuencia de la explotación. El proyecto suizo reflejaba la influencia del derecho romano en el cual era suficiente una diferencia de la mitad del justo valor de la cosa vendida *(justum pretium)* para que procediera la rescisión (concepto atribuido a una interpolación de dos escritos de Diocleciano y Maximiano).[5]

Pero, tan pronto fue introducido ese elemento subjetivo, la explotación adquirió primordial relevancia para caracterizar a la lesión. En esto se distingue el derecho suizo del derecho francés: en el acento del elemento moral de la lesión que la hace especialmente difícil de probar, al imponer a la víctima una carga gravosa: probar la intención de uno de los contratantes de explotar la situación en que se encuentra el otro.

La explotación es la causa de la lesión, es la razón por la cual tiene lugar la rescisión del contrato, puesto que en el propósito de explotar va implícita la obtención de un lucro injustificado por la desproporción de las prestaciones.

Existe una necesaria relación de los dos elementos objetivo (lucro) y subjetivo (explotación). Uno y otro tienen la misma importancia; aquél no significa nada sin éste. Si sólo se prueba uno de ellos no hay lesión. Si no hay lucro excesivo es inútil investigar si se aprovecha la ventaja. Ambos elementos deben ser concurrentes.[6]

El comentario transcrito tiene particular importancia porque el artículo 21 del Código Civil suizo de las Obligaciones, es el antecedente inmediato del artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que la doctrina suiza, en mi modo de ver, es determinante para precisar el concepto de lesión contractual en nuestro derecho.

Siguiendo la opinión doctrinal a la que me he referido, conviene tratar de indagar el concepto de explotación de la desproporción de las prestaciones para lucrar excesivamente. Constituye la explotación el dato que separa la lesión como se presenta en el derecho suizo; por una parte, de la inequidad en los contratos del derecho anglosajón *(unconscionability)*, y de la lesión enorme del derecho romano, así como del concepto que inspira el artículo 1658 de nuestro Código Civil de 1884, que disponía: "sólo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa." Este es el mismo criterio romano de

[5] Iglesias, Juan, *Derecho romano, Instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ed Ariel, 1972, p. 418.

[6] Ossipow, Paul, *op. cit.*, p. 241.

lesión que sigue la legislación española (véase artículo 1291 del Código Civil español).

Continúo con el comentario del derecho suizo: se pueden concebir tres criterios para configurar la noción de la explotación: *a)* el que no exige que las partes, particularmente la que se beneficia, tenga conocimiento en el momento de la celebración del contrato, del daño que sufre la otra parte; *b)* el que requiere que el explotador tenga conciencia de la explotación en el momento de la celebración del contrato; *c)* el que exige que una de las partes (el que se beneficia) celebre el contrato con la intención de abusar de la situación en que se encuentra el otro contratante para perjudicarlo. Conforme a este último criterio, no habría explotación si el explotador celebra el contrato sin el propósito preconcebido de dañar a la contraparte y sólo se aprovecha de las circunstancias favorables que le presenta el contrato. En la primera hipótesis, el contrato no sería lesivo desde un principio, puesto que el contrato no surge realmente usurario, sino que lo será con posterioridad a su celebración. Es la hipótesis de la imprevisión.

Conforme al segundo criterio, quien resulta beneficiado ha actuado de buena fe al celebrar el contrato, no podemos hablar de explotación. (Von Thur es de opinión contraria.) [7]

En el segundo caso, es suficiente con que el explotador tenga conocimiento de la lesión. Es suficiente que el logrero conozca esa situación de notoria ventaja en que se encuentra y se aproveche de ella, aunque no sea él quien la haya provocado. Tal como ocurre por regla general con los vicios del consentimiento, la lesión constituye un vicio no aparente para la víctima en el momento de la conclusión del acto; pero si la víctima presionada por las circunstancias se ve obligada con pleno conocimiento de que está aceptando obligaciones exorbitantes, sería injusto negarle la acción de rescisión; su consentimiento no puede justificar aquel rechazo. En otras palabras, debe obtener provecho de esta situación ventajosa, aun sin intención preconcebida.

La explotación consciente basta para constituir el elemento subjetivo. No se requiere la intención previa de valerse de esa situación para lucrar.[8]

Sin embargo, en el derecho suizo, cuando la víctima de la lesión tiene conocimiento cabal de la inequidad del contrato, lo celebra acosado por la situación de apremio (económico o moral) en que se encuentra; lejos

[7] *Tratado de las obligaciones* (Traducción de Wenceslao Roces), Madrid, Reus, t. 1, 1934, p. 228.

[8] Ossipow, Paul, *op. cit.*, p. 245.

de desaparecer por ello el elemento explotación, lo robustece, lo agrava. En esto se distingue la lesión del error o del dolo, puesto que estos vicios suponen en quien los padece un desconocimiento provocado o espontáneo de la realidad. En el caso de la lesión, la víctima puede tener (y muchas veces así acontece) pleno conocimiento de la inicua situación en que se ve precisado a contratar y de que por la apremiante situación en que se encuentra no puede hacer más que aceptar proposiciones de la otra parte que él mismo sabe son notoriamente desventajosas y desproporcionadas.

Es indiferente que la propia víctima de la lesión haya solicitado la celebración del contrato o que la iniciativa haya sido del explotador; en ambos casos, éste ha aprovechado la situación de superioridad en que se encuentra al celebrar el contrato para obtener un lucro exorbitante.

Esta posición de desventaja fruto de la necesidad, ligereza o inexperiencia, es suficiente para que, si por ello la otra parte obtiene un lucro desproporcionado *(laesio enormis)* en relación con lo que él a su vez se obliga, tiene lugar la lesión.

En beneficio inicuo que obtiene una de las partes es una consecuencia —sólo consecuencia— de la franca desventaja en que contrata una de las partes.

Son dos los aspectos del concepto "aprovechamiento": *a)* Es un elemento contrario al principio de buena fe, piedra angular en todo contrato bilateral oneroso y conmutativo; y *b)* cuando al celebrar el contrato se viola este principio, el contrato deja de cumplir su función jurídica económica y se convierte en instrumento de fuerza, al servicio de la parte que por su posición preponderante explota al contratante débil.

Empero, no es posible exigir en el contrato una equivalencia cuantitativa de las prestaciones, existe un margen de libertad de las partes para lograr ajuste de valores entre lo que se da y lo que se recibe; margen dentro del cual, para lograr el acuerdo las partes, pueden hacerse lícitamente concesiones sin que se rompa el equilibrio, la equidad del contrato. Por ello, en algunas legislaciones se ha optado por establecer límites cuantitativos, en tanto que en otras se ha limitado a exigir una exorbitante desproporción, dejando al arbitrio judicial la calificación del contrato lesivo.

La lesión en el derecho suizo y en el derecho anglosajón, más acusadamente que en el nuestro, presenta caracteres semejantes a la violencia, como vicio de la voluntad; en ambos casos la víctima de la violencia o de la lesión contrata presionado por las circunstancias, ha perdido la libertad de decisión. No obstante, la violencia es un vicio

de la voluntad en la que uno de los contratantes o un tercero ha empleado amenazas o fuerza física para arrancar a la víctima su consentimiento. En la lesión existe mayor sutileza cuando una de las partes se sirve de la situación para obtener un desmedido beneficio en perjuicio del otro contratante.

Como ya se hizo observar, en la lesión la debilidad de la víctima se le presenta del explotador ya creada; aquél no ha creado la situación de penuria moral o económica de la víctima; pero se sirve de ella, la explota en su provecho.

Quizá hasta el momento de celebrado el contrato, el explotador no ha tenido la intención de tomar esa desventaja a su favor; él no la ha propiciado,pero se le presenta y es ocasión para succionar a su víctima. En este aspecto, la lesión es semejante con la usura; aunque ésta es típica en el contrato de mutuo.

Por lo demás, si comparamos la redacción del artículo 21 del Código Federal suizo de las Obligaciones, con el texto del artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos concluir que aquel Código extranjero comprende hipótesis diferentes a las previstas en nuestro Código. En efecto, el Código suizo de las Obligaciones configura la lesión como la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima, en tanto que el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, considera que la lesión tiene lugar cuando la desproporción de las prestaciones es producida "por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de la víctima".

La lesión, verdaderamente, no debería excluir la hipótesis en que la víctima sea una persona suficientemente informada, con experiencia, cuya situación de apremio económico, moral o afectivo, o de cualquiera otra naturaleza, lo obliga a aceptar, en su perjuicio, cláusulas "usurarias". Esta disposición está prevista en el Código Civil suizo y en el Código Civil alemán que subordina "la nulidad del acto por lesión a la explotación de un estado de necesidad de imprudente reflexión, de ligereza o de inexperiencia". Pero no está comprendida en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte, conforme al texto del artículo 138 del Código Civil alemán, la explotación de que se vale una de las partes para obtener un lucro desproporcionado en relación con la prestación a su cargo, puede tener lugar en que la estipulación en favor de tercero, es decir, no sólo cuando hay intercambio recíproco de prestaciones entre los obligados, sino cuando una de las partes se obliga frente a tercero.

En suma, la desproporción entre las prestaciones es un defecto del

acto y no de la voluntad de las partes. "Adviértase que en la entraña de este instituto está el repugnante negocio usurario, ya se trate de usura pecuniaria (interés excesivo) o a una usura material (grosera desproporción en la operación de cambio)." [9]

Efectivamente, esta desproporción existe en el acto y, concretamente, en la ejecución de la prestación, y por ello produce la nulidad, sin perjuicio de que pueda ser corregida mediante un ajuste en la cuantía y calidad de las prestaciones, sin afectar su validez. También en nuestro régimen es posible restablecer el equilibrio económico del contrato, haciendo desaparecer el vicio del lugar donde realmente existe que es en la ejecución de la obligación.

Ésta es, asimismo, la posición del derecho angloamericano, que permite privar de validez a las estipulaciones que confinen los formularios de contrato cuando sus cláusulas no son equitativas *(opresive clauses)*.[10]

Las consecuencias que produce la lesión en las distintas legislaciones y diversas épocas, han sido diferentes, bien privando de efectos al negocio que la produce, por medio de la rescisión o de la nulidad, o bien dando lugar a una reducción equitativa de la prestación que se considera exorbitante a fin de restablecer el equilibrio entre las obligaciones.

En todo caso, el tratamiento legislativo, en lo que la lesión contractual se refiere, mira a evitar que se produzca esta distorsión de la función del contrato al emplearlo como un instrumento para obtener lucros inequitativos por excesivos, y en sus orígenes se aplicó a aquellos contratos de compraventa en los que habrá una irracional desproporción entre el precio y la cosa vendida, más tarde, en los contratos de mutuo en los que el mutante se hacía estipular réditos usuarios.

El artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, aunque está inspirado en el texto del artículo 21 del Código suizo de las Obligaciones, modifica sin embargo su sentido y su finalidad, pues no considera atacable por lesión al contrato por su naturaleza usuraria, sino sólo en el caso en que una de las partes, aprovechando "la suma ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia" del otro contratante, obtiene un lucro excesivo. Con ello la lesión, en nuestro derecho, es un medio para proteger a los desvalidos cultural, económica y socialmente.

Así, nuestro legislador modificó la naturaleza y función propias de la lesión y excluyó un gran número de contratos que se realizan cons-

[9] *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Buenos Aires, año 12, núms. 70/71, octubre de 1979, pp. 521 y *ss.*

[10] Lewis, Kornhauser A., "Unconscionability in Standard Forms", *California Law Review,* vol. 64, núm. 56, septiembre de 1976, Bercley, pp. 1151 y *ss.*

tantemente y que importan sumas considerables de dinero, tanto en el ámbito nacional como internacional, en los cuales existe una inicua explotación de una de las partes contratantes que lesionan gravemente el patrimonio de la otra.

En los últimos tiempos, la excesiva onerosidad de los contratos se manifiesta claramente y aparece con frecuencia en los contratos que se forman por adhesión y, con mayor amplitud, en el comercio internacional de servicios y mercaderías, que se lleva al cabo por medio de contratos tipo que establecen cláusulas uniformes llamadas "condiciones generales de contratación", en las que se impone a una de las partes obligaciones muy onerosas generalmente a cargo del adquiriente de las mercaderías y al usuario de los servicios sólo por lo que se refiere a los precios notoriamente desproporcionados que se asignan por las prestaciones que realiza una de las partes (en este caso por el fabricante o proveedor), sino también porque eximen o limitan su responsabilidad por retardo, defecto o total incumplimiento en la entrega de lo vendido y porque también excluyen o limitan la responsabilidad por evicción exigiendo requisitos injustificados para hacer efectivo el saneamiento por vicios ocultos de la mercancía o maquinaria vendida, o por defectos de construcción, o bien, finalmente, imponiendo a la otra parte renuncia o plazo perentorio de caducidad para el ejercicio de acciones por incumplimiento del contrato.

De lo expuesto en este trabajo, puede verse la importancia que debe tener en el derecho privado contractual la figura jurídica de la lesión y la necesidad de revisar a fondo su tratamiento legislativo para ampliar en la medida que sea necesario, de acuerdo con la problemática moderna y atendiendo a su trascendencia socioeconómica, el sentido y finalidad del artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, que no debe limitarse a una finalidad tutelar de una parte de la población (que no niego requiere de medidas protectoras y asistenciales de ésta y otra naturaleza). Por ello, la lesión no ha tenido efectiva aplicación: su finalidad es el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, en todos aquellos casos en que por medio del contrato una de las partes es víctima de la explotación del otro contratante.

LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO

Héctor GROS ESPIELL

1. La antigua y polémica cuestión de la jerarquía normativa en el derecho interno de los tratados vigentes, como consecuencia de su firma, ratificación o adhesión —según los diferentes casos y sistemas jurídicos, ha sufrido últimamente algunos significativos aportes en lo que se refiere a los tratados sobre derechos humanos, que introducen cambios muy importantes en la manera clásica de encarar este asunto.

Es este tema una de las expresiones concretas —entre otras muchas que encaran las modernas constituciones— de la materia relativa al derecho internacional referente a los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno.

2. Tradicionalmente, en cuanto al asunto de la jerarquía normativa de los tratados internacionales vigentes, según los distintos regímenes constitucionales, se encuentran diversos sistemas que, *grosso modo*, podrían clasificarse de la siguiente forma: poseerían jerarquía constitucional o supraconstitucional, tendrían un nivel superior a la ley, pero inferior a la Constitución, o gozarían de una situación equivalente a la de la ley. Naturalmente, este enfoque de la cuestión está hecho en función del derecho constitucional y no desde el ámbito del derecho internacional.

3. Para dar sólo ciertos ejemplos de los diversos regímenes que hemos intentado clasificar —referidos todos ellos a América Latina—, pero sin olvidar los interesantes desarrollos que el tema ha tenido en los ordenamientos constitucionales de otros continentes, especialmente en Europa [1] —que deberían estudiarse necesariamente en un trabajo en profundidad, que es imposible hacerlo en esta ocasión—, citemos algunos pocos casos. Estos ejemplos permiten brindar una visión global de la

[1] Como una excelente síntesis actual del problema: Antonio Remiro Brotons. "La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 2233-2239.

manera en que la cuestión es encarada en la generalidad de los sistemas constitucionales latinoamericanos.

4. En muchas constituciones de nuestro continente se dispone expresamente que los tratados en vigor tienen jerarquía equivalente a la ley. Es el caso de la Constitución de la Argentina, que en su artículo 31 dispone:

> Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación".[2]

Varias constituciones latinoamericanas, entre ellas la de México,[3] han adoptado esta misma fórmula, que tiene su fuente en la Constitución de los Estados Unidos (artículo VI).

El artículo 133 de la Constitución de México dispone:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Antonio Martínez Báez ha dicho, explicando las relaciones entre los textos constitucionales de Argentina y México y su común fuente estadounidense:

> Si examinamos la Constitución de la República Argentina de 25 de mayo de 1853, que en algunos de sus más importantes preceptos sigue más fielmente que la mexicana al modelo norteamericano,

[2] Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires; Reina, Ana María, "El régimen jurídico de los tratados internacionales en la República Argentina", en *Atribuciones del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1986; Ruiz Moreno, Isidoro, *El derecho internacional ante la Corte Suprema*, 2ª edición, Buenos Aires,. Eudeba, 1970.

[3] Carpizo, Jorge, "la interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, núm. 4, 1969; Martínez Baez, Antonio, "La Constitución y los tratados internacionales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, VIII, núm. 30, 1946; Gómez Robledo Verduzco, Alonso, "El artículo 133", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Rectoría. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 332-334.

> y si se la compara con la nuestra, hallaremos que allí la intervención del Poder Legislativo en la aprobación de los tratados celebrados por el presidente corresponde conjuntamente a las dos Cámaras, lo que refuerza la opinión de sus comentaristas, que sostiene el carácter substantivo de ley de dicha aprobación.
> El precepto de la supremacía constitucional (artículo 31), que incluye a los tratados entre la ley suprema nacional, es idéntico en su forma y en su fondo, al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos y a los artículos 126 y 133, respectivamente, de las Constituciones mexicanas de 1857 y de 1917, ésta en su texto anterior a enero de 1934.[3 bis]

La expresión "Ley suprema" en estas constituciones de Estados federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la Constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los Estados federados o de las provincias.[4]

5. En otro grupo de constituciones latinoamericanas no se encuentra un texto especial al respecto; pero la doctrina y la jurisprudencia han llegado a una conclusión igual sobre la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados.

Es el caso, entre otros, del Uruguay.

Después de analizar toda la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el tema, he dicho en mi libro *La Constitución y los Tratados Internacionales* (1963):

> Desde el momento que un tratado internacional entre en vigencia tiene, con respecto al ordenamiento jurídico uruguayo, una jerarquía equivalente a la de una ley. La solución que señalamos es la única aceptable. No puede pensarse en nuestro sistema constitucional, que el tratado tiene una jerarquía superior o igual al texto

[3 bis] Martínez Baez, Antonio, "El Poder Legislativo mexicano y las relaciones exteriores", en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 3ª ed., México, Doctrina Constitucional, tomo I, p. 737, 1985.

[4] Con razón se ha dicho: "A question growing out of the discussion above is whether the treaty power is bounded by constitutional limitations. By the supremacy clause both statutes and treaties "are declared... to be the supreme law of the land, and no superior efficacy is given to either over the other". As statutes may be held void because they contravene the Constitution being superior to both." (*The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation*, Prepared by the Congressional Research Service, Washington, 1973, p. 495.)

> constitucional. No puede tampoco afirmarse que un conjunto normativo aprobado mediante una ley, tenga una jerarquía inferior a la de la ley. Por ello la única solución lógica y jurídica, es la de admitir que las normas de los tratados internacionales regularmente aprobados y ratificados, tienen en el derecho público interno uruguayo la jerarquía atribuída a las leyes.[5]

El grupo de países latinoamericanos en que la Constitución no se refiere expresamente a la cuestión de la jerarquía normativa de los tratados, pero que esta jerarquía se infiere del hecho de que su aprobación ha de resultar de una ley y que la ratificación requiere esta previa ley aprobatoria, es el más numeroso. Entre ellos se encuentran Estados federales (por ejemplo Venezuela, Constitución de 1961 —artículos 128 y 190.5—, y Brasil, Constitución de 1969 —artículos 8.I.g 44.I y 81.x—), Estados unitarios(por ejemplo, Colombia —artículos 86.18 y 119.20— y Chile, Constitución de 1925 —artículos 72.15 y 43.5— y Constitución de 1980 —artículos 32.17 y 50.1—).

Es interesante indicar el caso de Cuba, en que la ratificación de los tratados internacionales corresponde al Consejo de Estados (artículo 88.*m*) y no a la Asamblea Nacional del Poder Popular, que se limita a aprobar los lineamientos generales de la política exterior (artículo 73.*L)*. La aprobación de los tratados corresponde al Consejo de Ministros, que debe someter los de la ratificación del Consejo de Estado (artículo 96.*ch*).

En cambio, la Constitución de Nicaragua de 1986 sigue el sistema tradicional. El presidente de la República celebra los tratados (artículo 147.7) y la Asamblea Nacional los ratifica (artículo 128.9). Sin embargo, es preciso tener en cuenta la referencia especial que esta Constitución hace a los tratados sobre derechos humanos (artículo 46). Examinaremos la cuestión más adelante.

6. En otros casos, en Latinoamérica, la Constitución atribuye a los tratados una jerarquía superior a la de la ley. En este grupo minoritario se encuentra la Constitución vigente de Costa Rica, cuyo artículo 7, en su párrafo 1º, dispone:

> Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

[5] Gros Espiell, Héctor, *La Constitución y los tratados internacionales*, Montevideo, Ministerio de Relaciones Exteriores, MCM LXIII.

Pero la jurisprudencia ha entendido siempre que, aunque superior a la de las leyes, los tratados no poseen, ante el derecho interno, una jerarquía constitucional o supraconstitucional.[6].

Es interesante señalar que en algunos países europeos, como es el caso de Bélgica, la jurisprudencia ha llegado a admitir la superioridad jerárquica en el derecho interno de los tratados ratificados sobre las leyes, sin que existiera una norma constitucional expresa que estableciera esa fórmula.[7]

El artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983 dispone:

> Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.
> La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Resulta de este artículo, así como del 145 y 146, que los tratados tienen una jerarquía interna inferior a la Constitución, pero superior a la ley.

La superioridad jerárquica del tratado respecto de la ley es también la solución que se encuentra en la Constitución de Honduras de 1982, cuyo artículo 18 dispone:

> En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

Debe indicarse que en Honduras la solución de la cuestión es más compleja en virtud de lo que dice el artículo 17, que siguiendo una fórmula que se encuentra en algunas constituciones europeas modernas, o mejor dicho, teniendo en cuenta la cuestión contemplada en estas constituciones, dispone en su artículo 17:

> Cuando un tratado internacional afecta una disposición constitucional, deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rige la

[6] *Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y concordada*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977, pp. 29-32.

[7] Verhoeven, Joe, "Sources et Principes du Droit des Gens et Ordre Juridique Belge: "Certitudes et Vraisemblances", *Hommage a Paul De Visscher*, Evolution Constitutionnelle en Belgique et Relations Internationales, París, Pedone, 1984, pp. 38 y 39.

reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

Lo mismo puede decirse del Perú, que ya desde 1978 tiene en su Constitución dos artículos (101 y 103) iguales a los artículos 17 y 18 de la Constitución de Honduras. Sin embargo, el caso del Perú, como se verá posteriormente, presenta características especiales y distintas en lo que se refiere a los tratados sobre derechos humanos.

Sin embargo, a simple título preliminar, incluímos el caso de Honduras en este grupo de países latinoamericanos en que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la ley.

7. En cambio, no se encuentran en las constituciones de Latinoamérica normas que reconozcan a los tratados internacionales en vigor, con carácter general, una jerarquía equivalente o superior a la de la Constitución. Esta posibilidad, que plantea problemas de enorme complejidad, que aquí sólo podemos evocar, se encuentra implícitamente reconocida, de distintas maneras, en algunas constituciones no latinoamericanas de fecha reciente —y en la Constitución de Honduras a que antes nos hemos referido—, y que han encarado el tema al referirse a los requisitos y procedimientos que han de seguirse cuando se plantea la posibilidad de aprobación legislativa de un tratado que "afecta" o que "contenga, disposiciones contrarias a la Constitución". En otros textos constitucionales modernos, sin que pueda decirse que esté reconocida expresamente la superioridad del tratado sobre la Constitución, se encara la posibilidad de aprobación legislativa de un tratado inconstitucional, por medio de un procedimiento parlamentario especial dirigido a obtener la previa revisión constitucional.[8]

Las constituciones de Marruecos, de los Países Bajos (artículo 63), de Austria (artículo 50.3), de Francia (artículo 54), de Portugal (artículos 277 y 1278) y de España (artículo 95-1), entre otros, encaran con diferentes fórmulas y soluciones —y en algún caso como el de los Países Bajos en que puede llegarse a concluir la superioridad del tratado respecto a la Constitución— esta complejísima y provocativa cuestión.[9]

[8] Por ejemplo: Constitución Española de 1978, artículo 95.1. Véase al respecto: Remiro Brotons, Antonio, "Inconstitucionalidad en tratado internacional", en *Constitución española de 1978*, Madrid, tomo VII, artículos 81 a 96, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.

[9] Van Panhuys, H. F., "The Netherlands Constitution and International Law", *American Journal of International Law*, 1953, p. 537; "The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience", *AJIL*, 1964, p. 88; Valée, Ch., "Note sur les Dispositions Relatives au Droit International dans quelques Constitu-

Lo que hay de fundamento común en todas estas constituciones y en otras análogas, es una expresión del fenómeno de la expansión del derecho internacional, que genera necesariamente fórmulas de introducción automática en el derecho interno y cuestiones relativas a su primacía sobre este orden jurídico.[10]

8. Pero las previsiones constitucionales en América Latina o los criterios de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana sobre la jerarquía normativa de los tratados en el derecho interno, no habían distinguido para plantear la solución del problema, entre distintos tipos de tratados, según la materia regulada por el instrumento internacional.

Una brecha se ha abierto en estas formas de considerar y resolver la cuestión, como consecuencia de la previsión en algunos muy recientes textos constitucionales latinoamericanos, de un tratamiento especial con respecto a la jerarquía normativa interna de convenciones o tratados sobre derechos humanos.

9. Por lo demás, esta tendencia que enseguida analizaremos, es una expresión de la vertiente que existe hoy en el derecho constitucional comparado de hacer referencia expresa al derecho internacional de los derechos humanos y a la significación de estos en la política exterior del Estado. Dejando de lado la consideración del tema en otras constituciones, en donde podrían encontrarse múltiples ejemplos, es interesante recordar el artículo 49 del Proyecto de Constitución de Nicaragua de 1986,[11] el artículo 5 del Proyecto de Nueva Constitución del Brasil elaborado por la Comisión Jurídica Asesora [12] y el artículo 149 de la Constitución de Guatemala de 1985.[13]

tion Récents", *Annuaire Francais de Droit International*, 1979, pp. 270-272; Quoc Dinh, N., "La Constitution de 1958 et le Droit International", *Revue de Droit Public*, 1959, p. 515.

[10] Valticos, Nicolás, "Expansion du Droit International et Constitutions Nationales", *Hommage a Paul De Visscher*, Paris, Pedone, 1984, pp. 10 y 11.

[11] Este texto dice: "Toda persona gozará en el territorio nacional de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana así como del irrestricto respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos."

[12] Título I ("Disposiciones preliminares"), capítulo II ("Las relaciones internacionales"), artículo 5: "El Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1) Defensa y Promoción de los Derechos Humanos."

[13] El artículo 149 dice: "Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito

10. Es sabido que los tratados sobre derechos humanos tienen, según la más moderna doctrina y jurisprudencia internacional, características especiales y distintas frente a los otros tratados internacionales. Para no citar sino a una jurisdicción americana —aunque igual criterio sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia—, cabe recordar lo que dijo al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, expresó:

> La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio, mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[14]

La doctrina ha analizado con agudeza cómo la naturaleza propia de estos tratados —que llevan naturalmente a plantear en términos muy especiales y distintos a los de los tratados clásicos, que regulaban en general sólo relaciones entre Estados con mínimos efectos directos en el derecho interno, la cuestión de la inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno de las partes— habría de producir inevitablemente consecuencias respecto de su ubicación en el ordenamiento jerárquico de las normas vigentes en el derecho positivo de los Estados.[15]

11. Ha sido debido a la consideración de esta diferencia entre estos distintos tipos de tratados, al hecho de que estos tratados sobre derechos humanos tienen un contenido y una proyección política y humana

de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados."

[14] OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículos 74 y 75. párrafo 29, p. 44).

[15] Rigaux, Francois, "Quelques Réflexions sur l'Evolution Constitutionelle de la Belgique et les Reations Internationales", *Hommage a Paul De Visscher*, Paris, Pedone, 1984, pp. 176 y 177.

esencial y constituyen un elemento indispensable hoy para asegurar la pervivencia y desarrollo de la democracia, que algunas constituciones latinoamericanas de los últimos años han iniciado el proceso dirigido a reconocerles una jerarquía normativa especial. Por lo demás, la triste experiencia de las recientes dictaduras, de lo que significaron en cuanto a la violación de los derechos humanos y de cómo, muchas veces, estas violaciones pretendieron fundarse en "leyes" internas —que no eran en verdad leyes, sino un mandato arbitrario carente de legitimidad—, aconsejaba y aconseja que se le dé esa a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una verdadera super legalidad. Sin duda, esta experiencia histórica ha sido determinante para la inclusión de estas normas en algunos de los nuevos textos constitucionales latinoamericanos.

12. La Constitución del Perú de 1978 en su artículo 105 dice:

> Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la Reforma de la Constitución.

Es esta una de las normas incluidas en el capítulo V de la Constitución peruana, titulada "De los tratados" (artículos 101-109).

13. Es interesante reseñar la historia de esta norma, en especial por su carácter absolutamente innovador. La idea estaba ya en el documento enviado a la Asamblea Constituyente, el 18 de octubre de 1978, por el arquitecto Fernando Belaunde Terry. El texto se precisó en un anteproyecto del doctor Mario Alzamora Valdés enviado a la Comisión Especial Nº 2 (artículo 5). Esta Comisión elevó su ponencia a la Comisión Principal el 11 de diciembre de 1978 y en ella el señor Paredes Macedo recogió, en lo esencial, el texto propuesto por Alzamora Valdés. En la Comisión Principal, el doctor Andrés Aramburú Menchaca fue encargado de redactar el artículo que es el antecedente directo del 105. Luego de un debate en la Comisión, el doctor Aramburú redactó el texto del actual artículo 105.[16]

14. La Constitución del Perú, luego de sostener el criterio general de que "en caso de conflicto entre el tratado y ley prevalece el primero" (artículo 101) y de establecer que "cuando un tratado internacional

[16] La minuciosa reseña de estos antecedentes está hecha en la tesis de Delgado Guembes, César, *Incorporación de la jurisdicción supranacional en el derecho peruano*, Lima, tesis, vol. II, 1982. Esta obra está inédita y nos ha sido facilitada por el que fue el director de tesis, profesor Domingo García Laguardia.

contiene una estipulación que afecta a una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República" (artículo 103),[17] trata de dos casos especiales, en razón de materia: a los tratados sobre derechos humanos les atribuye jerarquía constitucional (artículo 105) y a los tratados de integración con Estados latinoamericanos los hace prevalecer sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106).

15. El artículo 105 debe ser interpretado en relación con la Disposición General y Transitoria decimosexta que dispone:

> Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.
> Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. La cuestión de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos en el Perú, no ha sido en general analizada por la doctrina, que se ha limitado casi siempre a transcribir el texto del artículo 105 y a elogiarlo, pero sin hacer un estudio de su sentido y proyecciones.[18]

Una excepción está constituida por el comentario de M. Rubio y E. Bernales, que en su obra *Constitución y sociedad política*, dicen al respecto:

> De esta forma, los tratados internacionales adquirirán a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 uno de los lugares siguientes en la jerarquía de nuestro sistema legislativo:
> — Rango constitucional si tratan de asuntos normados por la Constitución o de asuntos referentes a los derechos humanos.
> — Rango de ley en los demás casos, pero prevaleciendo ellos

[17] Sobre estas normas: Belaunde, Antonio, "La Constitución peruana de 1979 y el derecho internacional", *Revista Peruana de Derecho Internacional* tomo XXXIV, núm. 84, abril-junio de 1982.

[18] Paz Soldán, José Pareja, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, 3ª Edición, Lima, 1984, p. 385; Ruiz Eldredge, Alberto, *La Constitución comentada*, Lima, 1979, pp. 168 y 169; Chirinos Soto, Enrique, *La nueva Constitución al alcance de todos*, Lima, 1980, p. 116.

> sobre las leyes comunes en caso de conflicto y prevaleciendo los tratados de integración latinoamericana sobre los otros multilaterales firmados entre las mismas partes.[19]

La otra, y realmente destacable, es la de César Delgado, que al respecto dice:

> Este dispositivo, aporte que no es exclusivo de ningún constituyente en particular, consistió en otra de las grandes innovaciones en el Derecho constitucional Nacional, que junto con el artículo 305 de nuestra Carta, no cuenta con ningún antecedente en el Derecho Comparado.
> Al aprobar este artículo se estaba dando jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos ya ratificados por el Perú, con los mismos alcances y extensión con los que constan los instrumentos de ratificación depositados; estos Tratados, a la fecha de entrar en efecto nuestra Carta y salvo lo dispuesto por la Primera Disposición General y Transitoria, fueron: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de las Naciones Unidas (ratificado en marzo de 1978); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos (ratificado el 28 de julio de 1978), con las limitaciones que presentara oportunamente nuestro Embajador ante ese Organismo; así como la Convención sobre el Genocidio.
> Es en este contexto que la Disposición General y Transitoria Decimo Sexta cubre y especifica los alcances de las ratificaciones previamente efectuadas por el Gobierno Militar, al adverar su carácter constitucional primero, y al dar validez constitucional también a la jurisdicción de los organismos jurisdiccionales creados por dichos Tratados. De ahí que posteriormente, el Gobierno Constitucional nacido en julio de 1980, hubiera de depositar el instrumento de ratificación respectivo con la fórmula apropiada para las ratificaciones específicas.
> Este artículo constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 101º, por el cual se da prioridad al Tratado, en caso que éste se encontrara en conflicto con la ley. Asimismo, y así lo manifestó expresamente el autor de este dispositivo, doctor Aramburú, la norma no otorga categoría constitucional a los Tratados en general; "lo que queremos decir aquí, diría el doctor Aramburú durante el debate del artículo 101º, es toda clase de norma legal, exceptuando la Constitución". Por tanto, queda claro que el Constitu-

[19] Rubio, M., y E. Bernales, *Constitución y sociedad política*, Lima, 1985, pp. 270 y 271.

yente quiso que los Tratados que tengan como materia los Derechos Humanos si formaran parte de nuestra Constitución, con *igual* rango y no inferior. Estos Tratados son pues de una categoría especial en la pirámide jurídica de nuestro ordenamiento. En este sentido, debe considerarse entonces que "los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos", no sólo tienen jerarquía constitucional, sino que gozan de la máxima prevalencia y son oponibles a toda otra norma legal inferior a la Constitución, en conformidad con lo preceptuado en el Artículo 87º de nuestra Carta Política vigente. A esta conclusión puede llegarse tomando como referencia la fuente del Diario de los Debates de la Comisión Principal.[20]

17. Sin entrar al análisis exegético pormenorizado del artículo 105 de la Constitución peruana, creo que es útil adelantar mi criterio respecto de su ámbito temporal de aplicación. Pienso que la Constitución de 1978 atribuye a todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y por tanto vigentes a su respeto, "jerarquía constitucional". No tendría sentido atribuir esta jerarquía sólo a los tratados sobre derechos humanos ratificados después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Todos los tratados relativos a esta materia, cualquiera que sea la fecha de su ratificación, tienen, a partir de la Constitución de 1978, jerarquía constitucional. Obviamente, esto no significa darle efecto retroactivo a la carta de 1978. Pero, además, es ésta la única interpretación que respeta la letra del artículo 105, que no hace ninguna distinción en cuanto a la fecha en que el tratado fue ratificado, asegura su relación armónica con la Disposición General y Transitoria XVI y que considera y da todo su sentido al objeto y al fin que tuvo la incorporación de este artículo 105 al derecho constitucional pasado.

18. La solución peruana es interesante y progresista. El artículo 103 tiene múltiples antecedentes en el más moderno derecho constitucional comparado,[21] y si bien constituye en América Latina una fórmula novedosa, no significó un aporte innovatorio a la forma como hoy se puede encarar la cuestión de los tratados que afecten una disposición constitucional y de las consecuencias de esta cuestión para la determinación de su jerarquía normativa. En cambio, el artículo 105, al atribuir directa e inmediatamente, a los tratados sobre derechos humanos jerarquía

[20] Delgado, César, *op. cit.*
[21] Véase nota.

constitucional, dándoles así, en razón de materia, un tratamiento especial, constituyó una fórmula novedosa, de importantísimas proyecciones y un texto innovador en el derecho constitucional. Muchos son los problemas interpretativos que pueden plantearse. Además de los ya indicados —en especial sobre el ámbito temporal de su validez—, hay que señalar los que pueden surgir en cuanto a la relación de los artículos 103 y 105. Pero la Constitución del Perú ha abierto con esta norma un camino nuevo a una cuestión de la más grande trascendencia política y jurídica.

19. El artículo 105 puede llegar a tener importantes aplicaciones y proyecciones internas, que es hoy difícil de prever en todas sus eventuales consecuencias.

Ya en 1983 la Comisión Andina de Juristas, ante una iniciativa para modificar el artículo 235 de la Constitución del Perú para autorizar la posibilidad de establecimiento de la pena de muerte, invocó el artículo 105 para plantear una interesante cuestión, que es la consecuencia del rango constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos.[22]

20. Otro ejemplo latinoamericano actual digno de estudio particular es el de Guatemala. Su muy reciente Constitución (1985) dispone en su artículo 46:

> Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

[22] Dijo la Comisión Andina de Juristas: "El Poder Público Nacional está limitado no sólo por la Constitución sino por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica en su propuesta de restituir la pena de muerte. En dicha Convención se estipula, entre otras cosas, que no se extenderá la aplicación de la pena de muerte a delitos a los cuales no se aplica. Se estipula, asimismo, que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la hayan abolido y que en ningún caso se le puede aplicar a delitos políticos o comunes conexos con los políticos. El Perú ha ratificado legalmente (1978) y luego en la Constitución (Disposición Décimo Sexta) esta Convención depositando dos veces (1978 y 1980) el instrumento de ratificación en la OEA. Por ello se encuentra obligado a cumplir y respetar dicho Tratado Internacional en su letra y espíritu. Para dictar una norma que instaure la pena de muerte para el homicidio calificado, el gobierno peruano se vería obligado a denunciar la Convención enviando, para tal efecto, un preaviso de un año. plazo durante el cual la Convención mantiene su plena vigencia. En la medida en que esta Convención tiene rango constitucional por referirse a temas de derechos humanos (Art. 105 de la Constitución) y ha sido aprobado constitucionalmente, es indispensable la modificación constitucional como paso previo al envío de dicho preaviso." *(Boletín,* Lima, Comisión Andina de Juristas, núm. 3, diciembre de 1983, p. 25.)

21. Esta fórmula de la Constitución de Guatemala se inspiró sin duda en los comentarios y sugerencias hechas por Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez en su valioso libro *Constitución y orden democrático*, en el que estudian los precedentes de las constituciones del Perú y Honduras.[23]

El artículo 46 de la Constitución guatemalteca se origina en una iniciativa de la Comisión de Proyecto de Constitución, discutida en la Asamblea Constituyente el 29 de enero de 1985. Esta cuestión no estaba encarada en el Proyecto de Constitución elaborado por la Democracia Cristiana en 1984, que, sin embargo, incluía una disposición sobre interpretación de las normas relativas a derechos humanos, que debería hacerse de conformidad con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por Guatemala (artículo 3.3), y otro que establecía que los tratados internacionales debidamente ratificados, una vez publicados en el *Diario Oficial*, formarían parte del ordenamiento jurídico y tendrían autoridad superior a las leyes (artículo 140).[24]

La discusión del artículo 47 del Proyecto de la Comisión (fuente directa del futuro artículo 46 que decía: "Se establece el principio general de preeminencia de los Derechos Humanos, reconocida en el derecho internacional sobre el derecho interno"), fue confusa y de poco valor científico. Pero, finalmente, se presentó un enmienda —que aparejó el retiro de las otras que se encontraban también en discusión—, que se aprobó por mayoría y que constituyó el texto del actual artículo 47 constitucional.[25]

Evidentemente, la enmienda final mejoró la redacción inicial. Quedó perfectamente claro que los tratados sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala —sólo estos tratados y no todos los tratados— tienen preeminencia sobre el derecho interno.

22. El artículo 46 de la Constitución de Guatemala, aunque puede afirmarse que tiene su fuente mediata en el artículo 105 de la Constitución del Perú, presenta diferencias importantes con éste. En efecto, mientras la Constitución peruana atribuye a los tratados sobre derechos humanos "jerarquía constitucional", la de Guatemala les da "preemi-

[23] García Laguardia, Jorge Mario y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 144-150.

[24] *Proyecto Constitución 1984, Democracia Cristiana*, octubre de 1984, Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, pp. 1 y 29.

[25] *Diario de las Sesiones* de la Asamblea Constituyente, Guatemala, tomo 1, núm. 33, 29 de enero de 1985, pp. 31-41.

nencia sobre el derecho interno". La conclusión interpretativa a que se llegue puede ser la misma, pero no es imposible que surjan dudas sobre si la expresión "derecho interno" incluye a la propia Constitución. Una primera interpretación posible llevaría a la conclusión afirmativa. Aunque ello no resulta claro de la discusión, basándose en el texto de la norma y en el hecho de que el artículo 46 no distingue y se refiere genéricamente a todo el derecho interno, puede interpretarse en el sentido de que comprende a éste en su totalidad, incluso la Constitución. Sin embargo, un análisis del tema que tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 272 *e*) de la Constitución, hace llegar a otra interpretación. En efecto, esta norma atribuye a la Corte de Constitucionalidad la competencia de "emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados", se refiere a todos los tratados y respecto de todos ellos se plantea la cuestión de su posible constitucionalidad. Por lo demás no puede dejarse de tener en cuenta que los tratados han de ser aprobados, antes de su ratificación, por ley (artículo 171 *j*, 1, y 173 *j*) y que en el artículo 175, relativo a la "jerarquía constitucional" se dispone que "ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución". Basándose en estas normas y en la consiguiente interpretación contextual, me inclino a creer que los tratados sobre derechos humanos, en Guatemala, continúan situándose bajo la Constitución, pero tienen preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del derecho interno.

De tal modo, el orden jerárquico sería: 1) Constitución, 2) Tratados ratificados sobre derechos humanos, 3) Tratados ratificados sobre las restantes materias y leyes ordinarias, 4) El resto del orden normativo interno, en la posición que resulta del sistema constitucional y administrativo guatemalteco.

23. Una diferencia más entre los casos de Guatemala y del Perú, radica en que, mientras la Constitución del Perú vincula la cuestión con los procedimientos de reforma de la Constitución, la de Guatemala no sigue tal fórmula.

24. Otro caso interesante es el de la nueva Constitución de Nicaragua. Su artículo 46 dispone:

> En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

> Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.[26]

¿Significa esto que los tratados y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional en el derecho interno nicaragüense? Creemos que no. Lo que el artículo 46 hace es integrar los "derechos consignados" en los instrumentos que enuncia, en la enumeración constitucional de derechos, para asegurar su "protección estatal", su "reconocimiento" y su "irrestricto respeto". No les da a los instrumentos internacionales correspondientes una jerarquía constitucional, sino que los atribuye a los derechos consignados en ellos una ubicación en la enunciación constitucional de derechos humanos. Por lo demás, el artículo 182 dispone:

> La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.

Resulta claro que para la Constitución nicaragüense los tratados son inferiores jerárquicamente a la Constitución —tienen el mismo nivel de las leyes— y se dice que no tienen "valor alguno" si se oponen o alteran las disposiciones constitucionales.

Esta conclusión se ve confirmada por la historia del artículo 46. En el Primer Proyecto de Constitución, del 21 de febrero de 1986, el artículo 29 decía:

> El Estado garantiza el irrestricto respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos ,así como la plena vigencia de los Derechos Humanos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, todos los cuales quedan incorporados como parte integrante de esta Constitución.[27]

[26] Constitución del 9 de enero de 1978, *La Gaceta, Diario Oficial,* 9 de enero de 1987.

[27] *La Constitución: Nuestro compromiso con el futuro:* Primer proyecto de la Constitución Política de la República de Nicaragua, 21 de febrero de 1986.

En el informe del presidente de la Asamblea Nacional y de la Comisión Especial Constitucional se expresaba al respecto:

> La vigencia de los Derechos Humanos y el nivel constitucional de estos Tratados se aprobó por mayoría, con ocho votos a favor: tres del Partido Conservador Demócrata, dos del Partido Popular Social Cristiano, y tres del Frente Sandinista de Liberación Nacional; siete votos en contra, del Frente Sandinista de Liberación Nacional y uno del Movimiento de Acción Popular Marxista-Leninista; y dos abstenciones del Partido Comunista de Nicaragua y del Frente Sandinista de Liberación Nacional: esta última del Presidente de la Comisión Especial Constitucional.[28]

Luego de las consultas con los cabildos abiertos, el proyecto se modificó y, entre otros cambios, se suprimió la frase "todos los cuales (los instrumentos internacionales enumerados) quedan incorporados como parte integrante de esta Constitución". Queda así bien claro que lo que se quiso —y eso se tradujo en el texto final y en el artículo 46 aprobado— fue referirse a los derechos y no dar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

25. Pero no es mi intención entrar ahora al comentario y al análisis exhaustivo de estas disposiciones, incluidas en las constituciones del Perú, Guatemala y Nicaragua. No deseo tampoco —sin perjuicio de hacer el elogio de la tendencia a encarar esta cuestión y a darles a estos tratados una jerarquía especial o a referirse a los derechos enumerados en los instrumentos internacionales pertinentes—, señalar los reparos técnicos que creo que merecen algunos aspectos, en especial terminológicos, de los textos constitucionales antes citados. Mi objetivo, mucho más modesto, ha sido sólo el de mostrar esta nueva tendencia del derecho constitucional latinoamericano, que sin duda ha de influir beneficiosamente en las futuras constituciones que se elaboren en la América nuestra, al paso del proceso del desarrollo y afianzamiento de la democracia en el continente.

[28] *La Constitución: Nuestro compromiso con el futuro:* Informe presentado por el presidente de la Asamblea Nacional y de la Comisión Especial Constitucional sobre el Primer Proyecto de Constitución Política de Nicaragua, p. 4.

CARTOGRAPHY AND THE WORLD'S LEGAL CULTURES

John N. HAZARD *

The taxonomy of the world's legal cultures became a matter of lively discussion when France's René David published the first edition of his treatise, following speculation on the classification of legal systems by a few earlier authors of the century.[1] The concept of taxonomy was not new to legal scholars, therefore, when Roberto L. Mantilla Molina published in 1959 a report on the program and accomplishments of the Instituto de Derecho Comparado which he directed.[2] What attracted attention in that report was the use of cartography to illustrate the David thesis.

Mantilla Molina chose to indicate graphically the reception of legal models by draftsmen borrowing from other jurisdictions. He devoted the first pages of the report to maps of Mexico, indicating which state models had been used by draftsmen in preparing civil and penal codes and codes of civil and penal procedure. After filling some pages with brightly colored maps, he placed near the end of the report, perhaps as a grand gesture inspired by what he had done for Mexico, a map depicting the migration of legal systems throughout the world.

On a sketchily drawn world map the cartographer splashed four colors in broad brush strokes leading from the sources of four great legal systems to the ends of the earth. The map's golden brush stroke began at Bologna and passed through Europe to Latin America with droplets in Quebec and the Philippines. The blue brush stroke began in England and was pushed on to North America and around the Cape of Good Hope to India, Malaysia, Australia and New Zealand. The green brush stroke of Islam began in Arabia and passed eastward to Iran and Pakistan and westward to North Africa. The fourth stroke, painted in red, had its beginning point in Moscow and was then ex-

* Nash Professor Emeritus of Law, Columbia University (New York).

[1] See Wigmore, J.H., *Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, D.C., 1936.

[2] See Universidad Nacional Autónoma de México, *Instituto de Derecho Comparado*, México, 1959, p. 11 has the map entitled "Grandes corrientes jurídicas".

tended westward to Eastern Europe and eastward across Siberia to China. Except for the green in North Africa, the African continent was given no color, perhaps because at the time its peoples had not been free to choose their legal systems.

The experiment in legal cartography intrigued me as I began in 1962 to consider a justification of my own for a red "socialist" brush stroke. I planned at the time a volume to consider whether there was good cause to recognize as distinctive a "socialist" family of legal cultures based upon a model introduced into Russia during the revolutionary period of 1917-18. When I began my study, René David had already declared his view that there was reason to define a distinct family of legal cultures in Eastern Europe despite the Romanist traditions of the region. He was cautious for he said that he was beginning to question the conclusions reached in his 1950 treatise that the legal system of the Soviet world was unique because "of the socialist structure of societies to which it is applied with all of the consequences which this socialist structure, which is essentially an economic order, brings into the political, social and moral order at the same time".[3]

By 1961 David was saying that he was prepared to abandon an economic basis for classification of Soviet law and to turn to a political one. With his new insight he placed in the forefront not a distinctive economic factor but what he believed to be a concept different from that found in Western legal cultures based on the Romanist and English families. He had concluded that the decisive element in the East was negation of the "rule of law" as known in the West. This "rule" he defined as reverence for the ideal of law reigning supreme in the relations between citizen and citizen as well as in relations between citizen and state.[4]

David's change of mind seems to have been stimulated by the flowering in Western Europe of the "welfare state" concept, for he thought that new concept changing the face of capitalism so much that the contrast between capitalism and socialism was no longer a valid basis for distinction. He denied the claim of Soviet leaders that their country provided the sole example of a socialist economy. Nevertheless, he thought it evident that the legal cultures of Eastern Europe were still to be distinguished from those of Western Europe with which they

[3] See David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, p. 224.

[4] See David, René, "Existe-t-il un droit occidental?", published in Nadelmann, K.H., A.T. von Mehren and J.N. Hazard (eds.), *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 56-64.

had been allied for centuries as a result of a common ancestry in the law developed by the Roman glossators.

Since my own studies of the public order system created by communists had brought me close to David's new view, supported as it was by Mantilla Molina's map with its red stroke illustrating at a glance my position, I requested and received permission to reproduce the map as a frontespiece to my book *Communists and their Law*.[5] The map seemed to confirm my own conclusion that although much variation had appeared among the various Marxist oriented legal systems, there could be discerned in all of them in the early 1960's a common core.

That common core's distinction was the introduction into a public order system of features that went beyond legal techniques to encompass codes of morals, and new types of political, economic and social structures. As I warmed to my theme in my new book, I permitted myself to write, perhaps as an exaggeration, that the "civil law relations [in socialist states] in their traditional Romanist form have been pushed to the fringes of social relationships somewhat like the first settlers, the aborigines, who now live on the Indian reservations of the United States or in the mountains of Japan and Taiwan.[6] I added, "The original outlines can be identified by an expert using methods akin to the techniques of the anthropologists searching for remnants of tribal law in Africa, but they have been penetrated by a new culture."

Having been stimulated by the 1959 map, I was pleased to find that Mantilla Molina's successors in their history of the Instituto de Derecho Comparado, which had by this time the name of Instituto de Investigaciones Jurídicas, chose to place a the end o ftheir volume celebrating the 40th anniversary a more ambitious map.[7] No longer were the colors depicting the major families of law brushed across continents with a broad swath giving only a general impression. The new cartographers of 1980 were attentive to detail, coloring each country of the world distinctively to show its membership in one of the same four families recognized on the 1959 map but with an addition. They now added an "Oriental System", as David had done, to include Japan, South Korea, Taiwan, Afghanistan and Ethiopia. They also colored for the

[5] See Hazard, J.N., *Communists and their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxist Socialist States*, Chicago, 1969.

[6] *Idem*, p. 523.

[7] See, *XL Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, 1980. The map appears at the back cover with the title "Los grandes sistemas de derecho contemporáneo: tendencias predominantes".

first time the spaces that had been left blank in 1959 in sub-Sahara Africa. Presumably, that change in Africa had been made because the cartographers felt that with independence of African states in the late 1950's and early 1960's new leaders had been able for the first time to choose a legal system for themselves. The marvel was that the cartographers decided that Africans had opted for the laws of their former metropoles so that the appropriate colors were those of the Romanist or English common law systems. The only independence demonstrated by African leaders was among those now claiming to be "scientific socialists" under Marxist influences. For these countries, which the cartographers identified as Algeria, Libya and the Congo, they introduced the color of red.

In a volume published in honor of Dr. Héctor Fix-Zamudio, under whose Directorate from 1966 to 1978 the Instituto perfected its classification ideas and on whose Consejo Interno he still sat at the time of publication of the 1980 map, it may be appropriate to congratulate him on the courage he and his fellow editors showed in designing the detailed map. The festive occasion also provides me with an opportunity to indicate how much my own ideas on the cartography of legal cultures have matured since 1962.

It now seems necessary to abandon the idea of a single map to indicate the reception around the world of various legal models. Two things have happened. The developing countries have had more time to think of appropriate legal systems since their independence, and new studies have been published in comparative law refining the distinctions of David's generation. I devoted myself to the first of these developments in a consideration of colors appropriate to the post-colonial states of Africa in a paper published in a festschrift published in Hungary.[8] I concluded in the light of what I found that not one but three maps were now to be desired: "one based upon social goals of those who devise legal systems; another based upon judicial methods used by judges to fin and administer law; and a third to depict what philosophers identify as the moral foundations of legal systems, for example Islam, Hinduism, Confucian ethic, Hebraic theology, the Christian ethic and the communal ethic of the Africans organized in extended families." [9]

[8] See Hazard, J. N., "Socialist Legal Models for Africa", published in *Legal Theory Comparative Law: Studies in Honour of Professor Imre Szabó*, Zoltan Péteri, ed. 91, Budapest, 1984.

[9] *Idem*, p. 96.

In my thinking as it stood at the time I prepared my Hungarian paper in 1982 there seemed to be but three appropriate bases for a taxonomy of legal systems. Today, in the light of more recent studies I wonder whether there are not more. I have found impressive the even more segmented classification system proposed by Christopher Osakwe of Tulane University of New Orleans in his contribution to a jointly writen volume on *Comparative Legal Traditions*[10] and a 1985 article in which he summarized his views.[11]

Osakwe[12] argues in his paper on "prerogativism in modern Soviet law" that he can identify four bases of distinction in legal systems: infrastructure, methodology, ideology and theology. The first two create in his view the "form" of law, while the latter two establish the "substance." Using this four-part analytical scheme to define Soviet law's distinctive features, he says that its "form" is Romanist because its institutional foundations, its internal divisions, the methodology employed by the various legal actors, the technical rules of its procedural codes and its attitude toward sources of law are all deeply rooted in the civil law tradition.[13]

Osakwe's theory puts more elements before the reader than I had done in proposing my map, for my Map No. 2 was to be based solely upon judicial method used in finding and administering law. Osakwe goes beyond judicial methodology to require consideration of structures and technical rules. In short, distinctive aspects of "form" may require not one but two maps.

Osakwe's points on "substance" are even more arresting. He suggests that classifiers distinguish between ideology and theology. To make his point he turns to old Russia in which he finds the elements in its tradition to be composed of paternalism, prerogativism, megalomania and xenophobia. He had inadequate space to describe each of these, but one may assume that he had in mind the paternalism so often mentioned by Professor Harold J. Berman in his studies of Soviet law's roots, as evidenced by attitudes manifested my the Russian Tsars who sensed their duty to be the nurtering of people as one nurtures a child. It is true that this sense of a Tsar's duty was shared by his

[10] See Glendon, M. A., M. W. Gordon, and C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1982.

[11] Osakwe, C., "Prerogativism in Modern Soviet Law: Criminal Procedure", published in *Marxism and the Law*, 23 Columbia Journal of Transnational Law 331, 1985.

[12] *Idem*, p. 335.

[13] *Ibidem*.

subjects, at least up to 1905. At that time there was a rude awakening when a procession of peasants led by their priest moving toward the Palace to present a petition were fired upon and dispersed in an event that has gone down in history as "Bloody Sunday."

The attitude of subjects toward their ruler as a "little father" seems also to have been present in China where the Emperors were accepted as the protectors of their people up to 1911. To Berman and Osakwe it is not too much to see the Soviet leadership in the same tradition of thought, a tradition that has become part of the ideology of government. There is no doubt that it is basic to Soviet thought that the peoples of the USSR need to be nurtured to adulthood, for it is only then that they can be expected to achieve their destiny. Until that time nurturing requires the guidance of a "vanguard party" in which only the relatively few can participate.

For Osakwe "prerogativism" as the second element of ideology was evidenced throughout Russian history by Tsars who sensed that they were the creators of law and, therefore, "above" restraint. This attitude was manifest as late as 1905 when Nicholas II resisted the introduction of a parliamentary system and reserved to himself in the Basic Law of 1906 the prerogative of ruling alone when the Duma was not in session.[14]

To those who argue that this feature has continued in the minds of Soviet leaders proof is to be found in the leaders' evident distinction between the laws they have created and to which they seem to sense that it is expedient to conform, and those which they are willing to ignore when they think the system in danger.

Megalomania has its dictionary meaning for Osakwe. He finds it manifest in the Russian sense of "greatness", demonstrated in the Tsar's declaration that Russia embodied in itself the "Third Rome". Megalomania may be sensed as present today when Soviet models are pressed upon the leaders of neighboring states as the assured instruments of social salvation, tested in the sixty years of Soviet history and believed to have been proved as a model for reinvigorating the world.

Xenophobia as a fourth element of a distinctive Russian and Soviet ideology is seen by Osakwe to be manifest in a veiled hatred of foreigners, which he traces back to early times. Perhaps it was rooted in the fear engendered by the brutality of the Mongols, which is still very much in the minds of Russians even today, and it has been refreshed

[14] Basic Law of the Russian Empire, 1906, Art. 87.

by the later experiences with the Teutonic Knights, the Swedes, Napoleon, the German Emperors and Hitler.

What Osakwe has defined as the influence of cultural tradition upon law is specific, of course, to Russia. If cultural tradition is to be a bas is for taxonomy of all legal families, cartographers will be presented with a challenging task, for it will become necessary to gather facts on the reception not only of foreign legal forms as one's own but of cultures as well. Sometimes the form and the culture will be the same because of the absence of a contrasting culture in the country in which the foreign form is received. Thus, in the absence of a surviving vigorous indigenous culture in Anglo-phonic North America, Australia and New Zealand not only English forms but the cultural base as well were introduced by the colonists. The same could not be said of India, Malaysia or Anglo-phonic Africa where indigenous cultures blendid with that of England to create a mutation of the English cultural base. The same mutation occurred in Latin America when the Spanish forms and cultural base met a strong indigeous cultural tradition, as was the case also when Chinese cultural approaches to dispute resolution spread to Japan, Korea and Vietnam to be followed later in Japan by German forms and in Vietnam by French. Likewise, Russian cultural tradition, as defined by Osakwe, has come to Eastern Europe with reception of Marxist inspired forms although here too the reception has not been total because of the strength of humanistic cultural tradition common to both Eastern and Western Europe.

It cannot but be evident that a cartographer seeking to identify families of law not only by forms but by what Osakwe calls substance or content is going to have a more difficult task than one using only my three-map plan, for it is questionable whether any set of maps could depict effectively the broadly based elements of received cultural tradition accompanying reception of forms. Indeed, the task might be sufficiently difficult to justify René Rodière's fear that comparatists might be forced to go beyond comparison of what he would recognize as a "legal system" to a comparison of what he called "civilizations".[15] For him, such an endeavor would be unimaginable.

Osakwe's focus on ideology and theology might conceivably be reflected on my maps Nos. 1 and 3, for I too called for a map to reflect ideologically influenced social goals of state leaders, and I too was prepared to indicate on a map moral foundations of legal systems which are to be found in the world's great religions whose faithful predominate

[15] See Rodière, René, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979, p. 28,

in vast areas of the globe converted by missionaires to their faiths. If Osakwe is right that Soviet and, therefore, socialist law can rightly be identified as having a base whose goals are influenced not just by an ideology but a theology, there are aspects of socialist law as yet unexplored by numbers of comparatists.

Osakwe argues that socialist inspired leaders are moved by theology because they profess concern not only for political and economic goals but also for the inner qualities of the individual. To him socialist law operates on the assumption that "present man is evil and imperfect... in need of a legal regulation of his evil behavior".[16] Osakwe finds an assumption among socialist leaders that law can perform an historic mission in cleansing man of his evil ways, thus creating out of him a "new man", a *homo sovieticus,* after which achievement law will wither away, as Marx and Engels said it must, leaving man to live in a state of tranquility to be called "communism". As much, communism is hailey by Soviet "theologians", not as a negation of law, but as the triumph of law.

Finding law to have theological elements, Osakwe is ready to compare the system of socialist law with Islamic, Christian canon, Jewish and Hindu law, all of which are universally recognized as resting on a theological base, if not being religions in themselves. Some would add to the list of theologically based systems the mediational legal culture of China, for in spite of the reception of Russian influenced socialist forms in the People's Republic, it cannot but be evident to any visitor to a Chinese community that the Confucian abhorance of litigation is still prominent. The emphasis is still upon resolution of disputes through conciliation, facilitated by Confucian-inspired respect for seniors who guide conciliatory efforts, often as officially sponsored conciliation committees. There remains the cultural sense that those who resort to litigation lose dignity. Litigation is not expected to lead mankind to the achievement of tranquility. Perfection of man comes not from confrontation but from reconciliation.

Attitudes toward reconciliation survive in regions where the Chinese have had no influence, as in Africa. Whether a map designed to indicate such a "theology" should use distinctive colors for the Chinese and African varieties or not remains a problem for the cartographer concerned with theologies, and he must think also of other peoples who,

[16] See Osakwe, *op. cit.,* note 11 at 336. See also his lecture at Chuo University, Tokyo, of December 20, 1984, published as "Rethinking the Nature of Soviet Law: A Methodological Analysis of the Modern Soviet Legal System", published in XIX-1 *Comparative Law Review,* Japan, 1985, pp. 73-93.

like the Africans, are organized in an extended family where there can be no litigation. Are these systems all Oriental for mapmaking purposes?

In my original three-map scheme the reconciliation cultures could have been recognized on my map No. 3, where religions create the base for conformity to rules of social order rather than étatist measures represented by state intervention through legislation in the affairs of men. Such a map would become a map depicting alternatives to law in the preservation of order and would probably add traces of the color chosen for such a system of social regulation even to localities in the United States where a movement is developing to introduce organized conciliation institutions into some urban communities. The aim is to further tranquility and to reduce the current heavy burden of litigation lying upon the judiciary. Such movement is, however, proving effective only in communities populated with peoples still culturally close to the conciliating cultures from which they or their forebears emigrated.

What can be concluded in light of this review of the possibilities facing the cartographer intent upon indicating comparison of legal systems graphically on colored maps, following the lead of the Instituto de Investigaciones Jurídicas? First and foremost one can conclude that the Mexican approach to cartography as an aid to understanding comparative law deserves praise. It shows at a glance what words take far more time to establish, namely that the world's legal systems owe much of their structures, institutions and methods to reception of legal systems devised by those who constitute foreign societies. Secondly, one can conclude that maps need to be multiplied to identify the various elements of legal cultures. One map is not enough to introduce the onlooker into the complexity of a legal culture, into the cultural components that are received from abroad and the cultural components indigenous to a people who have looked abroad for a new legal system to meet the perceived needs of the modern world.

Thirdly, and this may be the most difficult task, cultural traditions, whether indigenous or imported need to be analyzed to discover cultural components: theology, usually springing from a hoary past and often sanctified as a religion, and ideology, usually a product of more recent vintage, having been developed by thinkers of the past two centuries concerned with revolutionary change as in 19th century France and Germany or 20th century Russia.

The magnitude of the task conceived in these terms discouraged René Rodière, as has been indicated. He preferred limiting comparisons

to legal systems having a Judeo-Christian base. Should Rodièr's restrictions discourage the comparatists of contemporary societies who have a broader vision than Rodière? The answer is no longer to be found in discussion limited to theories. There are now compelling facts encouraging comparisons not only for the sheer enjoyment of theoretical game playing, but in the interest of coping whith the pressing problems of the late 20th century. Something can be learned by studying solutions to contemporary problems devised by peoples in other lands, no matter what their cultural traditions. That is why comparatists gather in international congresses to compare views of trends in law. This attitude has been evident particularly among legal scholars in developing countries who hope to introduce laws that will speed transition to modern societies while avoiding some of the mistakes experienced by societies of the 19th and early 20th centuries.

Yet, it has become evident in recent years that there may be danger in moving toward foreign models quickly. Segments of the Islamic world where rulers did not consider sufficiently resistance to change have demonstrated the need to think of tradition. Appeciation of this danger has become evident even among the Marxist inspired leaders. Not long ago Soviet specialists recommended to like-minded leaders that they could not do better than introduce into their countries models developed in the USSR during its more than 60 years of experimentation. Circunstances have forced Soviet scholars to abandon simplistic expectations based on failure to study comparative law in other than doctrinaire ways. Perhaps that is why Soviet literature is becoming more sophisticated, although it still seems to be hampered by the dictate that in comparison there are only two families of law to be discerned, those that are socialits and those that are capitalist, with, perhaps, a third emerging system that is transitional, the "non-capitalist-way" of the self-styled "scientific socialists" of the developing world.[17] Attitudes toward the nature of law and its relation to societies are important to the structuring of purposeful legal systems designed to improve economies and man himself. Cartography may foster appreciation of this fact, and that is why I, at least hope that the Instituto in Mexico will try its hand again at drawing a series of maps suited to the complexity of the times in which we live.

[17] For the argument that there are only two families of law in the world, see Szabó, Imre,"Theoretical Questions of Comparative Law", published in I. Szabo and Z. Péteri, eds., *A Socialist Approach to Comparative Law*, Leyden-Budapest, 1977, p. 13. The same position is taken by Tille, A. A., *Sotsialisticheskoe Sravnitel'noe Pravovedenie*, Moscow, 1925, p. 91.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONSENSO BÁSICO

REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE DESARROLLOS CONSTITUCIONALES MEXICANOS Y ALEMANES

Hans-Rudolf HORN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo de la justicia constitucional.* 1. *La vía a una justicia constitucional auténtica en México.* 2. *Orígenes de la justicia constitucional en Alemania.* 3. *Funcionamiento del Tribunal Constitucional de la Federación.* III. *Legitimación y límites de la justicia constitucional.* 1. *Democracia y coordinación de poderes.* 2. *Algunas estructuras de la jurisprudencia constitucional alemana.* 3. *Desviaciones alemanas del modelo austriaco.* IV. *Consenso básico y partidos políticos.* 1. *Origen y fin de los partidos políticos.* 2. *Consenso básico y Justicia constitucional.* 3. *Dirección política y participación popular.* A. *Elementos del consenso real en México.* B. *Posibles continuaciones de la Reforma Política de 1977.* C. *Voluntad general y diálogo político.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La justicia constitucional, en todos sus matices, es el tema al cual el homenajeado consagró la mayor parte de la obra de su vida, tratándole bajo los puntos de vista de procedimiento y del derecho substancial. En sus trabajos múltiples desempeñan un papel crucial los aspectos del derecho comparado. Cabe decir que Héctor Fix-Zamudio es uno de los protagonistas más renombrados de la justicia constitucional en el mundo contemporáneo.

La facultad judicial de revisar la constitucionalidad de leyes regularmente expedidas por el parlamento, es un tópico crucial de la discusión constitucional. Necesidad y legitimidad de la revisión judicial son examinadas tanto en el nivel académico como político ya desde casi dos siglos. Junto con el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor Jorge Carpizo, el homenajeado resumió los argumentos en favor de la revisión judicial en una publicación, que apareció en 1985 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.[1] En

[1] Carpizo, Jorge y Héctor Fix-Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la

el comienzo de su trabajo los autores apuntan las controversias sobre la legitimidad de la justicia constitucional, que resurgen periódicamente a partir de la famosa polémica en los años treinta entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que recientemente ha revivido con las críticas hacia la revisión judicial de Raoul Berger y Lord Devlin.[2] También en Alemania se discuten de nuevo los problemas pertenecientes a estas cuestiones, aunque con menos intensidad.[3]

2. Sin lugar a dudas, en los Estados Unidos de América y en varios países, especialmente en Europa continental y América Latina, la justicia constitucional, inclusive la revisión judicial, que representa un meollo esencial de ella, alcanzó un grado de reconocimiento común, que las objeciones y críticas no parecen aptas para exponerla seriamente a la duda. A pesar de todo, se puede pronosticar que la discusión sobre la legitimidad de la revisión judicial no va a cesar completamente en el futuro, pues también en países que la reconocen oficialmente, dicha discusión no pierde su importancia, sino cambia solamente el objeto en el sentido de que se refiere menos a la legitimidad que a los límites de la justicia constitucional.

3. El diálogo internacional sobre los tópicos cruciales del derecho constitucional es una tarea difícil, pero indispensable para conocer las soluciones que otros Estados han dado a problemas similares. Tal discusión necesariamente tiene carácter interdisciplinario; de ahí que debe comprender también ciertos aspectos de las ciencias políticas y de la filosofía del derecho. Al tomar en cuenta las múltiples interdependencias económicas, políticas, culturales y sociales, que acuñan especialmente

revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.

[2] *Cfr.,* especialmente Cappelletti, Mauro, que rechaza dichas críticas en su estudio "Nécessité et legitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé,* París, núm. 2, 1981, pp. 625-647.

[3] Rasehorn, Theo, recientemente se dedicó a estos problemas y a la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en su artículo "Carl Schmitt siegt über Hans Kelsen. Das Ende der Weimarer Republik im Spiegel juristischer Publizistik", en *Aus Politik und Zeitgeschichte,* B 48/85, noviembre de 1985, pp. 3 y ss. Parece significativo que la publicación apareció en una revista de las ciencias políticas, pues Kelsen desempeña un papel más grande en la literatura jurídica latinoamericana que en la alemana por razones distintas. Kelsen y Schmitt en 1932 fueron profesores de la misma facultad de Colonia y los dos tuvieron que ver con el proceso ante la Corte Estatal del Imperio alemán sobre la destitución del gobierno democrático de Prusia, por el gobierno imperial de V. Papen que un año después contribuyó esencialmente a la toma de poder de Hitler. Kelsen perteneció a los expertos del gobierno prusiano, Schmitt fue representante del Imperio. A pesar de todo no fue correcto nombrar a Kelsen el "antagonista democrático" de Schmitt, en el sentido de que este es nada más que un seguidor de ideologías totalitarias.

las relaciones entre los países iberoamericanos y europeos, es de extrañar, que el intercambio internacional no es tan intenso como debiera esperarse. Es preciso superar la opinión errónea de que el estudio de la Constitución podría realizarse exclusivamente dentro de las fronteras del Estado respectivo. El derecho constitucional comparado no es una actividad meramente académica, sino que puede ayudar a cumplir la función importante de examinar y evaluar los puntos de vista esenciales del discurso jurídico que sean útiles para realizar los postulados constitucionales en el propio país, al tomar en cuenta que los textos más hermosos de los códigos fundamentales no pueden garantizar el funcionamiento de la democracia eficaz ni proteger los derechos humanos, cuando faltan los procedimientos jurídicos y políticos necesarios.

La Constitución no es algo dado y firme que tenga eficacia por su mera promulgación, sino que necesita el apoyo y la defensa de todos los ciudadanos, cuyo consentimiento es la base de funcionamiento. En este contexto se suele hablar del consenso básico, del consenso popular o del compromiso central.[4] Dichas ideas comúnmente reconocidas tienen que ver con la soberanía popular que funda la legitimación y los límites del estado moderno. El consenso básico se expresa en el texto de la Constitución, pero no puede equipararse con él, pues le precede y supone y hasta puede modificar la significación de las normas constitucionales en el curso del desarrollo político y social.

4. En México no se puede interpretar cabalmente la Constitución de 1917 sin tomar en cuenta la revolución mexicana, especialmente sus postulados sociales, consagrados en el mismo código fundamental. No es fácil comparar la situación de México con la de la República Federal de Alemania, en donde la ley fundamental no se funda en una revolución autóctona, sino que fue la consecuencia de la derrota total en la Segunda Guerra Mundial y la separación del Reich Alemán por los conquistadores. Se evitó intencionalmente el término "Constitución" para destacar la solución provisional en una Alemania dividida. Sin embargo, no está justificado hablar de una mera imposición por parte de las fuerzas de ocupación occidentales, pues la ley fundamental

[4] *Cfr.*, Horn, Hans-Rudolf, "República Federal de Alemania: Justicia y defensa de la Constitución", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 569 y ss. y 615 y ss. El consenso básico es el tema principal de la obra colectiva de Benda, Ernst; Werner, Maihofer, y Hans-Jochen, Vogel (compiladores), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, New York, 1984; *cfr.*, la reseña de Achterberg, Norbert, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1985, pp. 208-211, y la de Nieto, Alejandro, *Revista de administración pública*, Madrid, 1985, pp. 399-401.

reanudó las tradiciones alemanas del siglo pasado, expresadas en la fiesta del movimiento liberal en Hambach bajo la bandera de "Negro-Rojo-Dorado" (1832) y el proyecto de la Constitución de la Iglesia de San Pablo 1848. Las raíces espirituales de la ley fundamental de Bonn del año 1949 se fundan además en el movimiento de resistencia en contra de Hitler que comprendió socialistas, liberales y cristianos.

Sus ideas democráticas se expresaron en los partidos políticos que han acuñado el desarrollo político en la República Federal de Alemania. Se trata de partidos que ya habían existido antes del régimen del nacionalsocialismo, como el Partido Socialdemócrata de Alemania, por una parte, y nuevos partidos como primordialmente la Democracia Cristiana, por la otra (formalmente dos partidos distintos: la Unión Cristiano-Demócrata y la Unión Cristiano-Social, que se limita a Baviera), que abandonó la tradición de un partido exclusivamente católico como lo fue el "Zentrum" en la época de Weimar.

La ley fundamental de 1949 consagró por primera vez en el texto constitucional la función de los partidos políticos que participan en la formación de la voluntad política del pueblo. La constitucionalización de los partidos políticos entretanto se realizó en varios países como también en México en el curso de la Reforma Política de 1977. Allá simultáneamente se creó una base constitucional para las actividades políticas, reconociendo de esta manera la retórica política, que es el fundamento de la autoexposición también para los partidos de oposición.

El divulgado desprestigio de los partidos políticos que parece ser un fenómeno ubicuo en la historia y en la actualidad, a veces hace olvidar que la democracia de masas no puede funcionar sin partidos, que posibilitan la participación política del pueblo. Una medida eficaz para prevenir el abuso del poder político, ejercido por los partidos, es la justicia constitucional, que se funda en el consenso básico. Los esfuerzos del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania merecen atención especial en este contexto.

II. Desarrollo de la justicia constitucional

1. *La via a una justicia constitucional auténtica en México*

La génesis del juicio de amparo en México es uno de los temas más discutidos también entre los juristas de otros países. De ahí que podría parecer ocioso tratar esta cuestión también en un trabajo dedicado a Héctor Fix-Zamudio, que ha expuesto todos los ángulos del problema

en su obra magnífica de su vida como ningún otro autor. A pesar de todo, convienen algunas advertencias necesariamente sumarias sobre las controversias tradicionales, inclusive la cuestión antigua para determinar si Manuel Crescencio Rejón o Mariano Otero es el padre del amparo mexicano. Pues dicha pregunta no es meramente académica, como se puede suponer a primera vista en el extranjero.

En una de las publicaciones más divulgadas sobre el amparo, es decir, en el comentario a la *Nueva legislación de amparo reformada* de Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera (la 43 edición de 1982, por ejemplo, constó de 15,000 ejemplares), se destaca la conclusión literal: "Fue Rejón el precursor del amparo, fue don Mariano Otero su creador." [5] El homenajeado y un número creciente de constitucionalistas, por otro lado, ponen de relieve los puntos de vista para comprobar, que Rejón y Otero juntos fueron los creadores del juicio de amparo. Esta diferencia no se puede calificar como un matiz insignificante, pues cuando se considera a Otero como el padre del amparo, la restricción de la idea primitiva de Rejón, realizada en la Constitución del estado de Yucatán, gana más importancia. Es el mérito indudable de Otero que fue introducido el amparo en el ámbito federal por el artículo 25 del Acta de Reformas a la Constitución de 1824, promulgada el 18 de mayo de 1847, después de que Rejón se había retirado de los debates. Según el proyecto de Otero, se establecieron los efectos particulares de la sentencia protectora y la prohibición de declaraciones generales, disposición que se conoce con la denominación "Fórmula Otero";[6] ésta actualmente está consagrada en la fracción II del artículo 107; "se ha conservado posteriormente en forma prácticamente sacramental", como dijo el homenajeado con toda razón en su comentario a la Constitución.[7] Quienes seguirán adorando a Otero como creador del amparo, se atajarán el camino a una justicia constitucional auténtica.

Desde hace algunos años, el homenajeado, junto con otros constitucionalistas ilustres como Jorge Carpizo, ya pugna por la supresión de la llamada "Fórmula Otero", que cumplió su misión histórica. En el

[5] Trueba Urbina, Alberto, y Jorge Trueba Barrera, *Nueva legislación de amparo reformada*, Doctrina, textos y jurisprudencia, 43 edición actualizada, México, 1982, p. 413 (el desdén frente a Rejón se expresa también en la falta del tratamiento honorífico de "don" otorgado a Otero).

[6] *Cfr.*, Horn, Hans-Rudolf, "Legitimación y límites del Poder Ejecutivo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 53 y ss. y 95 y ss.

[7] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*, México, UNAM, IIJ, 1985, p. 255.

siglo pasado las condiciones justificaron la limitación de los efectos de la revisión judicial al caso particular. Entonces, desórdenes internos y conflictos graves ante la Federación y las entidades federativas forzaron a los constituyentes evitar todas las regulaciones que podrían amenazar la autoridad y el poder público, por una declaración general en el sentido de que una ley ordinariamente promulgada fuese nula. Se quería, como lo expresó el diputado Arriaga, "que las leyes absurdas, que las leyes atentatorias sucumban parcialmente, paulatinamente, ante fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un palenque abierto a luchas funestas entre la soberanía de los estados y la soberanía de la federación".[8] Hoy en día, por el contrario, el prestigio de gobierno y Parlamento resulta perjudicado mucho más cuando se renuncia a resolver el problema de una ley inconstitucional de una manera rápida, obligatoria y eficaz. Solamente así se podrá evitar la repetición de varios procesos acerca de la validez de la misma norma, que en la época de prensa y telecomunicación seguramente no quedarán desconocidos. Otro punto de vista desempeña un papel más importante: según los principios del Estado social, consagrados en la misma Constitución mexicana, parece insoportable que haya personas que sigan estando agraviadas por una ley inconstitucional por la razón simple y sencilla que no tengan recursos económicos para pedir el amparo o no saben defender sus derechos por su precaria situación.[9]

Surge la siguiente pregunta: por qué dichos argumentos convencedores, expuestos reiteradamente en muchas publicaciones, no han podido superar hasta hoy la opinión tradicional, que se refiere no solamente a Otero, sino también a otros juristas famosos como especialmente Emilio Rabasa. A veces se puede tener la impresión de que se sigue estimando tanto la Fórmula Otero por razones menos racionales que más bien nacionales en el sentido de que se considera ésta como una invención netamente mexicana, mientras que, según la misma convicción, la revisión judicial de leyes hubiese provenido de la Constitución de los Estados Unidos. Al indagar sus textos de ella sin prejuicios, sin embargo, es preciso constatar que en realidad la revisión judicial no fue consagrada en la Constitución misma, como todavía supone una mayoría de los constitucionalistas en el mundo. El artículo 6, en el cual

[8] *Cfr.*, Horn, *loc. cit., supra* nota 2, p. 97.

[9] Fix-Zamudio, Héctor, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, 1977, p. 119; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3ª ed., México, UNAM, 1979, pp. 276 y ss., y en algunas publicaciones más de los dos autores.

ésta se funda, no dice ninguna palabra sobre la facultad de revisar leyes federales, sino que equipara éstas expresamente a "esta Constitución"; la cual, junto con las leyes de los Estados Unidos, obligan a los jueces de cada Estado. En el fondo se trata de una norma acerca de la supremacía de leyes federales frente a leyes de los Estados, es decir, de una disposición sobre las relaciones entre la Federación y las entidades federativas. La norma nada tiene que ver con la supremacía de la Suprema Corte ni con los tribunales en general, sino que se dedica exclusivamente al problema del Estado federado, que en esta forma constituyó una novedad en la vida política y constitucional. Ni en los trabajos preparatorios ni en los textos constitucionales se encuentra alguna disposición o consideración que atribuya a la Suprema Corte o a otro tribunal la facultad de anular leyes.[10]

La revisión judicial fue la creación genial de la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, que desde luego, se refirió a la Constitución y la supremacía de ésta, expresada en el código fundamental mismo. La influencia y el prestigio de la jurisprudencia se fundaron primordialmente en la personalidad del juez principal Marshall. En México fueron divulgadas las ideas de la revisión judicial en primer lugar por el famoso libro de Tocqueville *De la democracia en América del Norte,* cuya traducción al español ya apareció en 1836, un año después de su publicación original. Es significativo que se realizó una reimpresión de esta obra en 1855, el año en el cual se convocó el Congreso Constituyente, que elaboró la carta federal de 1857, en la que se consagró definitivamente el amparo.[11]

El primer texto constitucional que claramente otorgó el amparo constitucional contra leyes, es la Constitución de Yucatán de 1841, no solamente en América Latina, sino en el mundo moderno, pues las normas de la Constitución de los Estados Unidos no contienen una regulación de semejante claridad. De ahí que se puede estimar que el desarrollo de una justicia constitucional auténtica, que se caracteriza por los efectos generales de los fallos de la Suprema Corte de Justi-

[10] Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", *Die Offentliche Verwaltung,* 1980, pp. 84 y ss., p. 86; en el mismo sentido, Carrillo Flores, Antonio, "La Constitución real de los Estados Unidos y la Suprema Corte", *Revista de la Universidad de México,* núm. 27, nueva época, julio de 1983, pp. 8-12, consentiendo García Laguardia, Jorge Mario, en su reseña en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, núm. 52, enero-abril de 1985, p. 255.

[11] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* México, D. F.-Madrid, 1982, p. 98 (§ 207), p. 122 (§ 274), N. 304.

cia es una continuación consecuente del propio camino mexicano que empezó en Mérida y alcanza su fin en la ciudad de México.

2. *Orígenes de la justicia constitucional en Alemania*

El Tribunal Constitucional de la Federación (TCF)[12] desempeña un papel crucial dentro del sistema político-constitucional de la República Federal de Alemania; su función puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque oficialmente suele declarar que no es una instancia adicional de jurisprudencia. En la realidad, sin embargo, en muchos casos el TCF destaca un aspecto del derecho constitucional, por ejemplo la negación de la audiencia judicial, para fundar su facultad de revisar las sentencias de tribunales generales. Puede hablarse de una paralela interesante con el desarrollo del juicio de amparo en México que paulatinamente fue extendido a todos los ámbitos de la jurisdicción inclusive las materias sin referencia inmediata al derecho constitucional. La diferencia esencial entre los dos sistemas consiste en la circunstancia de que el TCF es un tribunal especializado en asuntos constitucionales al lado de Cortes Supremas de los demás ramos jurídicos con propios códigos de procedimiento, mientras que la Suprema Corte de Justicia en México es el único tribunal supremo, cuya función está establecida por la Constitución, leyes, jurisprudencia y doctrina de una manera apenas controvertida en el fondo. El TCF, por otro lado, definió las competencias suyas por sí mismo de una manera muy independiente, a veces decidiendo en un caso, cuando se hubiese negado su competencia al tomar en cuenta la jurisprudencia anterior, a veces negando una sentencia sustancial en un caso, en el cual se hubiese esperado un fallo sobre una cuestión importante.[13] A pesar de todo, el TCF sigue gozan-

[12] El término alemán *Bundesverfassungsgericht* usualmente es traducido por "Tribunal Constitucional Federal" o también "Tribunal Federal Constitucional"; por razones lingüísticas parece preferible "Tribunal Constitucional de la Federación" (abreviado TCF), como también en México se dice Tribunal Fiscal de la Federación; simultáneamente tiene la ventaja de recordar la circunstancia de que no sólo la Federación dispone de un tribunal constitucional, sino también las entidades federativas.

[13] *Cfr.*, por ejemplo las advertencias críticas del juez constitucional Simon, Helmut, "Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Hadbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (véase *supra* nota 4 en la sección I), que destaca el prestigio enorme del TCF, pp. 1274 y ss.; pero ejemplifica sus dudas en la nota 36

do la más alta autoridad en la República Federal de Alemania. No solamente en las discusiones políticas, sino también con la elaboración de proyectos de leyes por la administración, siempre se refiere a las sentencias del TCF, que parece ser una institución tradicional alemana, aunque existe hace apenas treinta años.

En Alemania ya hubo en el siglo XIX intentos de asignar la defensa constitucional a un tribunal supremo. Debe mencionarse en este contexto la Constitución del 28 de marzo de 1849, resultante de la revolución alemana de 1848, nombrada la *Constitución de la Iglesia de San Pablo,* según el lugar en donde se reunió el primer Parlamento libremente elegido en Frankfurt del Meno. Se había previsto una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones. Un Tribunal del Imperio *(Reichsgericht)* como supremo tribunal de Alemania, la que entonces estaba formada por un sinnúmero de reinos, ducados, principados y ciudades libres soberanas, decidiría también sobre una acción que hoy sería denominada "recurso constitucional": al ciudadano alemán individualmente le fue concedido interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución.[14] La Constitución de la Iglesia de San Pablo quedó meramente como episodio democrático, terminado por las tropas prusianas.

La idea de la justicia constitucional casi no jugó un papel en la posterioridad. El Tribunal del Imperio, establecido en el Imperio creado por *Bismarck* en el año 1879 en Leipzig, era exclusivamente un Tribunal supremo para decidir sobre asuntos civiles y penales. En la República de Weimar este tribunal reclamó la competencia de decidir sobre la constitucionalidad de leyes. En su famoso fallo del 4 de noviembre de 1925 examinó la cuestión de si las leyes de devaluación, regulando las consecuencias de la inflación de 1923, eran compatibles con la garantía constitucional de la propiedad. Tal investigación judicial presupone que el tribunal tenía la facultad de declarar nula una ley, como un contrato que contravenga a la ley o a las buenas costumbres, de acuerdo con los artículos 134 y 138 del Código Civil. En este caso, el contrato es nulo de antemano *(ex tunc)*. El Tribunal no llegó a la conclusión de que las leyes en cuestión eran inconstitucionales. Lo esencial de la sentencia fue el reconocimiento principal de

de la p. 1287. Ciertamente se podría aducir más fallos de tiempos más recientes, en los cuales el TCF eludió a una decisión sustancial a decidir formalmente en casos del control concreto de normas.

[14] *Cfr.*, Faller, Hans Joachim, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos,* 1979, pp. 47 y ss., esp. p. 48.

la *Revista Judicial de Leyes*. De ahí que debe decirse que el precursor del TCF ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte estatal, aunque la Ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.[15]

Los constituyentes de Bonn fueron más allá de la tradición de la *Corte Estatal para el Imperio alemán*, prevista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar. La Ley Orgánica concedió solamente muy pocas facultades a la Corte estatal, facultades que no abarcan la protección de los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 109 y ss. de la Constitución de Weimar.

3. *El funcionamiento del Tribunal Constitucional de la Federación*

El TCF se compone de jueces federales y otros miembros, como dice el artículo 94 de la Ley Fundamental (LF). Los constituyentes confiaron la reglamentación de todos los detalles a la Ley Orgánica. El tribunal está integrado por dos salas *(Senate)*, cada una de ellas con ocho miembros; antes de la reforma de 1956 fueron doce en cada sala. En la actualidad, tres magistrados en cada sala son electos entre los jueces de las Supremas Cortes Federales. También los demás jueces deben haber cumplido su carrera jurídica. Su periodo de función dura doce años; la reelección está prohibida. Todos los jueces deben tener más de 40 años y se les prohíbe ejercer otra profesión que no sea la de un catedrático de derecho en una universidad alemana.

Mientras el Consejo Federal elige a los jueces constitucionales que le corresponden, en votación directa, en la Cámara de Diputados rige un sistema indirecto de una comisión de doce electores. Las elecciones en ambos gremios requieren mayoría de dos tercios. El presidente y el vicepresidente son electos de manera alterna por la Cámara de Diputados y el Consejo Federal.

Las dos salas, en cierto modo, son autónomas en el sentido de que además de poseer competencias específicas, los miembros de una no pueden ser trasladados a la otra. Por eso se ha hablado de "tribunales gemelos", ya que sólo en contadas ocasiones se reúnen en sesión plenaria para resolver la tesis que debe prevalecer, cuando una de las salas pretenda apartarse en determinados asuntos de los criterios sostenidos por la otra.

Puesto que no se había previsto la interposición de tantos recursos

[15] Horn, *loc. cit., supra* nota 6.

constitucionales, fue inevitable introducir un procedimiento previo de admisión de los mismos, a cargo de comisiones integradas por magistrados del propio Tribunal con la facultad de desestimar aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los demandantes. Las reformas de la Ley Orgánica de 1956, 1963, 1970 y 1985 se dedicaron a estos problemas.

El procedimiento previo que había sido objeto de discusiones controvertidas, se elevó al rango de disposición constitucional, al adicionarse por una reforma de 1969 el inciso 2 del artículo 94, LF, en el sentido de que la Ley Orgánica puede exigir, como condición previa, el agotamiento de las vías judiciales ordinarias y establece un procedimiento especial de admisión, requisitos que ya se habían establecido antes por la Ley Orgánica.

Por el creciente número de los recursos constitucionales se introdujo una tarifa penal de 1,000 marcos, que puede ser impuesta al reclamante en el caso del abuso del derecho, en el año de 1985. A pesar de todo, no se puede esperar una exoneración eficaz del TCF, que sigue estando cargado por procesos sobre muchos asuntos políticos muy delicados, como lo son el problema del financiamiento de los partidos políticos según una Ley de 1983 o el ajuste financiero sobre las entidades federativas.

La revisión de las leyes por el TCF puede suceder en dos formas:

El *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por partes de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones ante el TCF es de carácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*. Cuando un tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al TCF —salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudirse al tribunal constitucional de ella— a fin de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteado (artículo 100, LF, y artículos 11, 80 a 82 de la Ley Orgánica).[16]

El TCF, en su propia jurisprudencia, modificaba las normas de competencia en el sentido de que fueran válidas las regulaciones constitucionales y legales sobre el control normativo concreto, exclusivamente en los casos de leyes formales promulgadas durante la vigencia

[16] Fix-Zamudio, *loc. cit.*, *supra* nota 7, pp. 170 y ss.

de la ley fundamental, es decir, los demás tribunales podrán decidir por sí mismos cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal. Dichas restricciones de la competencia del TCF no valen en los casos del control normativo abstracto, porque el Tribunal parte de la idea de que entonces debe cumplir su función como guardián de la Constitución en sentido amplio, mientras que con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal de Alemania. El TCF extiende esta jurisprudencia también a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión se aclara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma, pero también cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. Por ejemplo, no es admisible que un juez ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil, aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.

El mismo Tribunal decide cuáles de sus fallos se publicarán en la colección oficial de sentencias que ya abarca 60 volúmenes. También se publican las opiniones disidentes de jueces. Cada decisión publicada comienza con ciertas frases directrices de índole general, más bien en el sentido de normas abstractas, mientras que la *fórmula de sentencia* que continúa, se refiere inmediatamente al *caso concreto*, la cual se publica en la *Gaceta Oficial*, cuando se declara inconstitucional una regulación.

III. Legitimación y límites de la justicia constitucional

1. *Democracia y coordinación de poderes*

El miedo frente al gobierno judicial es la objeción principal en contra de todas las formas de la justicia constitucional, especialmente la revisión judicial de leyes; se suele repetir la frase que reza: "la tiranía judicial... es la peor de todas las tiranías".[17] Mauro Cappelletti, quien como el homenajeado pertenece a los protagonistas internacionalmente más prestigiados de la justicia constitucional, toma muy seriamente la objeción de que la legislación judicial es inaceptable, por no ser demo-

[17] Con esta frase termina el comentario a la *nueva legislación de amparo reformada, loc. cit., supra* nota 1 de la sección II, p. 449.

crática.[18] Este argumento bien conocido fue elaborado y destacado recientemente por Lord Devlin y otros autores, que encontraron un eco internacional.[19] Fue articulada de nuevo la preocupación de que una elite sin legitimación democrática inmediata como son los jueces, se aparta demasiado del pueblo y que al fin del camino largo y meándrico inevitable es el Estado totalitario, pues —como se supone— su independencia de ellos está ligada con una falta de responsabilidad hacia los ciudadanos o la mayoría de los ciudadanos y sus representantes. Lord Devlin pugna firmemente contra la participación de los jueces en el procedimiento de la elaboración y evolución del derecho. Abraham Lincoln habló del peligro de que el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, ha de ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte.

La mayoría de las objeciones en contra de una auténtica justicia constitucional se funda en la idea de que se lesiona la separación de derecho y política y al mismo tiempo la división de poderes, consagrada en todas las constituciones modernas. Se trata de un meollo esencial del Estado moderno de derecho. Bajo la impresión de desarrollos más recientes, sin embargo, crece la convicción de que la teoría clásica de una separación exacta entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial necesita algunas modificaciones para actualizarla.[20] La doctrina del liberalismo clásico, partiendo de la opinión simplista de que fuese necesario separar los poderes públicos para garantizar la libertad del individuo, no se muestra suficiente para explicar las funciones actuales del Estado. El constitucionalismo moderno se refiere a *Montesquieu,* quien expresó su idea fundamental, en el año de 1748, en su famosa obra *El espíritu de las leyes* con las palabras: "para que no pueda abusarse del poder, es preciso que por disposición misma de las cosas, el poder detenga el poder." De ahí que se llegó a la conclusión errónea de que la unidad del poder público fuere algo dado por sí mismo, que se debería separar para posibilitar la libertad del ciudadano, que se consideró como posible solamente en un rincón no accesible del poder público. Dicha opinión se funda en un antago-

[18] *Loc. cit., supra* nota 2 de la sección I, pp. 639 y ss.

[19] Devlin, Lord, "Judges and Lawmakers", *Modern Law Review* 39 (1976)), p. 1 y 10. *Cfr.,* también Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

[20] Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano,* 14ª ed., 1976, p. 536 (citado según Corwin, Edward S., *La Constitución norteamericana y su actual significado,* Buenos Aires, 1942, p. 141).

nismo sobreestimado entre el individuo y la comunidad, sin tomar en cuenta que el concepto de la libertad se realiza meramente dentro de la comunidad en el sentido de que un hombre que vive aislado, como Robinson en su isla remota, no piensa en las categorías de la libertad supuestas en el derecho constitucional.

Tampoco puede decirse que la unidad del poder público existe por sí misma. En verdad, es el resultado de esfuerzos indispensables de coordinación. El mismo *Montesquieu* había expresado la necesidad de consenso y compromiso político de una manera más clara en su obra *Penseés*. Las modificaciones del texto primitivo, que realizó en el curso de la redacción, al adoptar dicha idea en su obra principal *El espíritu de las leyes*, no significan que hubiese querido abandonar su convencimiento original, sino que se trató de una manera de hablar muy usual en su época de las grandes investigaciones de las ciencias naturales al describir las fuerzas físicas y el paralelogramo de éstas.[21] Según las teorías del Estado, que ya prevalecieron en la antigüedad y en la edad media, una colaboración de funciones públicas hacia un fin común era considerada como necesaria para la existencia del Estado.

La teoría moderna de la coordinación de los poderes públicos reanuda el pensamiento tradicional que tampoco el mismo Montesquieu había rechazado, para resolver problemas de la relación de los tres poderes entre sí. Por una parte, parecen aptos para desvirtuar los argumentos frecuentemente usados en contra de la justicia constitucional, a la cual se reprocha que transgreda los límites constitucionales del poder judicial. Por otra parte, el principio de la coordinación prohibe también intervenciones excesivas del Poder Judicial. No será posible distinguir tan claramente entre asuntos jurídicos y políticos, como lo sostiene la *doctrina de la cuestión política* en los Estados Unidos de América. En todos los casos, el tribunal deberá decidir si reconoce la resolución del Parlamento o del gobierno, en el sentido de que al fin de su examen constate si se trata de un problema político no accesible al Poder Judicial; pero dicha constatación no puede terminar el examen, de antemano.

Decretar la abstención por parte de los jueces en tales cuestiones sería renunciar a su función específica, en perjuicio, precisamente, de la política, campo que se pretende preservar con la abstención judicial.[22]

[21] *Cfr.*, la literatura mencionada, *loc. cit.*, *supra* nota 4 de la sección I, en mi trabajo nota 37, p. 606.

[22] Lange, Ulrich, "Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu", *Der Staat*, 1980, pp. 213 y ss. *Cfr.*, también Sánchez Agesta, Luis, *Principios de la teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976, pp. 462 y ss.

2. *Algunas estructuras de la jurisprudencia constitucional alemana*

El alcance y estructura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación (TCF) son objetos de un sinnúmero de publicaciones en la República Federal de Alemania y también en algunos otros países. Muchas investigaciones desembocan en la desilusión de los autores que se fundan en la circunstancia de que no han podido encontrar un determinado sistema imaginado por ellos. Tales desilusiones son una consecuencia natural de la opinión errónea de que se podría comprender la jurisdicción constitucional por medio de un sistema deductivo. Se trata de un error perdonable, puesto que muchos giros en las mismas sentencias del TCF parecen insinuar un sistema de tal carácter. Parece preferible examinar la argumentación jurídica bajo los puntos de vista del uso de un lenguaje específico.

En una primera aproximación, el uso de ciertos términos, especialmente el uso frecuente del *esquema valorativo*, puede despertar la impresión de que el TCF parte de un esencialismo axiológico que conoce valores absolutos que serían comprendidos con la ayuda de una intuición axiológica especial. La jurisprudencia del TCF ofrece un amplio repertorio de esquemas que se encuentran entre nociones centrales de la filosofía y la teoría del derecho, tales como "idea del derecho", "idea rectora", "postulado", "razón práctica", "pensamiento de la justicia", etcétera. No es muy difícil ver que aquí se trata de esquemas que juegan un papel decisivo ante todo en la filosofía neokantiana.[23] Sin embargo, sería apresurado inferir de ahí un aseguramiento racional en el sentido de un idealismo neokantiano. El TCF utiliza como sinónimos de la *idea de justicia* expresiones tales como intuición o sentimiento o sensibilidad de justicia, las cuales se adaptan más al vocabulario de teorías jurídicas psicológicas o fenomenológicas. Otros esquemas, en cambio, revelan la proximidad con las concepciones jusnaturalistas y ontológicas. Aquí hay que mencionar primordialmente el frecuente uso del esquema de la "naturaleza de la cosa". Expresiones tales como "bienestar general" o "bien común" se remontan a tradiciones antiguas europeas que han adquirido una importancia relevante en las teorías jurídicas, que parten de las doctrinas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Pero no cabe decir que el TCF se refiere a criterios universales, pues muy a menudo se encuen-

[23] Quiroga Lavié, Humberto, "Crisis del Estado", *Memoria del Primer Congreso Internacional de Teoría del Estado*, México, UNAM, 1981, p. 342.

tra también el uso del esquema de interés que recuerda más bien a concepciones de orientación sociológicas.

Finalmente, no faltan las referencias a la tradición idealista de origen hegeliano al utilizar versiones también de una metáfora organológica o sistemático-funcional. Elementos similares encontramos también en la tradición de la teoría general alemana del Estado que hasta ahora —independientemente de su localización teórica— muestra la influencia del estilo de Hegel.

La forma de hablar axiológica del TCF tropieza crecientemente con la crítica. Se debe poner de relieve, sin embargo, que nunca se limita a una constatación intuitiva, si no presenta una especie de procedimiento intuitivo, de suerte que la "ley moral", a la cual se refiere el artículo 2 (LF), parece convertirse en una función de constataciones científico-sociales especialmente demosóficas. En esta medida, el *positivismo legal,* temido por los constituyentes, queda superado por un positivismo cultural pragmático de mayor alcance.[24] Los criterios más importantes han demostrado ser la cultura, la tradición, el consenso, la "concordancia ideológica" y el "procedimiento democrático".

El uso reiterado de términos como juicio valorativo, tiene su origen primordialmente en el fallo del 15 de enero de 1958, la famosa sentencia de Lüth, así llamada según el reclamante del recurso constitucional que inició el proceso. Se trata del fundamento de una jurisprudencia sentada.

Según la sentencia de Lüth, la ley fundamental no desea ser un "orden neutro al valor", sino que en la parte dedicada a los derechos fundamentales ha *establecido un sistema valorativo objetivo,* expresando precisamente aquí un "reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales". "Este sistema valorativo, que encuentra su punto central en la personalidad humana, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad humana y en su dignidad, tiene que valer en tanto la decisión básica jurídico-constitucional, para todos los ámbitos del derecho." [25]

El TCF concibe a los derechos fundamentales no sólo como regulaciones de mecanismos de competencia general y pública, sino tam-

[24] Schreckenberger, Waldemar, *Rhetorische Semiotik - Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts,* Freiburg, München, 1978, pp. 245 y 255. Está preparada una traducción al castellano bajo el título *Semiótica del discurso jurídico - Análisis retórico de textos constitucionales. Cfr.,* mi artículo en *La Constitución y su defensa,* México, UNAM, 1984, pp. 599 y ss.

[25] Schreckenberger, *op. cit.,* nota anterior, p. 376.

bién individual y privada. No extiende, por otro lado, su competencia totalmente en el ámbito del derecho civil, sino que limita la realización de la influencia de los derechos fundamentales primordialmente a las cláusulas generales, tales como las buenas costumbres, que nombra "lugares de irrupción", rechazando doctrinas de efectos inmediatos de los derechos fundamentales hacia terceros, que llevaría consigo una disolución de la autonomía privada. El resultado esencial, en cambio, es que se supera la separación esquemática entre individuo y comunidad, de suerte que se puede hablar de la construcción de una "teoría básica del derecho positivo" de tipo dogmático constitucional. La valoración de la función legislativa de la jurisprudencia encuentra una confirmación expresa que le faculta "hacer valer", o sea "realizar" la significación de los derechos fundamentales en el derecho privado.

El mismo TCF suele hablar de *Güterabwägung;* esta palabra significa literalmente "ponderación de los bienes"; se puede traducir por *valoración de los bienes.* Se trata de un ensayo de describir el procedimiento de resolver un conflicto, una divergencia o una tensión de distintos valores relevantes en el caso concreto. Dicha expresión se utiliza también para las argumentaciones vinculadas con la libertad de opinión. Hay algunas investigaciones que parten de ella para aclarar las estructuras de la jurisprudencia constitucional, pero generalmente sin encontrar resultados satisfactorios.[26]

La "valoración de los bienes", sin embargo, describe el proceso de encontrar una resolución sólo parcialmente. Parece más adecuado hablar del *modelo preferético* o simplemente de la *preferética,* como lo hace *Schreckenberger* para exponer las estrategias retóricas del TCF. Tales elementos aparecen con mayor frecuencia en el ámbito de la argumentación de los derechos fundamentales y en algunas argumentaciones con respecto al principio del Estado de derecho que se encuentra cerca de la dogmática de los derechos fundamentales.

Un papel importante juega en la argumentación preferética también la cuestión de la competencia respectiva. El TCF deja a las distintas autoridades y poderes —especialmente al legislador— decidir sobre los puntos de vista de exigibilidad, de proporcionalidad y de la probabilidad del equilibrio de intereses, como se dice en un fallo,[27] los fundamentos empíricos, las consideraciones y valoraciones del legisla-

[26] La sentencia de Lüth está publicada en la colección oficial del TCF, tomo 7, pp. 198 y ss.

[27] *Cfr.,* por ejemplo, el estudio empírico de Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten,* Baden-Baden, 1979, que llama a la valoración de bienes "un mal necesario" (p. 253).

dor tienen siempre "la mayor importancia para el TCF" y, cuando no es posible desvirtuarlos, poseen a su favor la "suposición de rectitud".

3. *Desviaciones alemanas del modelo austriaco*

En investigaciones que se dedican al problema de la justicia constitucional en el derecho comparado, generalmente se habla del modelo austriaco al referirse a un tribunal especializado en asuntos constitucionales, como corresponde a la terminología inspirada en primer lugar por el mismo homenajeado. Llama la atención que en Alemania hasta en manuales, dedicados según su título a cuestiones del derecho comparado, ni siquiera mencionan el Tribunal Constitucional de Austria, este país vecino, en donde se habla el mismo idioma. Este silencio tiene su historia. En las discusiones del Consejo Parlamentario que elaboró la ley fundamental de Bonn, repetidas veces se refería a la Suprema Corte de los Estados Unidos y sus funciones en el ámbito de justicia constitucional, pero no a Austria, en donde se había establecido el primer tribunal constitucional especializado ya en el año 1920 y ya restituido después de su abolición por Hitler. De ahí que ni siquiera se dio cuenta en los debates de los constituyentes, sí se preferirá un tribunal especializado en cuestiones constitucionales o se trasladará la función de control de constitucionalidad a la justicia ordinaria como en los Estados Unidos. Durante algún tiempo dominó la idea de un tribunal superior mayor, que según dichos proyectos decidiera en última instancia sobre todas las cuestiones jurídicas, inclusive constitucionales. Hasta después de la decisión final de crear el TCF, no se abandonó el concepto anterior de un tribunal que será superior a las Cortes Supremas Federales de los distintos ramos de jurisdicción. Puesto que al lado del TCF éste no ha tenido una función entendible, no se cumplió dicha prescripción sino finalmente se suprimió por la reforma constitucional de 1968 que introdujo en su lugar una sala conjunta de las Supremas Cortes Federales.

La supresión de las experiencias austriacas que siguen existiendo hasta la actualidad de algún extenso, a pesar de regulares reuniones de constitucionalistas de Alemania, Austria y Suiza, debe parecer bastante paradójico considerar que la ley fundamental adoptó el modelo austriaco y lo perfeccionó; pero esto sucedió sin darse cuenta propiamente. De ahí se puede entender que se refirió a las normas de la Constitución de Weimar sobre la Corte Estatal, aunque a ella habían sido atribuidas mucho menos facultades, pero no a normas de la Constitución de Austria. La ley fundamental, por lo general, confía regulacio-

nes necesarias más detalladas a la legislación ordinaria, prescribiendo sólo expresamente, que la Ley Orgánica debe establecer en qué casos el fallo judicial tendrá fuerza de ley. Así, las cuestiones cruciales de cómo se defina en los presupuestos y los efectos de un fallo del TCF, que declara inconstitucional una ley, no se encuentran reguladas constitucionalmente. El efecto más importante —y más discutido, como demuestra la discusión mexicana sobre la fórmula Otero— meramente está contenido en el artículo 31 de Ley Orgánica acerca del TCF, según el cual las decisiones del TCF obligan a todos los órganos constitucionales de la Federación y las entidades federativas, así como a todos los tribunales y autoridades. El alcance de este efecto obligatorio no está esclarecido con la nitidez deseable por una norma positiva ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Si el TCF llega a la convicción de que una regulación de derecho federal es incompatible con la Constitución o una regulación jurídica de una entidad federativa con la ley fundamental u otra norma federal, en su resolución *deberá declarar su nulidad,* como establece el artículo 78 de la Ley Orgánica. La versión primitiva de la ley había hablado de que el Tribunal *"constata"* la nulidad de una ley; mediante la reforma de la Ley Orgánica se quisó aclarar, como se destacó en la exposición de motivos del proyecto legal, que el conocimiento de la jurisdicción constitucional abarca un *elemento dispositivo.* A pesar del texto claro, todavía domina la doctrina de que la nulidad existe *ipso iure,* es decir, también sin el fallo del TCF.

En la discusión jurídica a veces se confunde dicha nulidad automática con la nulidad retroactiva o de antemano *(ex tunc).* Según esta doctrina, la nulidad depende del fallo judicial, pero produce efectos retroactivos. Teóricamente, dicha opinión corresponde a la jurisprudencia del mismo TCF, expuesta en muchas decisiones y a la doctrina dominante. En la práctica, sin embargo, el tribunal logró encontrar pluriformes posibilidades para evitar resultados desfavorables de la nulidad retroactiva. Cabe decirse que la regla mantenida propiamente casi representa una excepción que motiva discusiones especiales.

La teoría de la nulidad retroactiva tiene sus raíces en dos tradiciones distintas. Una de ellas, el derecho civil, partió de ideas del derecho romano. Cuando un negocio jurídico contraviene a la ley o a las buenas costumbres, es nulo de antemano.

El principio de la nulidad total, sin embargo, en el derecho privado tampoco se puede tomar como absoluto. Cuando, por ejemplo, en el caso frecuentemente discutido del negocio usurario, la nulidad abarcaría

todas las prestaciones, la víctima de la usura sería privilegiada sobremanera, en el sentido de que no tendría que devolver el dinero recibido como préstamo ni pagar intereses. En México el Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de la reducción equitativa de su obligación (artículo 17), aunque por lo general parte del principio de la nulidad, como demuestran los ordenamientos del derecho de obligaciones.

Puesto que el TCF reanuda más bien la jurisprudencia del Tribunal del Imperio, no es de extrañar que siga pensando en categorías del derecho civil de manera tradicional, abandonándolas sólo paulatinamente. La otra raíz de la nulidad retroactiva es la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que representa el origen de la justicia constitucional moderna. En la famosa sentencia *Marbury versus Madison* fueron destacados los efectos de nulidad de una ley inconstitucional como cosa natural y obvia. Se ha denominado esta argumentación como una *teoría ingenua del derecho natural*, pues no se trata de una argumentación auténticamente jurídica, sino más bien de reflexiones que parecen plausibles a primera vista, pero que presuponen lo que propiamente quieren comprobar, el principio de la revisión judicial, que uno podría solamente imaginarse en el supuesto de que una ley inconstitucional sea nula de antemano.[28]

La jurisprudencia de la misma Corte estadounidense ha resuelto los problemas surgidos de esta teoría reconocida hasta la actualidad, por respetar los llamados efectos consolidados *(consolidated effects)*.[29] Respecto de los resultados, dicha jurisprudencia no difiere esencialmente de la del TCF o la de la Corte Constitucional austriaca. Cabe hablar de una divergencia entre la doctrina tradicional, adoptada por los tribunales, y el uso judicial, que es más pragmático que el que se quiere admitir. Para resolver los problemas de una manera convincente, sin embargo, conviene abandonar las categorías del derecho civil tradicional —abandonadas ya parcialmente por los mismos civilistas—, como lo ha hecho también el derecho público actual respecto de la dogmática del derecho civil en los demás campos. La teoría de la nulidad viene de una época anterior al desarrollo de las codificaciones procesales.

[28] En la "sentencia de farmacias", TCF, tomo 7, pp. 412 y ss., discutida por Schreckenberger, *op. cit., supra* nota 24, p. 349.

[29] Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84 y ss., refiriéndose a Paulson, Stanley L.

Por otra parte, tampoco puede negarse que la doctrina austriaca en que el fallo constitucional tiene efectos sólo para el futuro, necesita ciertas modificaciones, pues el resultado sería absurdo, cuando el acto impugnado sea una sentencia judicial, un acto administrativo o un contrato, seguirá teniendo vigor, aunque la ley, sobre la cual se fundó, haya sido declarada inconstitucional. Para prevenir estos resultados, el sistema austriaco fue modificado en el año 1929 a fin de que el demandante tenga la ventaja de que se haya declarado nula una ley, mientras que los *efectos generales* del fallo valgan solamente *para el futuro*.[30] A veces se opina que dicho resultado no corresponde al principio de la igualdad. Bajo los puntos de vista de la seguridad jurídica, sin embargo, no se puede admitir una confianza en la inconstitucionalidad de leyes, sino por el contrario, exclusivamente en la vigencia de leyes, promulgadas en la *Gaceta Oficial,* hasta que se publique un fallo derogatorio. Convendría establecer los detalles necesarios mediante normas constitucionales y legales para que tanto el ciudadano como las autoridades y los tribunales sepan con certeza qué regulación y desde qué plazo y en qué alcance no seguirá teniendo vigencia, y bajo cuáles condiciones una ley no corresponde a la Constitución y cuáles son los efectos de la inconstitucionalidad. Se debe tomar en cuenta que los constituyentes, entonces, no habían dedicado la debida atención a dichos asuntos, al intentar solamente una Constitución provisional. A pesar de la necesidad teóricamente obvia de la mencionada regulación constitucional y legal,no parece probable una reforma del tipo descrito, por razones políticas.

En la práctica, el mismo TCF ha suavizado las consecuencias de la doctrina sobre la nulidad absoluta y retroactiva por una jurisprudencia flexible según las particularidades del caso concreto que debe resolverse. Un papel importante desempeña la llamada interpretación de conformidad constitucional *(verfassungskonforme Auslegung)* que permite armonizar la norma cuestionada con los principios y disposiciones de la ley fundamental, y que, por las evidentes ventajas que implica, se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de anulación. Este procedimiento de la interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la ley fundamental, puede describirse como la declaración de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones, o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la

[30] Cappelletti, Mauro y William Cohen, *Comparative Constitutional Law,* Stanford Law School, 1979, pp. 73 y ss.

Constitución. Tanto los tribunales como las autoridades administrativas, se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo del acuerdo con el criterio interpretativo del TCF, el cual orienta el organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad. El tribunal llama la atención del Parlamento para que subsane las omisiones en que hubiesen incurrido o tome las medidas legislativas necesarias.

Tales diferencias de grado, dentro del concepto de la nulidad en el sentido de que el TCF declare que una ley es "casi nula" o "todavía no nula, pero después de cierto plazo probablemente nula" etcétera, no parecen admisibles bajo los puntos de vista de la teoría pura del derecho. Seguramente, una de las razones principales para las desviaciones de la jurisprudencia alemana de la austriaca es la doctrina de Kelsen, que ya del comienzo fue rechazada no solamente por Carl Schmitt, sino también por Smend, Leibholz Fuchs y otros autores de entonces.[31] El mérito indudable de Kelsen es la legitimación de la justicia constitucional por la elaboración de la idea de la supremacía de la Constitución de una manera propia, yendo más allá de la doctrina americana. Sin embargo, hasta en su patria, nadie toma por absoluta las doctrinas de Kelsen sobre el derecho, que según su concepto es "una geometría del fenómeno jurídico total".[32]

La reducción de todos los fenómenos del Estado al aspecto de la norma, imposibilita la comprensión de función real de la justicia constitucional, como demuestran otras publicaciones del mismo Kelsen sobre la democracia, mencionadas en el capítulo siguiente. Por otro lado, tampoco es justificado subestimar el aspecto normativo en el campo del derecho político, al cual —como se ha deplorado a veces— parece faltarle la rigidez del derecho indispensable. Tal vez podría decirse que dicho aspecto normativo, prevaleciendo en el modelo austriaco, crea posibilidades mejores para otros países de adoptarle más fácilmente que, por ejemplo, el sistema alemán, ciertamente desarrollado más allá de aquél, pero con algunas deficiencias bajo los puntos de vista de la nitidez y seguridad, aunque con un carácter más flexible y menos absoluto, como se puede suponer a primera vista.

[31] *Idem*, p. 66.

[32] Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 1980, pp. 71 y ss.

IV. Consenso básico y partidos políticos

1. *Origen y fin de los partidos políticos*

Precursores de los partidos políticos, ya se pueden descubrir en las ciudades de la antigüedad, en el sentido de que hubo agrupaciones de hombres que se habían reunido para expresar y conseguir ciertas opiniones, refiriéndose a la comunidad, primordialmente como seguidores de una personalidad dominante. Se trata de un proceso natural y muy importante, cuya meta es la formación de opiniones comunes. Ni siquiera un régimen totalitario puede ignorar y descuidar continuamente la opinión de los ciudadanos. En la democracia, el respeto a la opinión popular juega un papel mucho mayor. Según el principio de la soberanía popular el consenso básico es la condición esencial del ordenamiento constitucional. El consentimiento de los gobernados es una dimensión de la razón vital de una comunidad. La legitimación de un sistema político por el consenso del pueblo, no es cuestión que tenga carácter exclusivamente jurídico.

El desprestigio divulgado de los partidos políticos contrasta con su función real que obtuvieron en el Estado moderno. La aversión ubicua que se extiende a muchas formas de la vida política en su conjunto, tiene una tradición que comienza en la antigüedad, en primer lugar en las obras de Platón, que prefirió sustituir la democracia griega por la denominación de reyes-filósofos. También en la época de la ilustración se rechazaron las actividades de los partidos políticos, como especialmente en las publicaciones de Rousseau. La creencia absoluta en la racionalidad, típica para dicha era, se expresó también en la sátira política de Jonathan Swift, que describe en sus *Viajes de Gulliver* una isla fabulosa, en donde viven caballos sabios, que exclusivamente siguen a su razón, desconociendo tanto disputas y discusiones como el amor y el duelo. Tales narraciones se fundan, no sólo en ideas misantrópicas, sino necesariamente inhumanas y últimamente no razonables, aunque propiamente pretenden serlo.[33]

La aversión hacia los partidos políticos no solamente tiene sus raíces en obras poéticas satíricas o románticas o tal vez en el anhelo irracional de un mundo raro, dominado por nada más que armonía y concordan-

[33] Swift, Jonathan, *Gullivers Reisen,* traducido por Hansen, Kurt Heinrich, primera edición 1726, revisada por el autor 1735, Stuttgart, 1975, pp. 343 y ss.: sobre la falta de opiniones y disputas, p. 422, los ladrones, asesinos en el mundo de los hombres son nombrados en el mismo aliento con los políticos y fanáticos de los partidos, p. 439, que todos no existen en la isla fabulosa de los caballos sabios.

cia, sino también los pensadores de la teoría política y del derecho constitucional y hasta los mismos políticos expresaron su desprecio por los partidos políticos en el curso de la época nueva. Los constituyentes de la época del liberalismo en Europa y América estaban dominados por el temor "al peligroso vicio del espíritu de partido", como dijo Pedro Molina, uno de los diputados más importantes del primer Congreso Constituyente Centroamericano de 1823-1824, que habló de "partidos o más bien facciones, perniciosas siempre a un Estado libre".[34] Hamilton había llamado a los partidos: "contrarios a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes y generales de la comunidad. "Para los constituyentes de Filadelfia fue esta idea la razón de introducir un sistema de electores en lugar de la elección directa del presidente, todavía en vigencia hasta la actualidad, pues se había supuesto que de esta manera se pudiese prevenir la influencia de partidos en el evento central de la república la elección del jefe del Estado.

La actitud de rechazo y hostilidad frente a los partidos políticos prevalecía hasta el primer tercio de este siglo en la doctrina del Estado. Jorge Jellinek opinó en su famosa *Teoría general del Estado* (1913) que la vida de los partidos tiene tantos elementos extraños e impredecibles, que es imposible describirlos desde el punto de vista científico.[35] Triepel, quien dedicó fructíferas investigaciones al problema de los partidos, los llamó "fenómenos extraconstitucionales", cuyas decisiones son expresiones de cuerpos sociales ajenos al organismo del Estado, sin compromiso ni trascendencia.[36]

Hans Kelsen fue uno de los primeros que postuló, francamente sin reservas mentales y sin lamentar este desarrollo, la constitucionalización de los partidos políticos, hablando en este contexto de "un fenómeno parcial de aquel proceso que se ha nombrado la racionalización del poder",[37] noción acuñada por B. Mirkine-Guetzévich; es el mismo autor que justificó también la justicia constitucional por la misma idea

[34] García, Laguardia, Jorge Mario, "La Constitución y su defensa en Guatemala", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, p. 685.

[35] Jellinek, Jorge, *Allgemeine Staatslehre*, 1919, p. 114, *cfr.*, en Leibholz, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratien*, 4ª ed, Frankfurt am Main, 1974, pp. 84 y ss., y Stern Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, tomo 1, 1977, p. 325.

[36] Triepel, Heinrich, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlín, 1928, pp. 24 y ss.

[37] Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, nueva imprenta de la 2ª edición de 1929, Aalen, 1963, pp. 19 y ss., citando a B. Mirkine-Guetzévich, "Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VIII, Bd., 2, Heft, S. 259 ff., rechazando la opinión de Triepel, *loc. cit.*, *supra* nota 4, muy detenidamente en nota 17, pp. 107 y ss.

de la racionalización de poder, como lo ponía de relieve el homenajeado en repetidas ocasiones.[38] Kelsen destaca que el rechazo de los partidos políticos tiene su raíz en una hostilidad hacia la democracia misma.

La descripción, bastante correcta de la realidad política y constitucional por Kelsen, en el fondo no corresponde al antagonismo entre idea y realidad, del cual el mismo autor suele hablar. Su *Teoría pura del derecho,* tomada como absoluta, como él lo sostiene, no es suficiente para comprender los múltiples fenómenos de la vida política-constitucional, pues el abismo sostenido por Kelsen entre idea y realidad es nada más que un especticismo infundado que se tiene que superar por las sugerencias del mismo autor para tratar de resolver los problemas. De todo alcance, el normativismo kelseniano no debe considerarse como panacea, el cual se ha llamado "una sublimada jurisprudencia conceptual en caballo".[39] Parece preferible una doctrina que combine las tres dimensiones de hecho, valor y norma, como lo logró la *teoría tridimensional* de *Miguel Reale,* en el sentido de que el hecho, que tiene lugar en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma.[40]

Partiendo de estas ideas, la moderna filosofía del derecho está llegando al convencimiento de que desempeñan los papeles cruciales los *aspectos pragmáticos y retóricos* que toman en cuenta las peculiaridades de las situaciones concretas. Cada principio, siendo tan importante como la libertad, igualdad y justicia social, no puede tomarse en forma absoluta: de lo contrario existe la posibilidad de un abuso por el extremismo político. La eficacia de una democracia libre y social consiste en el equilibrio de los valores consagrados en la Constitución. Por eso cabe decirse que el *pluralismo* es el fundamento vital de una democracia auténtica, pues también las dictaduras apoyan su propaganda en los principios de libertad y justicia social; pero nunca pueden conceder la pluralidad de opiniones, ni siquiera verbalmente, porque según su ideología la unidad del pueblo y del caudillo o la unidad de la clase obrera son los valores supremos.

Parece asombroso que durara tanto tiempo para que, finalmente, la tesis kelseniana del Estado de partidos, basada en el principio del plura-

[38] Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965,* México, UNAM, 1968, p. 11; *cfr.,* Horn, Hans-Rudolf, *Legitimation und Grenzen der Exekutive,* Berlín, 1979, p. 111.

[39] Así, Fuchs, Ernst, *Die Justiz,* IV, S. 129, que llamó la doctrina pura del derecho también un *Hirngespinst* (quimera).

[40] Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX,* México, 1963, p. 555; *idem, experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable",* México, 1971, p. 146.

lismo, fuese aceptada por un número creciente de los constitucionalistas en todo el mundo, como lo demuestra, por ejemplo, en el año 1985 el Congreso de los Catedráticos del Derecho Político de Alemania, Austria y Suiza, en Fribourg, Suiza. Existe unanimidad de que el "Estado de partidos" es la forma generalmente aceptada del Estado constitucional democrático occidental, que también teóricamente fue consolidado.

Se expone —como ya lo hizo Kelsen— que el antagonismo entre la política de partidos y el bien común imparcial no tiene más sentido. Al mismo tiempo se discuten los fenómenos de una crisis de los partidos, fundada en la pérdida de confianza, que sigue siendo un tópico común durante los siglos. Objeto de críticas es siempre, especialmente en la República Federal de Alemania, el sistema del financiamiento de los partidos políticos, problema que va a ocupar a los políticos también en el futuro. A pesar de tales irritaciones, en efecto, no puede entenderse una sociedad pluralista y democrática sin la existencia de partidos, que actúan como cuerpos intermedios, que crean las condiciones concretas a través de las cuales las diferentes fuerzas sociales se expresan y acceden al poder. Así, Amador Rodríguez Lozano ha descrito precisamente la función constitucional de los partidos políticos en su comentario al artículo 41 de la Constitución mexicana.[41]

2. *Consenso básico y justicia constitucional*

En la República Federal de Alemania el financiamiento de los partidos no es tan claramente regulado como, por ejemplo, en la Constitución española de 1978. Siete sentencias del Tribunal Constitucional de la Federación entre 1958 y 1979 se dedicaron a este problema. Algunas leyes fueron declaradas nulas por no corresponder a las consideraciones del Tribunal. El legislador trataba de seguir a las resoluciones judiciales.

La jurisprudencia destacó el principio de igualdad de oportunidades, pero distinguió de una manera poco práctica, entre los gastos de las campañas electorales y las demás actividades políticas. Esta distinción fue la causa de muchas complicaciones. Después de que una comisión de expertos, convocada por el presidente federal, había investigado la posibilidad de nuevas regulaciones, fue promulgada una nueva ley acerca de los partidos políticos en 1983, otorgándoles más facilidades

[41] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* Comentada, pp. 106 y ss.

bajo los puntos de vista del derecho tributario respecto a donaciones, pero al mismo tiempo estableciendo límites para los ingresos y los gastos de los partidos. Esta ley también fue impugnada ante el Tribunal Constitucional de la Federación. El gobierno federal y la mayoría parlamentaria se refieren a la función constitucional de los partidos políticos, consagrada en el artículo 21 de la ley fundamental, para garantizar el cumplimiento de sus tareas sin corrupción, dependencias y ventajas indebidas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación (TCF) se dedicó también a los principios de soberanía popular, de integridad electoral y la igualdad de oportunidades de los partidos participantes en el sufragio, considerando estos principios irrenunciables como formas de garantizar la legitimidad democrática.[42] Se refiere al bien común, del cual se dice que se funda en el consenso básico, situado entre el orden político y la voluntad del ciudadano. Las actividades políticas diarias generalmente suceden más arriba del consenso básico que forma un mínimo indispensable.[43] La justicia constitucional tiene la función primordial de preservarle, de sancionar su violación y describir su alcance. Obviamente, se trata de una tarea de implicación política, superando la sostenida dicotomía de derecho y política.

El TCF no sigue a la doctrina americana en la cuestión política, y principalmente reclama la competencia de averiguar todos los asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial *(judicial self-restraint)* —aunque en cierto sentido vinculada con la otra doctrina— en cambio, está adoptada generalmente; pero, en realidad, no era un obstáculo eficaz en contra de resoluciones judiciales que se podrían considerar intervenciones del TCF en la esfera del legislador, como tampoco en los Estados Unidos la decisión de que se trata de una cuestión política.

Hasta ahora el TCF ha resistido la tentación de ensayar él mismo un catálogo de las tareas estatales que definen el fin común; pero, desde el comienzo, se ha apartado del manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como mera realización de libertades puntuales de acción y les ha otorgado el rango de un sistema de objetivos del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, se ha prescindido de avanzar en una clasificación profunda de las funciones del Estado. La jurisprudencia corresponde más bien a la

[42] Sentencia del TCF del 2 de marzo de 1977, *cfr.*, Horn, *loc. cit., supra* nota 6, pp. 103 y ss.

[43] Eisenblätter, Bernd, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischem Prozeß", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart,* Tubinga, 1980, p. 65.

imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales del Estado. La publicidad es un elemento esencial de tal sociedad abierta, porque posibilita "el control mediante la transparencia". La eficacia de este instrumento depende de la medida en que logre hacer comprensible la situación de decisión. Como un obstáculo para esta comprensión se presenta ante todo el carácter puntual de la situación de decisión, pues una decisión sobre preferencias presupone necesariamente alternativas de acción. Existe una estrecha vinculación funcional entre la eficacia de los controles y los esfuerzos por una más fuerte "racionalización" de los procesos de decisión pública.[44]

3. *Dirección política y participación popular*

A. Elementos del consenso real en México

La Reforma Política mexicana de 1977, implica que las normas constitucionales que regulan los partidos, se refieren también al partido del presidente de la República, es decir, al Partido Revolucionario Institucional (PRI), mientras que los partidos mencionados en la Reforma de 1962, sólo podían ser partidos minoritarios, a los que se les concedieron "diputaciones de partido". El artículo 41 de la Constitución mexicana establece que los partidos políticos tienen como fin "contribuir a la integración de la representación nacional", y, en este sentido, el Partido de la Revolución puede reclamar el mérito de haber promovido la integración de la República Mexicana. Por otro lado, la función del partido político de "promover la participación del pueblo en la vida democrática", sigue siendo tarea futura, respecto de la cual ni siquiera un convencido seguidor del PRI puede sostener que la haya cumplido.

El Partido de la Revolución, llamado desde 1946 Partido Revolucionario Institucional (PRI), tiene la función decisiva de garantizar el cambio constitucional de los poderes y la continuidad del poder, y por ello, la movilización de las masas del pueblo para asegurar sin dificultades la transición del más alto cargo electivo al candidato seleccionado, constituye la función de mayor responsabilidad del PRI, en vista de la importancia de este proceso para el futuro del país.

No obstante, el partido está destinado simultáneamente a velar por el principio más sagrado del sistema político mexicano, por el cual

[44] Schreckenberger, *op. cit., supra* nota 24, p. 354.

Madero se sublevó en 1910: la limitación temporal del cargo del presidente y la prohibición de una reelección inmediata o posterior.

La estabilidad política de México se funda en un consenso real,[45] cuyos elementos son objeto de muchas y minuciosas investigaciones. Frank Brandenburg dedicó su obra básica de ciencia política, *The Making of Modern Mexico,* a los profetas de la familia revolucionaria que elevaron a México a una posición de modelo entre las naciones latinoamericanas. En este libro, su autor logró examinar los elementos esenciales de la legitimación y la estabilidad del sistema político mexicano en este orden: mexicanidad, constitucionalismo, justicia social y defensa de los derechos de la población trabajadora, liberalismo, tolerancia racial, tolerancia religiosa, libertad intelectual y educación pública, crecimiento económico, integración económica de todos los mexicanos, iniciativa privada, propiedad pública y privada, estabilidad financiera, participación en el mundo y prestigio internacional. Se reconoce comúnmente a esta descripción de la plataforma revolucionaria como correcta y completa.[46]

B. Posibles continuaciones de la Reforma Política de 1977

La Reforma Política de 1977-1978 introdujo disposiciones adicionales en el artículo 41 de la Constitución que posibilitan la indispensable igualdad de oportunidades a los partidos políticos, garantizándoles: "un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular". Si bien, es deseable la fundación de nuevos partidos políticos para llevar a la práctica el pluralismo político, del cual habla la exposición de motivos a la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución; pero parece natural otorgar primero a los partidos ya existentes las facilidades necesarias y admitir que su política no es inconstitucional o reaccionaria.

No concuerda con los principios del pluralismo democrático postulado la circunstancia de que el partido en el poder reclame para sí el monopolio del cumplimiento de los mandatos de la Constitución y por ello no podrá ya identificarse a sí mismo con el Estado como antes. Tampoco sería adecuado seguir considerando a un partido que ha participado en la vida democrática desde hace algunos lustros, el

[45] Wehner, Friedrich, *Grundlagen einer mexikanischen Verfassungsgeschichte,* Hamburgo, 1978, p. 201; Horn, Hans-Rudolf, "Consenso real y partidos políticos", en *Anuario jurídico,* México, UNAM, IX, 1982, pp. 128 y ss.

[46] Mols, Manfred y Hans-Werner Tobler, *Mexiko: Die institutionalisierte Revolution,* Colonia-Viena, pp. 56 y ss., pp. 234 y ss. (Mols).

Partido de Acción Nacional (PAN), como partido bancario y clerical, e imputarle que intente abandonar las conquistas de la revolución.[47] Los resultados de las últimas elecciones han demostrado que el PAN sigue siendo el único partido que puede poner en duda el monopolio del PRI, por lo menos en el nivel local o estatal.

La Reforma Política tiene también la meta de fortalecer las posibilidades de la oposición parlamentaria, al otorgarle derechos especiales, no sólo con la reforma del sistema electoral sino también en el campo del control parlamentario. La cuarta parte de la Cámara de Diputados tiene la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria (artículo 93 de la carta federal).

Sin embargo, para alcanzar un control parlamentario eficaz, será preciso fortalecer la posición de los diputados mismos y una medida adecuada para impedir el predominio del Poder Ejecutivo, objeto de discusión en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, así como para evitar la abdicación del Parlamento de su función esencial, sería la posibilidad de que se reeligieran los diputados para el periodo inmediato.

Actualmente, el artículo 59 de la Constitución mexicana prohíbe que los diputados retornen al Congreso después de haber obtenido una curul en el periodo inmediato anterior. El lema acuñado por el héroe de la revolución mexicana, Francisco I. Madero: "Sufragio efectivo, no reelección", se refería exclusivamente al presidente de la República, pero se extendió en 1933 a los diputados, para fortalecer al Poder Ejecutivo y para limitar las posibilidades de independencia del Congreso, como se admitió francamente. En cambio, en nuestros días, no cabe duda alguna de que la formación de núcleos de diputados y senadores, que pasan de un sexenio presidencial a otro, con independencia de ligas personales, podría significar el fortalecimiento del Congreso, que así recobraría su categoría de poder.[48]

La posibilidad de una reelección sucesiva representaría una continuación consecuente de las reformas de 1967, 1971 y 1977. Al mismo tiempo podría ser una medida conveniente para mejorar las relaciones entre los diputados y los votantes de sus distritos electorales.[49] Esta solidaridad personal entre representantes y representados, es una base indispensable de la democracia.

[47] Horn, *loc. cit., supra* nota 13, pp. 132 y ss.
[48] Valadés, Diego, citado *loc. cit., supra* nota 13, p. 133.
[49] Horn, *loc. cit., supra* nota 13, p. 133.

C. Voluntad general y diálogo político

La participación popular dirigida a realizar la voluntad general, no sólo es postulado político y jurídico, sino condición real para el funcionamiento de la dirección política, ya que la estabilidad tanto de una agrupación simple como la del Estado en su totalidad consiste en su capacidad de superar las diferencias naturales de carácter interno mediante un proceso de negociación que conduce a un compromiso por consenso.

La integración de un sistema social no aparece en una teoría de la democracia como algo dado ni que se pueda deducir matemáticamente, sino como aquello que se va realizando a través de concesiones recíprocas y, por tanto, no se trata de un proceso enteramente racional.

La democracia significa, sobre todo, concesión igual de oportunidades para que cada uno pueda defender sus opiniones e intereses de acuerdo con ciertas reglas de juego.[50] En este contexto, calificar así a las normas constitucionales no significa subestimar su trascendencia, sino, por el contrario, el término "reglas del juego" es más que una metáfora bien lograda, es una descripción correcta de la función, tanto de las costumbres políticas reconocidas, como de las disposiciones del derecho constitucional, cuando se les toma en sentido literal: las reglas del juego no pueden considerarse como algo superfluo o algo que únicamente estorba a los participantes, sino que son los signos decisivos para poder diferenciar entre futbol o el baloncesto por un lado, y una pelea sencilla, por el otro.

La vigencia intrínseca y la significación actual de la Constitución, dependen del consenso real, pues existe una interdependencia básica recíproca, ya que ningún principio constitucional, ni siquiera el más importante, puede tomarse como absoluto: esto significaría el extremismo político. Los postulados constitucionales se realizan en un proceso de diálogo. El Estado pluralista vive de un fondo común de convicciones éticas, culturales y políticas, es decir, de una cultura política o cívica.[51] No puede imponerse desde arriba, pero tampoco

[50] Sánchez Agesta, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 90 y ss.

[51] *Cfr.*, Almond, Gabriel y Sidney Verba, *The Civic Culture, Political Attitudes and Democracy in five Nations*, Princeton (USA), 1963 (que comprenden también a México); *idem*, *The Civic Culture Revisited*, Boston/Toronto, 1980. El término *politische Kultur* fue usado primero por Max Weber, "Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904)", en *idem* (compilador), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ª ed. Tubinga, 1968 a. S. 158; *cfr.*,

es posible esperar a que se desenvuelva espontáneamente, pues sin dirección política que siga los principios del consenso básico, no puede nacer ni conservarse la cultura cívica de la cual vive el diálogo político.

La meta principal deberá ser el fomento de la participación del pueblo en los asuntos políticos para evitar que los dirigentes políticos pierdan el contacto con la realidad social. Una participación responsable presupone la convicción de que el Estado no está formado por los demás, "los de arriba", sino por el poder público, que es ejercido por cada ciudadano. Este núcleo esencial de la doctrina de Rousseau sigue siendo actual, aunque, desde luego, no sea posible considerar la idea de la voluntad general como una fórmula simple que serviría como panacea para todos los problemas políticos; pero sí significa un punto de partida fundamental para resolver las cuestiones de una situación concreta, siempre de acuerdo con los principios fundamentales del consenso básico.

El funcionamiento del estado contemporáneo se funda en una simpatía crítica de sus ciudadanos, la cual excluye tanto una adhesión ciega como un rechazo total. El pluralismo político se expresa por los partidos políticos, que son los instrumentos insustituibles de integración y participación del pueblo. La crisis del Estado de partidos, que se suele deplorar en muchos países de nuestro mundo, al mismo tiempo posibilita decisiones y diferenciaciones precisas. Richard von Weizsäcker, actualmente presidente federal de la República Federal de Alemania, apuntó en una publicación cuáles posibilidades de un desarrollo mejor otorga dicha crisis, un término que en la escritura china tiene el mismo signo que la posibilidad.[52] No tendría sentido rechazar rotundamente a los partidos políticos en el nombre de una doctrina unilateral, fundándose en la idea de que todo poder público inmediatamente dimanará del pueblo, como tampoco es posible negar la función de la justicia constitucional, porque siempre hay alguien que sostiene, que lesiona el tribunal a la soberanía popular. Verdaderamente existe una conexión estrecha entre la opinión pública y el con-

literatura reciente en: Reichel, Peter, "Politische Kultur, Zur Geschichte eines Problems und zur Popularisierung eines Begriffes", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/82, pp. 13-37.

[52] Weizsäcker, Richard von, "Krise und Chance unserer Partiendemokratie", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 42/82, pp. 3-12 (p. 12); *cfr.*, también Frotscher, Werner, *Die parteinstaatliche Demokratie, Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1985, pp. 917 y ss.

senso básico, sobre el cual debe velar el Tribunal Constitucional.[53] Se ha prevenido contra el cinismo, la resignación y la ironía permanente de aquellos que proclaman un mundo raro de una democracia pura.[54] El Estado democrático de derecho se funda en la interdependencia de sugerencias y elecciones, de dirección política y diálogo con los representados, de autoridad y participación popular, de actividades indispensables y controles eficaces, de responsabilidad y opinión pública.

[53] Noelle-Neumann, Elisabeth, "Das Bundesverfassungsgericht und die ungeschriebenen Gesetze, Antwort an Ernst Benda", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982, pp. 883 y ss.

[54] Sternberger, Dolf, "Was ist eine Demokratie wirklich?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, vom 10, Februar, 1984, pp. 6 yss.

EL DERECHO COMPARADO Y LA PAZ INTERNACIONAL

Paulino JACQUES *

SUMARIO: I. *El empirismo comparativista.* II. *El cientificismo comparativista.* III. *El derecho comparado no es rama de la ciencia del derecho.* IV. *El entendimiento precario.* V. *La confraternización política.* VI. *El ideal de paz.* VII. *La utopia del derecho uniforme.* VIII. *La real función del derecho comparado.*

I. EL EMPIRISMO COMPARATIVISTA

Aristóteles fue uno de los primeros en usar empíricamente el método histórico-comparativo al estudiar las constituciones griegas, en su famosa *Política.*

Más tarde, en Roma, Triboniano utilizó experimentalmente el método histórico-comparativo al elaborar los Códigos Justineaneus. Lo mismo hizo Gratianus al consolidar la legislación canónica anterior en su monumental *Decretum,* ya en el siglo XVI d.C. Y concluyó la utilización de dicho empirismo Denis Godefroy, al construir el monumental *corpus juris civiles,* en 1583.

II. EL CIENTIFICISMO COMPARATIVISTA

Tocó a Francis Bacon, en la segunda mitad del siglo XVI d.C., inaugurar con su *Novum Organum Scientiarum* el periodo científico del derecho comparado, fundado en su método experimentalista. Éste consistía en observar los fenómenos e intentar reproducirlos, verificando las similitudes y diferencias acaso manifestadas, con fines de concluir positivamente.

Dicho método lo aplicó Bacon a la ciencia del derecho, cuando la reina Isabel I, de la que era lord-canciller, le encargó promover la fusión de los sistemas jurídicos inglés y escocés, porque pretendía

* Profesor emérito de la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

anexar Escocia a Inglaterra, estando en lucha con María Stuart, reina de Escocia.

Bacon, en poco tiempo, presentó su trabajo, que denominó *Digesto*, a la manera romana. Sin embargo, ese excelente trabajo —poco conocido por hallarse perdido, por así decir, en sus obras completas— no llegó a promulgarse por el Parlamento. Luego de decapitada la reina María Stuart, a la que Isabel I acusaba de traición a la patria, ascendió al trono de Escocia el hijo de María Stuart con el título de Jaime VI, quien en 1603, después del fallecimiento de Isabel I, ascendió también al trono de Inglaterra con el nombre de Jaime II, realizando el ideal de Isabel I, por absurdo que pueda parecer.

Siglo y medio después, Juan Baptista Vico, con sus estudios filosóficos e históricos, reprodujo la concepción baconiana del *Jus universalis* en un segundo intento de uniformización del derecho *(Diritto universale)*.

Poco a poco, el cientificismo comparativista fue penetrando en las universidades, en donde lo cultivaron con gran interés.

No tardó el advenimiento de establecimientos especializados, como institutos de derecho comparado y academias de derecho comparado, en varios países, para mejor cuidar el tema. Aquí, en Brasil, fundamos en 1980 la Academia Internacional de Jurisprudencia y Derecho Comparado con sede propia y en pleno funcionamiento.

III. El derecho comparado no es rama de la ciencia del derecho

Participando de todas las ramas de la ciencia del derecho, ya sea del derecho privado, del derecho público o del derecho social, el derecho comparado no es una rama del derecho. Todos los cultores de esas diferentes ramas de la ciencia del derecho utilizan en sus estudios profundizados al derecho comparado, poniendo las instituciones examinadas, en el mismo país o en el extranjero, unas frente a las otras, para verificar sus similitudes o diferencias, sacando las conclusiones que les parezcan pertinentes.

Este es el denominado *Direito comparado*, derecho comparado, *diritto comparato, droit compare, comparative law y bergleirecht* —en los idiomas respectivos de los principales cultores de esa técnica jurídica.

IV. El entendimiento precario

Los pueblos primitivos vivían en lucha permanente unos contra los

otros, consagrando el conocido postulado de Hobbes, *homo hominis lupus* y, por ende, el *bellum omnes contra omnes.*

.El entendimiento entre esos pueblos primitivos no era más que preparación para nuevas guerras, demostrando la corrección del *Sivis pacem para bellum,* porque eran constantes sus cuidados para reforzar las hostes aguerridas.

La verdad es que sólo con el advenimiento del cristianismo y su propagación progresiva en oriente y en occidente, los pueblos adquirieron la verdadera noción de paz, fundada en el amor a Dios y en el amor al prójimo.

No obstante, las guerras continuaron sacrificando a los individuos y a los pueblos aunque con intervalos de paz más largos.

V. La confraternización política

Las alianzas, confederaciones o ligas entre algunos Estados, modernamente, como la Confederación de Alemania del Norte y la Confederación de Alemania del Sur o la Liga de los Estados Árabes y la Liga de las Naciones (Sociedad de las Naciones), no surtieron los efectos anhelados, porque las guerras seguían cada vez más siniestras. Ni siquiera la actual Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Organización de los Estados Americanos (OEA), entre otras, a pesar de sus más nobles propósitos de paz, lograron establecerla en la tierra.

VI. El ideal de paz

A pesar de fracasados todos los intentos de establecer una paz duradera, los hombres y los pueblos no desanimaron en su noble propósito. Kant, al final del siglo XVIII, llegó a concebir una "paz perpetua" *(ewig friede),* fundada en el derecho y en la libertad, pero no fue posible realizarla. Más tarde, otros idealistas, como Kellog y Briand, llegaron al extremo de declarar "la guerra fuera de la ley", sin cualquier resultado. Woodrow Wilson, estadista norteamericano y profesor de derecho constitucional, afirmó, durante la Primera Guerra Mundial (1914-18), que "el derecho es bastante más precioso que la paz" —vale decir, que se haga la guerra para sostener al derecho—. También Ihering —medio siglo antes— ya había dicho que: "La paz es el fin del derecho, pero la lucha es el medio para alcanzarla."

VII. La utopía del derecho uniforme

Aristóteles, en el siglo V a.C. ya había observado, con toda razón, que "el derecho no es como el fuego, que arde de la misma forma en Persia y en Grecia". Con eso, el "príncipe eterno de los filósofos" —en el juicio esclarecido de Comte— quería subrayar el hecho de que el derecho era más producto del medio físico y social que de la voluntad de los hombres. En el siglo XVIII d.C., Montesquieu, en *De l'esprit des lois, y* Voltaire en *Essay sur les moeurs et l'esprit des nations,* reafirmaron el pensamiento aristotélico, demostrando la influencia de las prácticas, usos y costumbres de los pueblos en la formación y desarrollo del derecho.

El intento de uniformar el derecho en el mundo viene encontrando, y encontrará siempre, barreras infranqueables porque colide con la naturaleza del hombre y de la sociedad. La vida es lucha permanente —de los hombres con ellos mismos (las acciones y reacciones físico-síquicas del mundo interior); de los hombres entre ellos (las ambiciones, las pasiones y los odios); de los pueblos, de las naciones y de los Estados, en el mismo continente o en otros—, como revela la historia antigua, moderna y contemporánea. En suma, pretender exterminar la lucha, o sea la guerra, importaría en eliminar la vida de la faz de la tierra, estableciendo la paz que sólo existe, a lo que parece, en los comentarios.

La misma naturaleza terráquea tiene sus convulsiones periódicas, como los terremotos, los maremotos, los vendavales y otras conmociones. Y la misma naturaleza sideral no escapa a la ley universal de la lucha por condiciones de vida, como se concluye de las perturbaciones estelares.

Así, el derecho uniforme, sin conflictos y sin luchas, sería un derecho muerto y, como tal, inexistente.

VIII. La real función del derecho comparado

Lo que podrá hacer el derecho comparado a través de su proceso de búsqueda de similitudes o diferencias entre los sistemas jurídicos de los diferentes pueblos de la tierra es aproximarlos, reduciendo sus diferencias y ampliando cada vez más los periodos de entendimiento, o sea de paz. Ésta sólo se hará efectiva con el establecimiento en el mundo del *jus universalis* de Bacon, que es el mismo *Diritti Universali* de Vico —cuando veríamos entonces realizado el sueño de "un solo mundo con un solo derecho" de Wilkie, haciéndose necesario un "solo idioma" para que fuera más fácil la efectivación del tan anhelado *sursum cordal.*

EL PODER EJECUTIVO DE FRANCIA Y SU INFLUENCIA

José Luis LAZZARINI

SUMARIO: I. *El Poder Ejecutivo en la quinta República francesa.* 1. *Algunos antecedentes de la República.* 2. *Caracteres fundamentales de la V República.* 3. *La Constitución de 1958.* 4. *El presidente de la República.* 5. *El gobierno.* II. *El Ejecutivo fuerte de Alberdi.* III. *Crecen las facultades del presidente americano.* IV. *Influencia del Ejecutivo francés en América.* 1. *Introducción.* 2. *La reforma en Uruguay.* 3. *La reforma en Perú.* 4. *La proyectada reforma argentina.*

I. EL PODER EJECUTIVO EN LA QUINTA REPÚBLICA FRANCESA

1. *Algunos antecedentes de la República*

Así como el presidencialismo tiene su partida de nacimiento en la Constitución de Estados Unidos de 1787 y se expande por América, el parlamentarismo tiene su cuna en Inglaterra y es imitado por Europa; pero, tanto en el régimen presidencial como en el régimen parlamentario, las imitaciones difieren de sus modelos, fundamentalmente, en la práctica de sus instituciones. Francia fue quien expandió por Europa los principios que se dieron con el constitucionalismo, e imitó el régimen parlamentario de Inglaterra; pero, con la diferencia de que en la isla era el resultado de una tradición política y en Francia fue un orden, producto de la creación racional de la revolución. Esta es, entre otras, una de las causas por las que la institución no va a llevar a Francia la estabilidad política que trajo aparejada en Inglaterra.

La revolución francesa separa claramente las instituciones del *ancien régime* de las del *nonveau régime*. Antes de 1789 estuvo la monarquía, después la inestabilidad que trajo la revolución y, desde 1870 hasta hoy, el régimen parlamentario; no obstante, según las tesis de Hauriou, Francia ha cerrado siempre un círculo que comienza con el gobierno revolucionario, hasta que nuevamente empieza con la revolución. Si bien es cierto que la carta de 1814 y la Constitución de 1830 mantienen

durante 30 años un régimen parlamentario semejante al de Inglaterra, es a partir de 1870 con la III República que Francia comienza, con la Constitución de 1875, un orden estable que continúa luego, la IV República con la Constitución de 1958.

En el sistema presidencial, el ejecutivo es ejercido por una sola persona y los ministros son sus colaboradores; el sistema parlamentario, en cambio, se caracteriza por un Ejecutivo dualista, en el que se diferencian las funciones de jefe de Estado y de jefe de gobierno. La III y la IV República francesas tienen un típico sistema parlamentario, en las que el presidente, como jefe de Estado, carece de poder real. El poder lo tiene el gobierno, compuesto por el presidente del Consejo (primer ministro) y los ministros, que no pueden continuar en el gobierno sin el acuerdo del Parlamento, lo que traía consigo una permanente inestabilidad ministerial por falta de mayorías parlamentarias estables. El Parlamento estaba compuesto por dos cámaras: que se llamaban de Diputados en la Constitución de 1875 y Asamblea Nacional en la de 1946, elegidos directamente por el pueblo y el Senado (Constitución de 1875) o Consejo de la República (1946), cuyos miembros son elegidos indirectamente.

2. *Caracteres fundamentales de la República*

La crisis de Argelia, en mayo de 1958, llevó al general Charles De Gaulle al poder con el cargo de jefe del gobierno investido por la Asamblea Nacional. Por referendum del 28 de septiembre y promulgación del 4 de octubre de 1958, se establece la Constitución de la V República, que difiere fundamentalmente, dentro del sistema parlamentario, de las que le precedieron. La Constitución De Gaulle, tiende a dar solución a la crisis crónica del orden político francés que persistía en una proclive inestabilidad de los gobiernos. La clave del nuevo orden político es el presidente de la República, que tiene un poder real y efectivo de carácter preeminente, ejerciendo además un poder moderador y una función tutelar; los poderes del Parlamento se manifiestan sensiblemente disminuidos frente al Ejecutivo, que absorbe parte de ellos y ejerce una función reguladora del proceso Legislativo.

La V República es un régimen parlamentario "orleanista", decía Duverger, refiriéndose con este término a la evolución intermedia del parlamentarismo, entre la monarquía limitada y el régimen parlamentario clásico, manifestándose partidiario de fortalecer al Ejecutivo como se quiere; pero aumentando el poder del primer ministro y no los del

presidente como lo hace la Constitución.[1] George Burdeau, por su parte, sostiene que la nueva Constitución es un documento excepcional, fuera de serie, que ha restaurado el poder del Estado y que, con ella, Francia tiene instituciones eficaces a su servicio que salvarán a la República, según Jiménez de Parga, que a su vez, califica al nuevo orden político de un régimen abierto, llamando la atención sobre la puerta abierta a la dictadura constitucional, que deja el artículo 16 de la Constitución.[2]

Es indudable que el régimen de la Quinta República es uno de los más discutidos, criticado fundamentalmente por el desequilibrio del poder a favor del Ejecutivo y especialmente del presidente, en nuestro criterio sin razón, porque no tiene el presidente francés más poder que el Ejecutivo de un régimen presidencial, como el de Estados Unidos o el nuestro, si bien es cierto, que tiene mayor poder que los jefes de Estado de los regímenes parlamentarios clásicos. La crítica se ha dirigido en nuestro criterio, más que a las instituciones de la Constitución de 1958, a la personalidad del general De Gaulle y a la forma absorbente con que ha ejercido el poder; pero lo cierto es que, desde entonces, Francia se ha encontrado con un orden democrático y una estabilidad que había perdido y, por obra de su presidente, fue lanzada a los primeros planos de la política internacional, ocupando el primer lugar entre Estados Unidos, Rusia y China comunista.

A juicio de Jiménez de Parga, es un régimen de Ejecutivo dominante, donde las dudas interpretativas que plantea la Constitución se resuelven contra el Parlamento, donde el Ejecutivo controla y encausa el proceso político. Se basa el régimen, a criterio del catedrático de Barcelona, en tres principios: *a)* las instituciones del Ejecutivo gozan de un estatuto eminente en la Constitución; *b)* un principio interpretativo que resuelve a favor del Ejecutivo los debates sobre las atribucio-

[1] Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Edit. Ariel, 1962, p. 304.

[2] Jiménez de Parga, Manuel, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, Tecnos, 1968, pp. 164 y 165. El art. 16 de la Constitución de 1958 dice: "Cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se vean amenazados de una manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el presidente de la república adoptará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consultar oficialmente con el primer ministro, con los presidentes de las asambleas y con el Consejo Constitucional. Informa de ellos a la nación por medio de un mensaje. Tales medidas deben estar inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios de cumplir su misión en el menor plazo posible. El Consejo Constitucional es consultado al respecto. El parlamento se reúne de pleno derecho. La Asamblea nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales."

nes legales de las diversas instituciones, y *c)* un principio democrático, donde las elecciones no se falsean y las libertades públicas quedan amparadas.[3]

3. *La Constitución de 1958*

La Constitución de 1958 llamada De Gaulle tiene un preámbulo que está compuesto de: *a)* los derechos del hombre y los principios de la soberanía nacional, tal como estaban en la Declaración de 1789; *b)* el preámbulo de la Constitución de 1946.

La parte dogmática de la Constitución estaría formada por los artículos 2, 3, 4 y 66. El primero define a Francia como una república laica, democrática y social; asegura la igualdad ante la ley y la libertad de religión; describe a su bandera y adopta "La Marsellesa" como himno; define a su divisa: "Libertad, igualdad y fraternidad", y, por último, su principio: "Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". El artículo 3 dice que la soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por representantes o por referendum y que ningún individuo o parte del pueblo se la puede arrogar; son electores los franceses mayores de ambos sexos que gocen de los derechos civiles y políticos. El artículo 4 dice que los grupos y partidos políticos concurren a la expresión del sufragio, ejerciendo sus actividades libremente siempre que respeten la soberanía nacional y democracia. Por último, el artículo 66 dice que nadie puede ser detenido arbitrariamente y que la autoridad judicial es guardián de la libertad. Se trata de una Constitución escrita (codificada) y, por la manera de reformarse, es rígida.

En cuanto a su parte orgánica, el Poder Ejecutivo es bicéfalo, está formado por un presidente de la República elegido directamente por 7 años, reelegible e irresponsable, salvo caso de alta traición; integra también el Poder Ejecutivo, el gobierno, compuesto del primer ministro nombrado por el presidente que pone asimismo fin a sus funciones aceptando su renuncia, y por los ministros, que los nombra y remueve el presidente a propuesta del primer ministro. El Poder Legislativo lo compone un Parlamento de dos cámaras: la Asamblea Nacional, cuyos miembros se eligen directamente por sufragio universal, y el Senado, cuyos integrantes se eligen indirectamente. La condición de parlamentario es incompatible con la de integrante del Ejecutivo.

Se encuentran constitucionalizados, además, otros órganos. El Consejo Constitucional está compuesto de 9 miembros, elegidos por tercios

[3] Jiménez de Parga, Manuel, *op. cit.*, p. 170.

entre el presidente de la República, el de la Asamblea Nacional y el del Senado, e integrado además, por los expresidentes de la República, que son miembros vitalicios. Son funciones del Consejo: declarar preventivamente antes de su vigencia la inconstitucionalidad de la ley y, además, velar por la regularidad de las elecciones y del referendum. Declara la Constitución la inamovilidad y la independencia de la autoridad judicial. El Tribunal Supremo de Justicia está compuesto de 24 miembros elegidos por mitades entre la Asamblea Nacional y el Senado, siendo sus funciones: la de juzgar al presidente por alta traición y a los miembros del gobierno cuando cometan delitos. Con carácter de consultivo, se instituye un Consejo Económico y Social cuya regulación se deja a la ley.

4. *El presidente de la República*

El 6 de noviembre de 1962 se modifica la Constitución y, a partir de entonces, la elección de presidente se realiza por sufragio universal directo y por mayoría absoluta en la primera vuelta; si así no se diera, habrá una segunda vuelta con los dos candidatos más votados (artículo 7). El mandato dura 7 años y admite implícitamente la reelección (artículo 6).

El presidente ejerce las siguientes funciones:

a) Función representativa: El presidente representa en lo externo y en lo interno al Estado francés, y, según el artículo 80, también representa a la comunidad. En virtud de ello es que recibe y acredita embajadores y ratifica los tratados (artículos 14 y 52).

b) Funciones ejecutivo-administrativas: Nombra empleados civiles y militares (artículo 3); preside el Consejo de Ministros y es jefe de las Fuerzas Armadas (artículos 9 y 15); administra y expide decretos (artículo 13), negocia y ratifica algunos tratados (artículos 52 y 53).

c) Función de poder moderador y arbitral: Tiene competencia para incitar a la actuación a los demás poderes y es árbitro de los restantes poderes públicos, asegurando así "el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la continuidad del Estado" (artículo 5). En esta categoría consideramos las funciones que requieren mayor prudencia política, como la designación del primer ministro y, a propuesta de éste, el nombramiento y remoción de los ministros.

El presidente promulga las leyes o puede pedir al Parlamento una nueva deliberación de la ley (artículo 10) o también puede remitir el proyecto al Consejo Constitucional (artículo 61). Puede también enviar mensajes al Parlamento para ser leídos, sin debate (artículo 18).

Convoca y clausura, el presidente, las sesiones extraordinarias del Parlamento (artículo 30). Disuelve la Asamblea Nacional convocando a elecciones generales (artículo 12).

A propuesta del gobierno o de las dos cámaras, el presidente puede someter al referendum cualquier proyecto de ley relativo a los poderes públicos (artículo 11), lo que fue interpretado por De Gaulle como facultad inclusive de reformar por esta vía la Constitución, como ocurrió el 28/10/62.

El presidente es garantía de la independencia del Poder Judicial (artículo 64). Preside y nombra el Consejo de la Magistratura como excepción del ministro de Justicia que lo integra por derecho (artículo 65). Designa 3 miembros del Consejo Constitucional (artículo 56) y ejerce, además, el derecho de indulto (artículo 17).

d) Función extraordinaria: Esta magistratura excepcional ejercida por el presidente de la República, está definida en el artículo 16 de la Constitución. Cuando las instituciones o la independencia de la República, la integridad del territorio o sus compromisos internacionales son amenazados gravemente y el funcionamiento regular de los poderes es interrumpido, el presidente "toma las medidas exigidas por estas circunstancias... inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios de llenar su misión". Previamente, el presidente debe de consultar a: el primer ministro, los presidentes de la Asamblea y el presidente del Consejo Constitucional. El presidente debe de informar a la nación y no puede disolver la Asamblea en ejercicio de estas facultades extraordinarias.

Sin lugar a dudas, el artículo 16 es el más criticado de la Constitución francesa. Ha pesado sobre este artículo, que recuerda los poderes extraordinarios de las constituciones americanas, nos dice Sánchez Agesta, el recuerdo de la pasada guerra.[4]

5. *El gobierno*

El gobierno integra con el presidente el Poder Ejecutivo francés. El gobierno está compuesto por el primer ministro y los ministros. Los miembros del gobierno, presididos por el jefe de Estado, componen el Consejo de Ministros (artículo 21).

El presidente nombra al primer ministro, pero no lo remueve, sólo pone fin a sus funciones cuando éste renuncia (artículo 8). Los minis-

[4] Sánchez Agesta, Luis, *Derecho constitucional comparado,* Madrid, Edit. Nacional, 1963, p. 281.

tros son designados y removidos por el presidente a propuesta del primer ministro (artículo 8). Es incompatible ser miembro del gobierno con cualquier mandato parlamentario (artículo 23), eliminándose así las crisis producidas por parlamentarios que aspiraban a una cartera ministerial.

En la Constitución de 1958 ha desaparecido la votación de investidura del gobierno; no obstante, éste sigue siendo responsable ante la Asamblea (artículo 20). Hay tres formas en la Constitución de hacer efectiva la responsabilidad del gobierno: 1º "El Primer Ministro después de la deliberación del Consejo de Ministros, compromete ante la Asamblea Nacional la responsabilidad del gobierno sobre su programa o eventualmente sobre una declaración de política general" (artículo 49). "Si la Asamblea lo desaprueba el Primer Ministro debe renunciar" (artículo 50); 2º "La Asamblea Nacional pone en cuestión la responsabilidad del gobierno por el voto de una moción de censura" (artículo 49), "si prospera la censura el Primer Ministro renuncia" (artículo 50); 3º "El Primer Ministro puede, después de deliberar en Consejo de Ministros comprometer la responsabilidad ante la Asamblea Nacional sobre el voto de un texto" (artículo 49). Si la Asamblea no vota una moción de censura el texto se considera aprobado, la disyuntiva es: o se retira la confianza al gobierno o se vota el texto. El gobierno es en consecuencia responsable ante el Parlamento, pese a que no procede ni por su investidura ni por su mandato, de él.

La función del gobierno es decidir y conducir la política nacional; para ello dispone de la administración y de las fuerzas armadas (artículo 20). El primer ministro dirige la acción del gobierno (artículo 21).

Las funciones del gobierno se realizan mediante distintas facultades:

1) Iniciativa de la ley (artículo 39) con prioridad en el orden del día de las cámaras o asambleas (artículo 48).

2) Intervención activa en el proceso legislativo: *a)* Presentando enmiendas y exigiendo el pronunciamiento de las asambleas (artículo 44); *b)* interviniendo en caso de desacuerdo de las cámaras, o en caso de urgencia, para designar una comisión mixta que proponga un texto único sobre los puntos en disidencia (artículo 45); *c)* comprometiendo la responsabilidad del gobierno en la proposición de un texto ante la Asamblea (artículo 49).

3) Interviniendo en la política internacional y refrendando los tratados que firma el presidente (artículos 52, 12 y 20).

4) Dictando ordenanzas (decretos-leyes) con autorización del Par-

lamento, durante un tiempo limitado, las que luego deberán ser ratificadas (artículo 38).

5) Mediante el poder reglamentario del primer ministro (artículo 21). Esta facultad es amplísima, porque comprende todo lo que no está taxativamente enumerado en el orden de la ley (artículos 34 y 37).

6) Decreta el estado de sitio (artículo 36).

7) Propone al presidente el referendum sobre los proyectos de ley que establece el artículo 11.

8) El primer ministro es consultado por el presidente para disolver la Asamblea Nacional (artículo 12) y para tomar las medidas extraordinarias del artículo 16.

De acuerdo a la Constitución, el gobierno no es responsable frente al presidente de la República, pero ocurre que tiene que contar con la confianza del presidente, pues, como dice Jiménez de Parga, el presidente puede remover al gobierno que cuenta con la confianza de la Asamblea, disolviendo ésta.

El artículo 19 de la Constitución enumera los actos del presidente que no precisan ser refrendados, entre los que destacamos: el llamado a referendum, la disolución de la Asamblea Nacional y las facultades extraordinarias del artículo 16, lo que otorga clara preeminencia sobre el gobierno, amén de que nombra al primer ministro y, a propuesta de éste, a los ministros.

II. El Ejecutivo fuerte de Alberdi

Juan Bautista Alberdi había escrito su libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina,* con la finalidad que luego alcanzó, de ilustrar e influir en los diputados constituyentes, que un año después se reunirían en Santa Fe para sancionar la Constitución. Tenía Alberdi su preocupación por la manera en que se habían recorrido los caminos en pos de la organización del Estado, dejando atrás cuarenta años de anarquía, marchas y contramarchas. Nace de ahí el temor fundado de que si no había un gobierno fuerte para mantener la unidad y el orden, volviéramos al desorden y a la anarquía; para esto, consideraba que el Poder Ejecutivo era el indicado para ejercer una función política ordenadora de la sociedad, no existiendo gobierno, decía Alberdi, no habrá ni libertad, ni orden, ni Confederación, ni Constitución.

Para llegar a este objetivo —decía Alberdi—, hay que apartarse del modelo norteamericano, para que el Ejecutivo de la democracia naciente tenga el mismo vigor y la misma estabilidad que el Ejecutivo realista,

conforme al artículo 2º de la Ordenanza de Intendentes para el Virreinato del Río de La Plata, que decía: "Ha de continuar el Virrey de Buenos Aires con todo el lleno de la superior autoridad y omnímodas facultades que le conceden mi real título e instrucción y las leyes de las Indias." Con esto no pretendía Alberdi restablecer el sistema anterior, pero se inclinaba por un Ejecutivo enérgico y vigoroso acorde con los antecedentes de nuestra historia patria.

No es el poder del despotismo el que Alberdi quiere para su Ejecutivo, ya que propugna un órgano fuerte para que haga ejecutar las decisiones y que asegure el cumplimiento de las libertades. El Ejecutivo alberdiano no es para oprimir, sino para garantizar la libertad, pues, como sostiene, los derechos individuales, proclamados con tanta gloria y conquistados con tanta sangre, serán palabras vanas sin un Ejecutivo de poder suficiente para hacer realidad la vigencia del orden constitucional. El poder lo da Alberdi al órgano por medio de la Constitución, y de ninguna manera al hombre, sin límites, a cuyo efecto dice: "... en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley", y agrega: "Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución."

El ejemplo de Chile era lo que veía Juan Bautista Alberdi en su libro *Bases...*, allá por 1852, dotada la nación chilena de un Ejecutivo fuerte, que había traído largos años de convivencia ordenada, pacífica y progresista, digno de tenerse en cuenta, porque esa paz, en medio de las tempestades de América, consideraba que se debía a la Constitución y a su Ejecutivo poderoso, guardián del orden y de las libertades. Aseguraba Alberdi que de la Constitución del Ejecutivo, depende la suerte de los Estados americanos.

Es indudable que lo que lleva a Alberdi hacia un Ejecutivo poderoso es el fantasma redivivo de la anarquía y el desorden. El proyecto del Ejecutivo de Alberdi fue lo que en general se votó en la Convención Constituyente de Santa Fe, en 1853, actual carta constitucional argentina, donde el libro *Bases...*, influyó con su doctrina y con su proyecto de Constitución.

III. Crecen las facultades del presidente americano

La idea predominante en la doctrina que hemos visto de Alberdi, es la de un Ejecutivo líder, conforme a las circunstancias americanas de la época, cuya misión principal era la de imponer el orden y hacer cumplir las leyes. Pero cuando el Estado abandona su neutralidad y comienza a intervenir para hacer posible el bien común, desde el tiempo en que ad-

vienen las nuevas corrientes sociales que dan lugar al constitucionalismo social, con la ampliación constante de nuevas competencias y otras responsabilidades, la situación empieza a cambiar. A partir de que el Estado comienza a tomar un papel más activo en busca del bienestar general, es el Ejecutivo el que va tomando a su cargo la mayor parte de responsabilidades. El Ejecutivo es el órgano que está en mejores condiciones para cumplir con más eficacia las nuevas funciones, que se vienen sumando a partir de la Primera Guerra Mundial, incesantemente hasta nuestros días.

Desde un principio, la mayor rapidez para decidir, la capacidad para improvisar, la especialización de sus conocimientos, la coherencia del órgano, la constancia en la acción, la presencia de un líder, la continuidad y regularidad de sus funciones, son, entre otras, las cualidades que le dan al Ejecutivo la dirección del nuevo proceso y la suma de responsabilidades. Por otra parte, predomina la real posesión del poder más que la mera atribución normativa, frente al Poder Legislativo, que no podía absorber el cambio ni las tareas que traía éste aparejadas. Aunque las competencias están claramente distribuidas en las constituciones, en la práctica hay un avance del poder que aparecía como más eficaz y que estaba en condiciones de asumir nuevas facultades rápidamente. De esta manera, se rompe en gran parte de los países americanos el clásico equilibrio de poderes. América Latina se acostumbra a la preeminencia del presidente, pues su tradición política está apegada al poder personal. Neopresidencialismo llama Loewenstein a la forma de gobierno en que, por combinaciones constitucionales, el poder político del presidente es superior a los otros órganos del Estado.

Si a todo ello le sumamos la tendencia europea de atribuir determinadas facultades legislativas del Poder Ejecutivo, veremos que en cabeza de este poder se vienen sumando competencias, por vía de la Constitución y de hecho, que cada vez se hacen más difícil de desempeñar con eficacia por una sola persona.

Influencia del Ejecutivo francés en América

1. *Introducción*

La idea francesa de dividir las competencias del Ejecutivo en dos cabezas, equilibradas y razonablemente distribuidas, se viene abriendo paso en América. Las facultades del presidente se han sumado de tal manera que los errores del presidente producen la crisis del régimen presidencial, y de ahí, a la toma del poder *de facto* hay un corto trecho.

2. *La reforma en Uruguay*

En la República Oriental del Uruguay, fue sancionada por la Asamblea el 24 de agosto de 1966 y aprobada por plebiscito del 27 de noviembre del mismo año, la Constitución que establece un régimen presidencialista. Expresa que el presidente nombrará los ministros que por contar con apoyo parlamentario aseguren su permanencia en el cargo, ministros que serán removidos por el propio presidente o por el Parlamento (artículo 174). Las funciones de los ministros serán reglamentadas por el Poder Ejecutivo (artículo 182). La Constitución dice que el Poder Ejecutivo será ejercido por el presidente de la República, actuando con un ministro, con ministros o con el Consejo de Ministros (artículos 149 y 168). El Consejo de Ministros en Uruguay se integrará con los titulares de los ministerios o quienes hagan sus veces, teniendo competencia privativa en todos los actos de gobierno o administración planteados por el presidente o los ministros. Deberá reunirse el Consejo a convocatoria del presidente o de algún ministro; será presidido por el presidente, que tendrá voto doble en caso de empate, siendo que todas las cuestiones se resuelven por mayoría absoluta de votos de miembros presentes (artículos 160 a 164). Por último, expresa la Constitución uruguaya que las resoluciones que originariamente tomaron el presidente con un ministro o con ministros, podrán ser renovadas por el Consejo de Ministros (artículo 165).

En el Uruguay, además de la remoción de los ministros por el presidente, cualquiera de las cámaras podrá juzgar a éstos, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas cámaras, censure los actos de administración o de gobierno (artículo 147). La censura podrá ser individual, plural o colectiva de los ministros juzgados, según que afecte a uno, a varios o a la mayoría de los ministros, desaprobación que tiene como consecuencia la renuncia del o de los juzgados. El presidente de la República podrá observar el voto de censura, cuando no cuente con los dos tercios del total de miembros de la Asamblea. En tal caso, la Asamblea General será nuevamente convocada, y si no obtuviera número para poder sesionar se considerará revocado el voto de censura. Si tiene número para sesionar y mantiene la censura con una votación inferior a tres quintos del total de sus miembros, el presidente, por decisión expresa, podrá mantener al ministro, a los ministros o al Consejo de Ministros censurados, disolviendo las cámaras. Si el presidente no diera cumplimiento al llamamiento de elecciones o las cámaras no estuvieran constituidas en los plazos establecidos en la Constitución, las cámaras disueltas recobrarán sus derechos (artículo 148).

3. *La reforma en Perú*

En la República peruana, promulgada por Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, se estableció, la Constitución política, que define un régimen presidencial de gobierno. El presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la nación, dice la carta constitucional en su artículo 201, elegido directamente, por el pueblo por más de la mitad de los votos válidos emitidos; si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procede a nueva elección entre los dos más votados (artículo 203). La dirección y gestión de los servicios públicos están a cargo de ministros, quienes reunidos forman el Consejo de Ministros, que tiene un presidente, salvo cuando participa el presidente de la República, quien lo preside (artículos 212 y 215). El presidente de la República nombra y remueve al presidente del Consejo y, a propuesta de éste, nombra y remueve a sus ministros; dice la Constitución que sus decisiones se toman por la mayoría de sus miembros (artículo 218). El ministro puede o no ser legislador (artículo 219).

La Cámara de Diputados del Perú, hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros, mediante un voto de censura o falta de confianza, lo que obliga a la renuncia del o de los juzgados (artículo 226). Es facultad del presidente de la República disolver la Cámara de Diputados, si ésta ha censurado a tres consejos de ministros (artículo 227), derecho que sólo puede ejercer una vez durante su mandato (artículo 229). Si el presidente no realiza las elecciones y una nueva Cámara no se constituye, la cámara disuelta recobra sus facultades, cesando el Consejo de Ministros (artículo 228).

La Constitución del Perú autoriza la delegación al Poder Ejecutivo para legislar por decretos legislativos (artículos 188 y 211, inciso 10). Prescribe igualmente la Constitución que los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgentes tienen preferencia del Congreso (artículo 189) y, por último, determina que si el proyecto de presupuesto no es votado, en fecha indicada, entra en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, el cual lo promulga mediante decreto legislativo (artículo 198).

4. *La proyectada reforma argentina*

En la República Argentina se avanza hacia una reforma de la Constitución; la propuso el presidente de la República en un mensaje; se expidió, favorablemente, el Consejo para Consolidación de la Democracia; están de acuerdo con la reforma la mayoría de los partidos

políticos y la mayor parte de la doctrina constitucional, de tal suerte que, pese a las difíciles circunstancias socioeconómicas, la reforma constitucional no parece ser lejana.

En Argentina se avanza en la idea de hacer del Poder Ejecutivo un ejecutivo bicéfalo, repartiendo la pesada carga del presidente entre un jefe de Estado y un jefe de gobierno o un Consejo de Ministros, a semejanza del ejecutivo francés, como lo han realizado en Uruguay y en el Perú.

En un trabajo presentado a la Octava Conferencia Nacional de Abogados reunida en La Plata en 1970, proponíamos la revisión del poder constitucional en toda su estructura. Sosteníamos que el complejo institucional que abarca el Ejecutivo debía de dividirse en un jefe de Estado a cargo de un presidente de la República y en un jefe de gobierno a cargo de un primer ministro. Decíamos que debía de ser así, porque a medida que nos alejamos del Estado neutral, se habían sumado abrumadora cantidad de competencias y responsabilidades en el presidente de la República. Entre nosotros, será además eficaz en la práctica, puesto que, siendo el primer ministro el responsable de la formulación y conducción de la política, en caso de ineficacia, podría ocurrir su relevo en plazo prudenciales, sin romper la continuidad constitucional. Por otra parte, necesariamente, la mayoría legislativa tendrá que coincidir en general con la conducción del gobierno. No propiciábamos un Ejecutivo parlamentario, sino un presidente con facultades y con responsabilidad, un presidencialismo con otas parlamentarias, que se adapte a la realidad argentina.

Proponíamos en aquel trabajo, concretamente para Argentina, entre otras sustanciales reformas, un jefe de Estado, presidente de la República, elegido directamente por el pueblo por seis años, reelegible por un solo periodo. El presidente podía disolver la Cámara de Diputados, dentro de los sesenta a ciento veinte días antes de su renovación trienal para provocar su renovación total. Podía también, con acuerdo del Senado, someter a referéndum cualquier proyecto de ley en oportunidad de la renovación legislativa; promulgaba y vetaba las leyes y era el comandante de todas las fuerzas armadas. La responsabilidad del presidente se hacía en un juicio político, donde la Cámara de Diputados acusaba y el Senado constituido en Tribunal juzgaba.

Propiciábamos también en aquel trabajo un jefe de gobierno, primer ministro, designado y removido por el presidente, que a su vez y a propuesta del primer ministro, nombra y remueve a los ministros. El primer ministro, determinaba y conducía la política, ejecutaba, administraba y

dictaba reglamentos, declaraba el estado de sitio e intervenía a las provincias. El gobierno tenía prioridad en el orden del día de las cámaras, poseía facultades para proponer enmiendas y agilizar el trámite legislativo. El gabinete cesaba cuando perdía confianza en la Cámara de Diputados, voto de censura que estrictamente reglado no se podía plantear antes de 12 meses transcurridos desde la toma de posesión del primer ministro. La Cámara de Diputados podía delegar en el primer ministro, por tiempo determinado, la facultad legislativa.

Entendemos que América seguirá en busca de la reforma del régimen de Ejecutivo presidencial, para repartir las facultades de éste en dos cabezas, poniendo sus ojos en el sistema francés. El régimen de la Quinta República francesa se encuentra en término medio entre el presidencialismo y el sistema parlamentario, de esta manera, seguiremos cerca de un presidencialismo clásico, lejos aún del sistema parlamentario.

LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN EL CONSTITUCIONALISMO NORTEAMERICANO Y EN EL MEXICANO

Guillermo Floris MARGADANT

SUMARIO: I. *Generalidades.* 1. *Historia del problema.* 2. *La imposibilidad de una vigencia "absoluta" de los derechos humanos.* 3. *Una graduación de expresiones, según contenido y forma.* II. *La libertad de prensa en el constitucionalismo norteamericano.* 1. *La primera Enmienda.* 2. *¿Una libertad privilegiada?* 3. *¿A quién se dirige la mencionada prohibición?* 4. *Reconocimiento claro de que la libertad de expresión no puede ser absoluta.* 5. *Las señaladas categorías de limitaciones a la libertad de expresión.* III. *La libertad de prensa en la Constitución federal mexicana.* 1. *Historia de la libertad de prensa en México.* 2. *La realidad detrás de estas normas constitucionales, hasta 1929.* 3. *México como "Estado autoritario".* 4. *Las diversas categorías de posibles restricciones, arriba mencionadas, en México desde 1917.*

El destacado papel del homenajeado en la defensa de los derechos individuales, garantizados por la Constitución y por prestigiados instrumentos internacionales, además de la dedicación del doctor Fix al derecho comparado, me sugirieron elaborar para esta *Festschrift* un estudio sobre la forma en que se ha manifestado, en el constitucionalismo estadunidense y en el mexicano, el principio fundamental de la libertad de expresión mediante la imprenta.

I. GENERALIDADES

1. *Historia del problema*

Desde el Renacimiento la creciente avalancha de material impreso había provocado en las autoridades eclesiásticas católicas la tendencia de controlar las ideas manifestadas a través de la imprenta.[1] Es verdad que dentro de la iglesia misma ya pronto algunos intelectuales perspicaces, como Erasmo, trataron de minimizar las diferencias entre las diversas actitudes religiosas, con el fin de crear un ambiente ecuménico,

[1] Véase mi libro *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986, cap. XXV sobre "La literatura jurídica y la censura eclesiástica", pp. 285-291.

de tolerancia; pero esta loable corriente, que hubiera disminuido la tendencia hacia la censura eclesiástica, no tuvo mucha resonancia.

Luego observamos dos fuerzas opuestas: por una parte, la reformación, disminuyendo la robustez del catolicismo parecía presentarse como factor favorable para el debilitamiento de la censura,[2] pero, por otra, la contrarreforma[3] pronto insistió en la práctica de la censura con una energía renovada que precisamente había sido provocada por aquella reformación.

Afortunadamente, la reformación y, pronto después, la Edad de la Razón provocaron una erosión del poder eclesiástico-católico que, con el tiempo, quitaría mucho brío a esta censura; además, desde el Renacimiento la crítica de los textos tradicionales,[4] en general, que nos ha legado la Antigüedad (como el *Corpus Iuris Civilis*, los escritos de Aristóteles, Homero, etcétera) se había convertido en un deporte intelectual muy difundido, y los protagonistas de esta tendencia comenzaron a ver también la *Biblia* como un documento histórico entre muchos,[5] también esto contribuyó a la decadencia del fanatismo dogmático-cristiano y —con el tiempo— ayudó a debilitar la virulencia de la censura oficial católica.

Estas circunstancias favorables, empero, no trajeron automáticamente la libertad de la imprenta; no sólo la iglesia, sino también el *Estado* ya se habían convertido en un peligro para dicha libertad. No olvidemos que al Renacimiento debemos, no sólo la imprenta y la reformación, sino también el surgimiento de los Estados centralizados, y éstos también, al ejemplo de la Iglesia (a veces en forma parcialmente coincidente con ella, como en el caso de España; pero a menudo desde

[2] Sin embargo, en teocracias protestantes, como en la Ginebra calvinista, el ambiente político no era más favorable para la libertad de la imprenta que en regiones católicas.

[3] En la actualidad, dentro del Vaticano, pero bajo presión de corrientes mundiales extraeclesiásticas, esta tendencia conoce nuevos triunfos, que, al mismo tiempo, son triunfos de la libertad de escribir: ecumenismo es compatible con la *crítica*, pero no con la *prohibición* de ideas teológicas ajenas.

[4] Tal crítica de textos consiste en la busca de diversos niveles de antigüedad dentro de una misma obra, de las interpolaciones, de lapsos en la transcripción, errores de traducción, y en la verificación de la atribución de ciertos textos a determinados autores (como en relación con la autenticidad o inautenticidad de las Cartas de S. Pablo).

[5] *La historia crítica del antiguo testamento*, por el erudito renacentista Ricardo Simón, publicada en Holanda, es una obra pionera al respecto. Luego, el *Diccionario Histórico y Crítico* de Bayle representa un punto culminante en la evolución respectiva, e influyó, a su vez, en Voltaire.

otros ángulos), se interesaron por el control ideológico de los materiales impresos.

Así, cuando durante los siglos siguientes en casi todo el mundo noratlántico la censura por parte de las iglesias ya iba perdiendo su eficacia práctica, fueron los intereses estatales que continuaron los intentos, a menudo un poco velados, de controlar las ideas que libros, periódicos, revistas y volantes ofrecieron al público.

Afortunadamente, también desde el Renacimiento ya observamos una contracorriente a estos intentos de represión de ideas políticas: destacados autores defendieron elocuentemente la idea de que, si por una parte una comunidad fuerte y sana necesita cierta unidad ideológica fundamental, por otra parte sobre esta base común conviene una gama amplia de sugerencias innovadoras y de críticas, por parte de individuos y grupos, componentes de aquella comunidad.

En cuanto al valor robustecedor de la crítica es interesante la iniciativa de Tomás Moro, en Inglaterra. Este jurista-filosófo propuso la inmunidad de los miembros del Parlamento por las opiniones allí pronunciadas. Aunque esta proposición todavía se refería sólo a la palabra *hablada*, de todos modos ya manifestaba la fe en el valor creativo de la crítica libre.

Otro autor que contribuyó al nuevo ambiente de libertad de investigación y de crítica, fue Bacon,[6] quien quería sustituir, en las ciencias, la tradicional autoridad libresca por los hechos de la naturaleza y el razonamiento lógico. Y unas generaciones después encontramos la elocuente defensa que hace Milton de la libre competencia entre la verdad y el error,[7] una lucha en la que, según él, la verdad para nada necesita del apoyo burocrático para triunfar. Esta defensa ya favorecía la libertad de la palabra impresa al igual de la hablada.

A los méritos ingleses para la causa de la libetad de expresión debemos añadir las ideas de John Locke,[8] luego popularizadas en el continente por Voltaire.

En aquella época, los nuevos campeones de la razón y de la libertad de expresión, si todavía querían quedarse fieles a la religión tradicional, podían servirse del subterfugio de que Dios había dado al hombre la razón, de manera que el hecho de seguir ésta, aunque fuera por caminos

[6] En su *Novum Organum*.

[7] Se trata de su *Areopagítica*, una obra (oficialmente no autorizada) escrita para criticar la censura previa de todos los libros, decretada por el *Long Parliament*. Existe una traducción española, publicada por el Fondo de Cultura Económica.

[8] Por ejemplo, su *Letter concerning Toleration*.

que parecieran alejarse de las afirmaciones bíblicas, no *podía* ser una obra impía.

Observamos que durante los siglos anteriores a la revolución francesa, para la erosión de la censura, tanto eclesiástica cuanto estatal, ha sido importante la labor de los editores de Amsterdam. Éstos inundaron Europa con libros que en otros países no pudieron ver la luz, a causa de restricciones por parte de la Iglesia y del Estado. Además de esta contribución editorial a la libertad de las ideas, la República de las Siete Provincias (o sea Holanda) fomentó la causa de la libertad de expresión por su propio ejemplo práctico (un hecho que no queda anulado por ocasionales recaídas en la intolerancia, ilustradas por la agitada vida de Hugo Grocio y la dramática muerte de Johan van Oldebarneveld): con razón, Descartes,[9] al comienzo del siglo XVII, alaba la libertad proporcionada por aquella Holanda que dio albergue a Espinoza y otros refugiados judíos, a John Locke, a puritanos y personas de otras ideologías, y cuya población meridional pudo seguir practicando su catolicismo, aunque la independencia nacional había sido obtenida bajo la bandera del protestantismo.[10]

El ambiente preparado por Milton, Locke y otros, luego fue confirmado por la *Glorious Revolution* de Inglaterra (1688), seguida por el *Toleration* Act. (1689) en materia religiosa[11] y por un consciente relajamiento de la censura política. Esta evolución gradualmente acabó con los intentos heredados de la Reina Virgen, los Estuardos[12] y Cromwell[13] de controlar la prensa,[14] y en 1695 comenzó formalmente, en Inglaterra, la fase de libertad de imprenta.[15]

Este triunfo no se limitó al ambiente inglés: los autores progresistas

[9] Aquel antepasado de la intelectualidad moderna, a pesar de su piedad personal, contribuyó mediante su "duda sistemática" a la nueva libertad respecto de autoridades tradicionales.

[10] Para una penetrante apreciación de la libertad en la Holanda renacentista, véase Muller, Herbert J., *Freedom in the Western World,* Nueva York, 1964, pp. 225-233.

[11] Su texto huele todavía a compromiso, pero bajo su régimen se desarrolló una práctica loablemente tolerante.

[12] Un Decreto de 1637 estuvo muy duro, a este respecto.

[13] El Decreto de 1643 restablece la censura, que por un periodo corto había sido suavizado. Después del intervalo cromweliano en 1662 la censura fue confirmada; pero en 1695 pudo iniciarse la fase de libertad de imprenta, en Inglaterra.

[14] Sin embargo, hubo algunas recaídas, como el *Sedition Act* de 1798.

[15] Sin embargo, en las colonias norteamericanas de Inglaterra la relativa libertad de imprenta llegó con unos treinta años de retraso. Véase Castaño, Luis, *La libertad de pensamiento y de imprenta,* en Jorge Pinto M. (ed.) *Régimen legal de los medios de comunicación colectiva,* UNAM, 1977, p. 70.

de Francia se inspiraron en la evolución británica para hacer triunfar, finalmente, en su propia patria la libertad de expresión ideológica. Voltaire, el educador de su siglo, hizo una contribución al respecto,[16] cuyo efecto fue multiplicado por el enorme prestigio internacional que tuvo aquel autor.

También en Inglaterra misma, aunque allí la libertad de la imprenta ya había triunfado básicamente, autores liberales seguían aportando materiales para la consolidación de la misma (pensemos, sobre todo, en las opiniones de un autor de tanto peso como era Blackstone).[17]

Cuando luego (más de una década antes de la revolución francesa) la revolución norteamericana (1776) desencadenó la corriente del constitucionalismo, encontramos, desde la Constitución de Virginia (1776), diversas formulaciones oficiales, tendientes hacia la libertad de imprenta y la revolución francesa aportó una fórmula interesante al respecto en el artículo 17 de la famosa *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*,[18] el artículo 10 de la Constitución (todavía monárquica) de 1791[19] y el artículo 122 de la Constitución ya republicana de 1793.

Observemos que a este respecto los países oficialmente ligados a determinada religión (como España) desde luego no pudieron presentar soluciones tan absolutas como los países que oficialmente se habían declarado neutros ante la polémica religiosa (como los EE. UU.).

En el seno de las diversas asambleas constituyentes, la discusión sobre la libertad de la expresión mediante la imprenta desde luego contribuyó a cierta clarificación, que luego pasó hacia el gabinete de

[16] "Miren en qué decadencia tan terrible la libertad de la prensa ha lanzado a Inglaterra y Holanda...; meramente dominan el comercio del mundo entero"... (citado por Müller, *op. cit.*, p. 323). La popularización de las ideas de Locke por Voltaire, en sus cartas desde Inglaterra, provocó la ira de la censura francesa; la quemazón pública de las cartas, afortunadamente, contribuyó a la divulgación de ellas.

[17] *Commentaries on the Laws of England*, IV.151. Este autor, empero, sólo critica el *previous restraint* de la expresión de ideas y defiende el derecho del acusado de un delito de imprenta, a un *full jury trial*, temas que eran ardientes en aquella época (los *Comentarios* fueron publicados entre 1765 y 1769, una generación antes del *Sedition Act* de 1798, que puso inclusive estas modestas garantías en peligro); Blackstone acepta como normal el sancionamiento *posterior* de los delitos de prensa mediante indemnización civil o pena.

[18] Esta *Declaration* no concede dicha libertad sin determinadas limitaciones.

[19] También aquí la libertad no es absoluta: se menciona la posibilidad de un "abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley".

politólogos, y recibió apoyo de parte del kantianismo, para culminar finalmente en obras como *On Liberty* de John Stuart Mill.[20]

Una ayuda para el triunfo de la libertad de imprenta, vino todavía del lado de aquel relativismo que desde el siglo pasado en muchos grupos de intelectuales comenzó a sustituir la dogmática adhesión a ciertas ideologías. Así, Holmes nos recuerda que *"Time has upset many fighting faiths"*. el tiempo ha aplastado muchas creencias agresivas, violentas, apoyadas en la firme convicción de sus partidiarios, y este hecho debe inducirnos a modestia cuando se trata de nuestras propias ideas, por arraigadas y "definitivas" que parezcan ser. Anatole France añade al respecto que muchas de nuestras opiniones sólo nos parecen inmovibles por el hecho de que nunca hayamos intentado moverlas, mientras que Bertrand Russell subraya que los grandes problemas ideológicos del pasado nunca han sido "resueltos", simplemente dejaron de ocupar la mente de las élites ideológicas: cayeron bajo el polvo cuando la humanidad encontró nuevos juguetes para sus polémicas. *"Every 'ism becomes so quickly a wasm'"*, observan correctamente nuestros vecinos, de manera que nos es conveniente que la autoridad eche el peso del Estado detrás de ciertas opiniones, que temporalmente parecen estar arriba, en la lucha ideológica, pero pronto pasarán su zenith. E inclusive, si el Estado ve que existen ideas ya visiblemente erosionadas, es mejor que "el libre mercado de las ideas" (Holmes) [21] se encargue de poner tales opiniones insostenibles en evidencia, y no el censor estatal.[22]

Aceptando la idea optimista de que la verdad ya triunfará por sus propios méritos, es evidente que conviene para el progreso material y espiritual que una total libertad de prensa maximice la gama de los conocimientos y argumentos disponibles. En el nivel de la cultura, el ejemplo de Holanda mostró con qué facilidad una universidad relativamente nueva, como la de Leiden, fundada en 1573, pronto pudo alcanzar un nivel superior a universidades de más tradición, gracias a su ambiente de libertad de expresión.

Sin embargo, no siempre debemos pensar, como Milton, en triunfos

[20] Existen varias traducciones al español de esta obra, por ejemplo, las de Madrid, 1931, 1970 y 1972.

[21] *Cf.*, el famoso *dictum* de Voltaire, de que quizás en nada estuviera de acuerdo con lo que uno dijese, pero siempre defendería su derecho de decirlo, y los renglones de Milton: *"Let (Truth) and Falsehood grapple: who ever knew Truth put to the worst in a free and open encounter?"*.

[22] Se ha hablado de una Ley de Gresham al revés, en el sentido de que "buenas ideas expulsarán las malas".

absolutos de "la verdad" sobre "el error". Minorías tienen derecho a quedarse fieles a ciertas ideas muy queridas por ellas, por absurdas que parezcan a las mayorías, siempre que tales grupos ideológicos (religiosos o de otra índole) no interfieran demasiado molestamente con intereses sociales importantes y con la tranquilidad de los demás. Un cierto respeto por parte de las mayorías para con las opiniones de las minorías pertenece a la ética democrática, y encuentra su baluarte en la libertad de expresión (incluyendo la expresión mediante la imprenta) por parte de los grupos minoritarios.[23]

Existe otro gran argumento a favor de la libertad de expresión: la circunstancia de que ella contribuye a aquella honradez pública (legislativa, administrativa y judicial), que tanto necesitamos. Los asuntos públicos deben administrarse *under the hard light of full public scrutiny;* de otra manera, se haría la vida demasiado cómoda a ciertos políticos y burócratas, y varios de ellos, que se comportan con razonable honradez bajo un sistema de crítica omnipresente, podrían caer en las garras de la tentación si la prensa se quedara vendada.

Durante el siglo pasado, con ritmos distintos en los diversos países europeos, la libertad de imprenta paulatinamente ganó terreno. Francia, que durante su gran revolución había contribuido tanto al triunfo de la ideología liberal, sufrió retrocesos: Louis Philippe trató de controlar la prensa, inclusive las expresiones gráficas, como las caricaturas de Daumier, y lo mismo puede decirse de Luis Bonaparte, bajo el cual Victor Hugo tuvo que buscar el exilio; además, la Tercera República nació en circunstancias tan traumáticas, que, a pesar de Thiers y del desprestigio que sufrió el conservadurismo (la Iglesia y la casta militar) en el asunto Dreyfus, Francia nunca logró ganar el lugar de Inglaterra, como campeona de la libertad de imprenta.

En Prusia y Austria el impacto de Hegel en la *intelligentsia* no había creado un suelo favorable al liberalismo, y los *junker,* soberbios y conservadores, junto con una burguesía más bien dócil, formaban una combinación que pronto se vería amenazada por el socialismo. Todo esto obstaculizaba una verdadera libertad de la prensa, aunque Bis-

[23] Esto no sólo se justifica por la consideración de que, a menudo, ciertas opiniones minoritarias de hoy resultarán mañana más apreciables de lo que en este momento pensemos, y podrán triunfar, sino sobre todo por existir un deber humanitario fundamental de permitir a minorías el encariñarse con opiniones determinadas, por absurdas que parezcan a los demás: para el *self-fulfillment* (la autorrealización) del individuo, es importante que cada uno pueda crearse una constelación privada de valores y opiniones.

marck, sutil equilibrista, decidió dejarle de todos modos un apreciable margen de crítica.

España fue frenada, al respecto, por su catolicismo oficial, y cuando iba demasiado rapidamente hacia el liberalismo en 1866, sobrevinieron luego graves recaídas.

En cuanto Italia, el *resorgimiento,* ocupado de los tremendos temas de la unificación del país, y de la traumática relación estatal con el Vaticano, no pudo otorgar a la prensa una total libertad en materia política.

Así, fuera de Inglaterra, la causa de la libertad de imprenta no iba encaminada hacia un triunfo fácil. Sin embargo, a través de las grandes crisis de 1830 y 1848, esta idea penetró cada vez más en la conciencia de las masas populares del continente, y la creciente presión por parte de los socialistas (que, como elementos de oposición, reclamaron lla libertad de expresión que, una vez en el poder, no siempre ratificarían) se juntó al liberalismo burgués para reclamar una prensa más libre. Cuando ésta, finalmente, había triunfado en las democracias occidentales, surgió desde 1917, con forma de socialismo leninista, una nueva corriente que pronto dominaría un enorme territorio y que (a menudo con oratoria que propone una "verdadera libertad de la prensa", o sea una libertad respecto de presiones financieras y conservadoras) paulatinamente limitaría la prensa en una forma tan eficaz, que allí los grupos o individuos inconformes podían (y todavía pueden) contemplar con nostalgia las limitaciones que habían estado en boga entre el Renacimiento y la revolución francesa.

Paralelamente, en las grandes democracias noratlánticas la libertad de la prensa es reconocida básicamente (y sin la trampa de que sólo pueda otorgarse la "verdadera" libertad respectiva), a menudo con gran generosidad hacia aquellas ideologías que precisamente negarán esta libertad, una vez que conquistasen el poder (una curiosa actitud, que a menudo tiene algo de masoquista). Pero, al mismo tiempo, dicha libertad es circundada por varias restricciones pragmáticas, de sentido común, impuestas a menudo más bien por el Poder Judicial que por el Legislativo, como veremos tan claramente en el ejemplo de los EE.UU.

2. *La imposibilidad de una vigencia "absoluta" de los derechos humanos*

Es evidente que en una materia práctica, en la que debe predominar aquella "prudencia" que ya suena en el antiguo término de *jurispru-*

dentia,[24] no debemos permitir una ciega aplicación mecánica de ciertas normas "absolutas": cada norma constitucional debe recibir en la vida nacional una aplicación compatible con otras normas constitucionales y, sobre todo, con el sentido común en su más alta expresión, representado por autoridades administrativas, legislativas y judiciales. A veces, las normas constitucionales mismas reconocen de antemano que deberán ser aplicadas bajo ciertas limitaciones que determinará el legislador (y cuyos perfiles quedarán, a menudo, bajo control judicial): México presenta una buena ilustración al respecto, como veremos. En otros casos, como en el norteamericano, la norma suena absoluta, por no prever —*expressis verbis*— limitaciones legislativas; pero, como siempre sucede en tales casos, vemos en la práctica que, de todos modos, limitaciones han sido impuestas, y a menudo, como en el caso estadounidense, es el Poder Judicial el que pronuncia la última palabra acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de tales restricciones que el legislador ordinario añade a la norma constitucional.

Una vez admitido el principio de que la libertad de expresión en general, y de expresión mediante la prensa en especial, no puede ser absoluta,[25] uno siente inmediatamente la tentación de establecer diferenciaciones entre *varios niveles de expresión*: algunos en que la libertad debe ser mantenida con más énfasis, y otros en que, a la luz de nuestra sensibilidad política y jurídica, las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente: no todo lo que se expresa mediante la imprenta merece el mismo grado de protección constitucional.

Es verdad que un viejo consejo de interpretación enuncia que "donde la norma no distingue, el intérprete no debe distinguir"; sin embargo, en una materia de tanta relevancia práctica, un principio como éste no ha podido frenar las presiones que llegaron desde el lado de la vida real y del sentido común. Así observamos varios intentos de interpretar la libertad de imprenta en sentido más o menos restrictivo, según diversas categorías de casos.

En algunos aspectos de la discusión que resultó se ha llegado, por

[24] Este término no debe tanto equipararse a lo que en México llamamos "jurisprudencia", sino que se encuentra más cerca de la *jurisprudence* en sentido anglosajón: teoría general de la creación y aplicación de las normas jurídicas.

[25] Hamilton, autor del *Federalist Paper* No. 84, es muy claro al respecto: *"Who can give (to the liberty of the press) any definition which would not leave the utmost latitude for evasion? ... I infer that its security, whatever fine declarations may be inserted in any constitution respecting it, must altogether depend on public opinion and on the general spirit of the people and of the government."*

lo pronto, a conclusiones generalmente aceptadas. En otros campos sigue la polémica. Y en la medida en que evolucione la sensibilidad política, cuestiones aparentemente ya aclaradas en forma definitiva volverán a ponerse en duda.

De todos modos, aunque reconozcamos que nuestra lucha por una interpretación de la libertad de prensa, razonable a la luz de la sensibilidad del momento, nunca dará resultados "definitivos", y que la discusión tendrá que volver a abrirse regularmente; legisladores, jueces, políticos y politólogos tendrán que seguir ocupándose, en colaboración sinérgica, de esta clase de temas, para armonizar hasta donde sea posible las formulaciones constitucionales con la sensibilidad del público y las necesidades del cuerpo social. Oliver Wendell Holmes encuentra una formulación feliz para lo anterior, cuando dice que la interpretación de las disposiciones de la Constitución no puede hacerse simplemente *"by taking the words and a dictionary, but by considering their origin*[26] *and the line of their growth"*, y, más tarde en la misma sentencia: *"The case before us must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago"*.

Efectivamente, interpretar la Constitución es una actividad contrapuntista en que la autonomía del juez-intérprete debe tomar en cuenta tanto la intención del Constituyente (concepto nada claro, inclusive en caso de detallados diarios de debate), como las sensibilidades modernas predominantes, y al mismo tiempo nunca debe olvidar que esta "autonomía" judicial nunca convierte al juez en constituyente.

3. *Una graduación de expresiones, según contenido y forma*

A. Diferenciación según el *contenido* de lo expresado

Así, en vez de pugnar *in genero* por una libertad de imprenta, conviene diferenciar nuestra actitud según la clase de ideas de que se trata.

[26] Sin embargo, este gran jurista no quiere dar demasiada importancia al origen de las disposiciones por interpretar, y hablando de la Constitución dice:*"we must realize that they* (es decir: los constituyentes) *have called into life a being, the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters..."*

a. *Lo verbal, intimamente ligado a acción ilegal*

En primer lugar, algunos autores y autoridades judiciales han querido limitar el término de "expresión" (*speech*, etcétera) a la estricta expresión *verbal* de manera que una *expresión directamente orientada hacia una acción* (*speech brigaded with action*) quedaría fuera de la protección constitucional de la expresión, si la acción misma va en contra del derecho. Este intento de interpretación y diferenciación puede apuntar hacia algunos triunfos, tanto en los EE.UU. como en México, según veremos.

b. Contenido religioso

Otra corriente quiere dar, dentro de las opiniones manifestadas mediante la imprenta, un lugar específicamente intocable a las ideas religiosas,[27] o sea acerca de materias más allá de nuestra existencia tangible, en cuyo campo la intuición de uno es tan respetable (o absurda) como la de otro. Efectivamente, tratándose de un campo tan nebuloso parece más gentil dejar a cada uno libre para creer lo que más se adapte a su idiosincracia, siempre bajo la condición de no pisotear la correspondiente libertad ajena.

El problema que a este respecto se presenta, es el de los grupos convencidos, fanáticos, que a menudo están dispuestos a grandes sacrificios para defender su libertad de expresión; pero que, una vez en cierta posición de poder (*de jure* o *de facto*) estan renuentes a conceder tal libertad a grupos competidores; a menudo quieren penetrar con su ideología en toda la vida social, inclusive la política y científica, e inclusive en posición de minorías, ejercen dentro de sus grupos una presión financiera y política que ofende nuestra moderna sensibilidad democrática, sin que sea posible determinar objetivamente el grado de buena o mala fe de los líderes. Los escándalos alrededor del fundamentalismo televisado en los EE.UU. de este año (1987) ilustran lo anterior.

Para nosotros es difícil ver el mundo un momento a través de la fantasía de personas, pertenecientes a tales grupos fanáticos. Personas semejantes tienen una absoluta seguridad, respecto de una realidad

[27] En las constituciones que reservan un lugar de exclusividad a determinado dogma religioso, encontramos precisamente la tendencia contraria: la de excluir los escritos sobre temas religiosos de la libertad fundamental de manifestar ideas mediante la prensa.

infinitamente más importante que la vida cotidiana que nos circunda. Están convencidas de la pérdida irremediable del alma de las personas a las que no logren convertir a su visión, o de personas que sean seducidas a abandonarla, y su filantropía, al respecto lógicamente las lleva, a actos que parezcan sorprendentemente crueles a personas no pertenecientes a su grupo.

Como apunta Karl Jaspers, un Galileo retracta bajo la amenaza de sanciones eclesiásticas, ya que opiniones científicas no ameritan riesgos personales tan grandes como los que enfrentó dicho cosmólogo (además, hecho objetivos, científicos, de todos modos algún día volverán a afirmarse: no hay tanta prisa); pero un Giordano Bruno aceptó el sacrificio: su visión se refería a algo que para él era una realidad sobrenatural, de importancia emocional muy superior a la de un simple hecho científico.[28]

Por lo tanto, opiniones religiosas, de tan alta sensitividad, merecen protección especial, mientras que, al mismo tiempo, debe procurarse que tales opiniones, una vez toleradas y a menudo provistas de cierta fuerza social en algunas regiones, no lleguen a ser opresivas para personas de otras ideas, o inclusive perjudiciales para personas sencillas, indefensas, del propio credo.

c. *Contenido ideológico-político*

En otra categoría importante se encuentran las opiniones derivadas de determinadas *ideologías políticas*, referentes a la sociedad futura que cada uno, consciente o subconscientemente, vislumbra.

Todo Estado existente siempre presupone la adherencia total o casi total a ciertos dogmas políticos básicos —inclusive a ciertas mitologías—, que dan coherencia a la vida estatal, y, aunque en las sociedades liberal-democráticas del occidente estemos de acuerdo para la libertad de expresión referente a *variantes* compatibles con tal fondo de ideas comunes, a veces resulta difícil determinar hasta qué grado la sociedad liberal-democrática debe permitir la propaganda a favor de sistemas que nieguen la base esencial de tal sociedad.[29] Por su impacto

[28] Esta irritabilidad tan especial de la materia religiosa, desgraciadamente a menudo se trasladó hacia la materia científica, cada vez cuando la iglesia se extralimitaba y se metía en campos ajenos (como sucedió cuando insistió en su imagen del cosmos, incompatible con las ideas de Copérnico y de Galileo, y como sigue sucediendo cuando el Vaticano lanza prohibiciones en materia de experimentación biológica).

[29] Jefferson mismo manifestó ideas sorprendentemente tolerantes respecto de opi-

masivo, la imprenta es particularmente peligrosa, al respecto (y, más todavía que la imprenta, el radio y particularmente la televisión, temas que quedan fuera de este estudio, que hemos limitado a los problemas de la manifestación de ideas por medio de la imprenta).

¿Debemos tolerar por parte de la imprenta una elocuente defensa de opiniones que pugnen con ciertos intereses de la comunidad de rango eventualmente superior al importante rango que le corresponde a la libertad de prensa? No olvidemos que ésta nace de una estructura jurídico-sociológica que corresponde a ciertos requisitos político-sociológicos, de manera que la labor de minar precisamente estos requisitos, amenaza la misma libertad bajo cuyo amparo se realiza esta labor destructiva.

d. *Importantes intereses de terceros*

Además, hay opiniones incompatibles con intereses de terceros que, a su vez, quizás merecen una protección superior a la otorgada a la libertad de expresión. Así, cuando uno ve atacada su reputación, es fácil decirle: "defiéndete, y de la lucha de las opiniones ya saldrá la verdad"; pero, inclusive en caso de éxito en tal defensa, alguna mancha quedará, de manera que en ciertos casos parece justo sancionar ataque a una reputación, efectuado por medio de la imprenta.

e. *Propaganda comercial*

También encontramos en forma impresa frecuentemente la expresión de ideas sobre la *calidad de ciertos productos ofrecidos por ciertas empresas*, ideas inspiradas en egoísmos comerciales, y generalmente no justificadas en forma objetiva. ¿Aplicaremos a la propaganda comercial el mismo criterio de libertad de expresión que recomendamos en materia religiosa y política (en la que también puede haber un fondo de "egoísmo", pero habitualmente de nivel más idealista)?

Relacionada con este tema encontramos la idea, *dentro* de ciertos gremios (por ejemplo, el de los juristas), de que su *status* es a tal punto aristócrata, que no debe comercializarse su ambiente mediante anuncios.

niones minoritarias incompatibles con las bases de la República que él había ayudado a estructurar. Consideraba tales opiniones como *"monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated"* (Müller, *op. cit.*, p. 377). El peligro implícito en esta generosidad es evidente, y se ha hablado, al respecto, del autocanibalismo de las democracias.

f. *Contenido eróticamente excitante* [30]

En otra categoría de manifestación de ideas, vemos que éstas pueden estar al servicio de la comercialización de *tendencias eróticas* —a menudo morbosas—. Éstas llevan una existencia a veces medio clandestina en la mente de muchos, y tales vetas escondidas pueden convertirse en vetas de oro para los empresarios de ciertas publicaciones.

Por otra parte, la vida sexual es un campo importante de la existencia humana, que no debe verse excluida del tratamiento por la literatura y que debe estar abierta, sin tabúes, a la discusión científica y popular. Además, varias publicaciones que para muchos son "pornográficas" han ayudado a otros a mejorar la variedad y el gusto de la vida sexual dentro de sus matrimonios. Por lo tanto, en esta materia es muy difícil, para jueces y legisladores modernos, encontrar el punto donde la comunidad debe comenzar a imponer ciertas restricciones. Así, se ha buscado una justificación de las descripciones eróticas de alto valor literario [31] o de gran penetración sociológica o sicológica —pero las líneas divisorias son difíciles de trazar.

g. *Protección de la eficacia de ciertos servicios públicos*

También puede uno pensar en la necesidad de limitaciones a la libertad de expresión mediante la imprenta, cuando esta libertad perjudicaría en forma esencial a las necesidades de una rama de la vida pública, cuyo funcionamiento es considerado como esencial. Así, dentro del ejército quizás podría limitarse la divulgación mediante la imprenta de ciertas ideas pacifistas, revolucionarias o anarquistas, dentro de las cárceles quizás será necesario restringir la circulación de materiales incompatibles con la regeneración de los presos, y en las ramas donde queda vedada la sindicalización, una distribución de materiales

[30] Una interesante descripción de los vaivenes de aquella curiosa pareja de gemelos que son "pornografía" y "censura moral", desde el siglo XVIII (concretamente desde el establecimiento de un salón cerrado en el Museo de Nápoles con objetos "obscenos" de Pompeya, que sólo podía ser visitado por personas de tan elevada erudición que era seguro que no podrían divertirse con aquellas piezas), es la obra reciente de Walter Kendrick, *The Secret Museum; Pornography in Modern Culture.*

[31] Sin embargo, en el juicio sobre *The Vell of Loneliness* (Radclyffe Hall), el juez inglés Sir Charles Biron opinó, al contrario, que *"the better an obscene book is written, the greater is the public to whom it is likely to appeal. The more palatable the poison, the more insidious it is".*

impresos con propaganda a favor de tal sindicalización probablemente podría prohibirse.

B. Diferenciación según la forma [32] de expresión [33]

a. Police power *vs. libertad de prensa*

Este aspecto de nuestro tema podría ejemplificarse mediante reglamentos locales que limiten la distribución de volantes (de carácter político, comercial, etcétera) distribuidos de tal manera que produzcan *basura en la vía pública,* en cuyo caso probablemente el interés en la libertad de expresión es superior al interés en la temporal pérdida del aspecto ordenado de nuestra ciudad (además, un optimista podría decir que, en una sociedad en cierto nivel educativo, un uso de materiales impresos que diera un mal aspecto a las calles, resultaría contraproducente por provocar una cierta aversión cívica contra el que promoviera tal propaganda).

b. *Expresión por medio del periodismo*

Es muy importante el problema que en relación con nuestro tema presenta la prensa diaria. Las *dificultades* especiales, pero también el *impacto* especial, de esta forma tan importante de manifestación de ideas, nos colocan ante un dilema especial:

1) por una parte, los periódicos y otros medios de comunicación

[32] Tratando de encerrar una materia viva, político-social, en un esquema lógico y didáctico, a menudo nos encontramos con algunos aspectos de ella, un poco díscolas y rebeldes, que no se dejan encerrar de buenas ganas en las bellas categorías que habíamos ideado. Así, en los gratos niveles olímpicos, la diferencia esquemática entre "forma" y "contenido" (o sustancia), puede parecer seductoramente lúcida; pero cuando nos rebajamos a al vil realidad empírica, esta lucidez a menudo se escapa (como, en relación con esta dicotomía de "forma *vs.* sustancia", cualquier cultivador de la teoría del "conflicto de sistemas jurídicos" sabe por propia experiencia). El poder judicial, en última instancia, tendrá que decidir que alguna restricción, aparentemente basada en cuestiones de forma, en realidad nació del deseo de boicotear cierto contenido.

[33] A veces se ha intentado extender el término de "manifestación de ideas" hacia *toda forma de expresión,* rompiéndose el molde de la expresión simplemente *verbal* o *mediante imágenes impresas.* Así, se ha intentado de colocar el hecho de desfilar, la forma de vestirse (inclusive el desvestirse, la desnudez) o el peinado dentro del campo de las "expresiones", protegidas por la libertad de expresión. Por limitar este estudio al tratamiento de la libertad de la prensa, este intento de soltar la liga necesaria entre expresión y verbo o imagen impresa, por importante que sea, queda fuera de nuestra consideración.

masivos [34] trabajan bajo la presión de una necesaria rapidez, lo cual parece impulsar hacia un tratamiento tolerante de ciertas imprudencias; pero, por otra parte.

2) sus fallas de objetividad o errores de hecho pueden producir un impacto desproporcional, lo cual precisamente, parece justificar la tendencia a exigirles una disciplina específicamente severa.

Este dilema es agravado por el hecho de que, a la luz del deber de informar al público de todo lo que pueda ser interesante para la evolución de la vida comunitaria (importante contribución del periodismo a la democracia), a menudo es necesario publicar algunos datos altamente desagradables para determinados protagonistas de ciertas corrientes dentro de la vida cívica.

c. *Lo innecesariamente ofensivo*

Para ser eficaz, la argumentación política o de otra índole a menudo se sirve de insinuaciones, expresiones sarcásticas y palabras "fuertes"; y si reconocemos que la discusión tiene su utilidad social, también debemos permitir que la discusión utilice los medios adecuados para alcanzar su máxima eficacia: "el que autorize el fin, autoriza los medios." Sin embargo, lo anterior encuentra su límite en expresiones ya *innecesariamente* hirientes. Este límite concreto, obviamente, debe ser fijado, en cada caso concreto, por el Poder Judicial.

II

La libertad de prensa en el constitucionalismo norteamericano

Contra el fondo de estas ideas generales, veremos ahora el tratamiento especial que la libertad de prensa ha recibido en los EE. UU.

1. *La primera Enmienda* [35]

En las constituciones de los nuevos estados, cuando estuvieron to-

[34] En materia de radio y televisión, la necesidad de evitar un uso caótico del panorama de las ondas ha justificado una intervención estatal, que a veces se ha extendido hacia un control sobre la substancia de lo ofrecido (en los EE.UU. desde el *Radio Act* de 1927 este problema y la actuación correspondiente de la Federal Communications Commission han sido muy discutidos —recientemente desde un ángulo muy liberal por mi colega austiniano Lucas A. Powe, *American Broadcasting and the First Amendment*, Berkeley, 1986). Una decisión reciente de una Corte Federal de Apelación parece inclinarse del lado de Powe, aunque la *equal time rule* sigue limitando la libertad de radio y televisión (*Time*, 17-VIII-'87, p. 37).

[35] Libertades que se relacionan íntimamente con la expresión, son la de asamblea,

davía desunidos, solemos encontrar la libertad de imprenta, aunque a menudo limitada a temas políticos, de acuerdo con la clara intención de los constituyentes.[36]

La Constitución federal de 1787 tiene escasos y dispersos "derechos individuales", ya que los fundadores de la Unión, con el fin de no dejar pasar el momento políticamente favorable para juntar las colonias independientes en una estructura federal, prefirieron no perder tiempo con discusiones sobre derechos fundamentales individuales —discusiones inevitablemente tardadas—, y dejaron este tema para más tarde. Así, sólo en 1791 entró en la Constitución federal, en forma de las primeras diez enmiendas, un paquete de estos derechos "humanos".

En la primera de estas enmiendas encontramos (al lado de la libertad religiosa) el principio de que el Congreso federal no pueda hacer una ley que estableciera una limitación a la libertad de palabra o de prensa.[37]

2. *¿Una libertad privilegiada?*

Desde su promulgación, esta primera Enmienda gozaba de una aureola ideológica especial en el medio norteamericano, una aureola a la que ha contribuido la noble historia general de la libertad de expresión, además de la circunstancia de que un solo artículo garantice la libertad de *expresión* junto con la libertad *religiosa* (que, desde luego, tiene un especial valor emocional que, por contagio, dignifica aquella otra liber-

o el contenido de la cuarta y de la quinta enmiendas. Y como el derecho de manifestar lo que uno piensa, implica la libertad de *no* manifestarlo, este derecho también se relaciona con la protección contra declaraciones en contra del propio interés. Se considera que el secreto de la correspondencia personal es otro de los derivados de la libertad de expresión (CJS, l.c., nota 56).

Además, la absorción de esta primera enmienda en la catorceava, como veremos, extiende la protección otorgada por aquella enmienda a actos efectuados por legislaturas de entidades federativas.

Sólo en caso de intereses sociales evidentemente superiores, un periodista puede verse obligado a revelar sus fuentes de información, o un partido político puede ser constreñido a mostrar sus fuentes de financiamiento.

[36] El sonado caso Zenger, y un resurgimiento de persecución política en Inglaterra contribuyeron a la popularidad de tales disposiciones constitucionales locales: Roscoe Pound, *The Development of Const. Guarantees of Liberty;* 4a. ed., Yale Univ. Press, 1963, p. 85.

[37] En el pensamiento de los creadores de esta enmienda encontramos más bien una aversión de la censura previa, que un entusiasmo general por la idea jeffersoniana de una libre crítica del gobierno; el sancionamiento posterior de la expresión de ciertas ideas no quedaba necesariamente excluido. (Véase Holmes en *Patterson v. Colorado,* 205 US 454 (1907).

tad con la que comparte esta Enmienda).[38] En vista de esta aureola, hallamos en la actualidad el principio, judicialmente confirmado, de que la libertad de expresión no debe ser simplemente *tolerada* por las autoridades, sino que, por tratarse de un derecho individual que goza de una *preferred position*, ella debe ser *actively encouraged*.[39] En vista de esto, una limitación indirecta (como el cobro de derechos por el ejercicio de la libertad de expresión) no será tolerada fácilmente por el Poder Judicial (aunque *sí se* permite que la libertad de expresión quede sujeta a permisos y licencias, siempre que el otorgamiento de éstos no dependa de una decisión discrecional de algún funcionario,[40] o de un criterio ideológico).

3. *¿A quién se dirige la mencionada prohibición?*

Ésta limita formalmente las facultades del Congreso federal; pero la Enmienda XIV, de 1866/68 (*due process of law*), ha sido interpretada en el sentido de que los congresos locales deban someterse a las mismas restricciones que hayan sido establecidas para el Congreso federal.[41]

La mencionada prohibición de restringir la libertad de expresión parece no dirigirse al Poder Ejecutivo. Sin embargo, como la actividad de éste debe quedar dentro de un marco general fijado por el legislador, este Poder no puede dedicarse a actividades de censura sin una ley que autorizara éstas, y tal ley sería anticonstitucional.

La prohibición de la que estamos hablando no se dirige a particulares,[42] de manera que, si por contrato alguna persona acepta control previo, ajeno, sobre la manifestación de sus ideas, no se podría alegar que tal contrato fuera inválido.

[38] Parece que EE.UU. sigue siendo un país sorprendentemente religioso, aunque la adhesión formal a cierta forma organizada de religiosidad ya es menos frecuente que antes; sin embargo, los datos respectivos presentan dudas y contradicciones. Es de esperarse que la gran obra panorámica, *Modern American Religion*, planeada por el profesor Martin E. Marty, nos ilumine al respecto (ya salió el primero de los cuatro volúmenes anunciados: *The Irony of it all*, 1893-1919, Univ. of Chicago, 1987).

[39] *Corpus Iuris Secundum* (= CJS), párrafo 455, nota 29.

[40] CJS, párrafo 458.

[41] CJS 16-A, párrafo 455, nota 4. Este importante cambio se llevó a cabo gradualmente: *Meyer v. Nebraska*, de 1923, ya preparó el ambiente, y en *Gitlow v. Nueva York* (1925), el gran paso definitivo fue dado, luego confirmado por *Fiske v. Kansas* (1927) y otros casos, de manera que ahora la libertad de prensa queda también protegida contra invasión de parte de las entidades federativas.

[42] CJS, l.c., notas 66-68.

4. *Reconocimiento claro de que la libertad de expresión no puede ser absoluta*

En varias ocasiones el Poder Judicial norteamericano ha afirmado que ninguno de los derechos individuales, garantizados por la Constitución, podría ser irrestricto, absoluto —ni siquiera esta libertad privilegiada—. Así, a la luz del sentido común y del interés social, ciertas restricciones a la libertad de expresión deben ser toleradas.

La formulación de una libertad individual en la Constitución significa en la práctica que ésta merece una alta jerarquía en la inevitable tarea de equilibrar[43] los múltiples intereses y valores sociales,[44] en tal balanceo resulta que la libertad de la prensa goza de un prestigio muy fuerte, pero no absoluto. Sin embargo, corresponde a la autoridad que la restringiera, la carga de la prueba de que exista un interés social muy fuerte, que hiciera ineludible una limitación a la libertad de expresión, y, además, que no exista al respecto otro remedio, menos drástico.[45] Y la limitación en cuestión no debe ir más allá de lo que sería estrictamente necesario. Uno podría decir que la libertad de expresión sea una *causa favorabilis,* y que la simple demostración de que la autoridad tenga un legítimo interés en limitarla sea insuficiente.[46] En otras palabras: la restricción debe basarse en *the most compelling of reasons.*[47]

5. *Las señaladas categorías de limitaciones a la libertad de expresión*

A. Tardía intervención del Poder Judicial en esta materia

Es curioso que en los EE. UU., el Poder Judicial no se haya enfrentado a esta tarea de diferenciación, sino a partir del final de la Primera Guerra Mundial, o sea casi 130 años después de la introducción de

[43] *To balance* es el verbo frecuentemente utilizado en las sentencias respectivas.

[44] Además, la dudosa calidad del contenido de lo impreso en los EE.UU., durante el siglo pasado, no indujo precisamente a exaltar una libertad irrestrictiva de la prensa. Véase Muller, Herbert J., *Fredom in the Modern World,* Nueva York, 1966, p. 319.

[45] *Alternative judicial approaches,* que no afectaran la libertad de expresión, siempre son consideradas preferibles: *Alaska Mickens v. City of Kodiak,* 640 P.2nd. 818.

[46] Uno podría hablar de una presunción *iuris tantum* de la inconstitucionalidad de restricciones a la libertad de expresión.

[47] *US v. O'Brian,* Mass., 88 S.Ct. 1673, 391 US 367 20 L.Ed. 2nd. 672 y otros casos mencionados en las notas 97-99 del CJS, 16-A, párrafo 503.

la primera Enmienda en su Constitución. Pero desde el inicio de la jurisprudencia respectiva, y sobre todo desde la absorción de la libertad de prensa en la Enmienda XIV (véase arriba) la corriente de las decisiones importantes se ha incrementado enormemente, y en la actualidad ya puede considerarse tarea especializada para toda una vida, la de analizar y sintetizar la siempre cambiante actitud judicial, en sus diversos niveles, frente a la libertad de la prensa.

Encontramos en la jurisprudencia respectiva interesantes conflictos entre varios valores sociales apreciables, de manera que los problemas presentados no pueden ser resueltos de manera mecánica. Además, vemos a menudo que en relación con los temas en cuestión, la sensitividad judicial ha cambiado en el transcurso de las décadas.[48]

B. Tratamiento de las categorías arriba establecidas

Primera sección: *Cuestiones de contenido*

1) *Lo verbal, íntimamente ligado a acción ilegal*

Esta restricción queda tipificada en la mente popular, sobre todo mediante ejemplos que apuntan hacia la libertad de la palabra pronunciada o gritada (el ejemplo de John Stuart Mill que citaremos inmediatamente, o el ejemplo de Holmes del que grita "¡Incendio!", en un teatro), pero, evidentemente, las mismas consideraciones valen para la palabra *impresa* (distribución de volantes dentro de una masa excitada, etcétera).

Cuando las expresiones impresas constituyen un *clear and present danger* para otros valores sociales (como la paz pública), pueden justificar una excepción a la libertad de expresión. Así, como señala J. S. Mill, una opinión sobre el impacto nocivo de ciertos comerciantes en la vida social normalmente merece protección; pero si esta opinión es lanzada, en ropaje retórico y violento, ante una masa excitada, delante de un establecimiento de tal comerciante, quizás no debe gozar de la misma protección.

2) *Contenido religioso*

Esta categoría de manifestación de ideas sigue gozando de una au-

[48] Entre muchas bibliografías sobre este tema, resulta recomendable, por ejemplo, la que se encuentra en Gunther, G., *Constitucional Law,* 11a. ed., 1986, p. 973, nota núm. 2.

reola de protección que probablemente merecería un nuevo examen objetivo. Los escándalos recientes, provocados por aquellos fundamentalistas que mediante sus programas de televisión y su burda propaganda impresa arrancan dinero, frecuentemente a personas de la pequeña clase media, hace preguntar si no debe ponerse ya bajo control la manifestación de ideas "religiosas", que tienden a procurar una vida de superlujo a personas "iluminadas" que tienen el privilegio de recibir constantemente mensajes personales del Señor.

La creciente protección del consumidor contra el fraude comercial, ya debe completarse mediante una protección semejante de los sencillos creyentes contra el fraude religioso; pero las autoridades norteamericanas todavía no pueden ofender a ciertos sectores de la comunidad mediante tal iniciativa, que desencadenaría un huracán de oratoria indigna, y que encontraría probablemente un obstáculo en la separación entre Iglesia y Estado, nacida de la primera Enmienda.

3) *Contenido ideológico-político*

Algunos quieren establecer dentro de la expresión de ideas una categoría privilegiada: la "expresión política" (incluyendo, desde luego, la crítica política),[49] el *public speech*, ya que el control por parte de la opinión pública sobre la gestión del Estado en gran parte depende de la libertad que exista para esta forma de expresión.

El nuevo candidato reaganiano para la Suprema Corte (para muchos, el "nuevo peligro para la Suprema Corte"), Robert Bork, había mostrado la inclinación de dar una importancia preponderante a la intención histórica de los constituyentes, como es bastante probable que éstos habían pensado básicamente en cuestiones *políticas* cuando pusieron la manifestación de ideas bajo protección constitucional, Bork había publicado originalmente la opinión de que esta actitud continuara siendo relevante para la interpretación de la libertad de imprenta[50] (durante los interrogatorios en el Senado, sin embargo, Bork suavizó esta posición doctrinaria).[51]

Por otra parte, limitaciones han sido autorizadas a la manifestación de ideas ideológicas cuando el país se ve involucrado en una guerra:

[49] Véase la nota 4 de la Opinión del Justice Stone, en *US v. Carolene Products Ca*, 1938.

[50] Dworkin, Ronald, *The Bork Nomination, New York Review of Books*, 13 VIII 1987, p. 8.

[51] *Time*, 28-IX-1987, p. 16/7.

en tal caso la libertad de expresión no debe servir para menguar el intento nacional general de alcanzar la victoria.[52]

4) *Importantes derechos de terceros*

a) *Derecho autoral*

La limitación de expresiones impresas, impuesta a todos los no titulares de tal derecho, es —evidentemente— la base misma de esta rama del derecho; el aspecto, cada vez más importante, del "derecho moral" del autor crea una zona gris de transición hacia el próximo tema.

b) *Protección de reputación y privacía.* El derecho a no ver manchada arbitrariamente la buena reputación de uno, o de ver invadida su privacía, es considerado como un derecho de tal importancia, que la libertad de expresión a menudo tenga que ceder ante él.

Por lo tanto, en casos de difamación *slander, libel,* la libertad de expresión sólo raras veces constituye una defensa eficaz (aunque el funcionario público y, en general, *public figures,* no gocen de la protección común y corriente contra el efecto hiriente de la crítica por parte de otros ciudadanos),[53] e inclusive los autores de ficción arriesgan reclamaciones derivadas del respeto que deben a la privacía de otros. El éxito que recientemente tuvo la doctora Jane V. Anderson en su reclamación contra Sylvia Plath,[54] por considerarse parcialmente retratada en una figura ficcional de una novela de esta autora, puede servir de advertencia a muchos novelistas,[55] y el reciente conflicto entre J. D. Salinger y el autor de su biografía, Ian Hamilton, acerca del uso de sus cartas, recuerda que, aunque cierta correspondencia pertenezca materialmente al patrimonio de bibliotecas públicas, el *derecho autoral* sobre ellos subsiste a favor del autor de ella.

[52] El caso más significativo al respecto ha sido el de *Schenk v. US,* 249 US 47 (1919), del que nació también aquel criterio, en la práctica a menudo un poco vago, del *"clear and present danger"*, lo cual nos lleva a consideraciones de *"proximity and degree"*. Luego, los casos de Frohwerk y de Debs, también de la primavera de 1919, completan y reafirman la doctrina que nació de Schenk.

[53] El concepto de *public figure,* desde luego, es maleable. En 1979, la Suprema Corte se negó a considerar que el simple hecho de ser un criminal condenado no convierte a uno en *public figure,* y no priva a uno de la protección contra actos de difamación.

[54] Cuando Louise Colet creyó encontrar su retrato en Madame Bovary, se vengó escribiendo contra Flaubert la meritoria novela *Lui.* Pero cuando la doctora Anderson reconoció rasgos de sí misma en una novela de Sylvia Plath, demandó una indemnización de seis millones de dólares. Los tiempos cambian...

[55] Véase *Time,* 9-II-1987, p. 24.

5) *Propaganda comercial*

La alabanza comercial de propios productos, sin base en criterios objetivos, puede ser prohibida,[56] y, simétricamente, la crítica de la actividad comercial o profesional de otros no queda siempre protegida por la libertad de expresión.[57]

En ciertas actividades, por mucho tiempo la justicia ha apoyado la opinión gremial de que la dignidad profesional no admitiera el recurso a la publicidad comercial. Por ejemplo, es sólo en 1977 que la Suprema Corte extendió la protección de la primera Enmienda a la publicidad efectuada por bufetes jurídicos, y, aunque algunas asociaciones de la barra sigan manifestándose muy críticas de esta nueva tendencia, ya pronto juristas chapados a la antigüita pudieron ver, para su indignación, las dudosas hazañas publicitarias de un abogado como Ken Hur, el destacado payaso de los *adtorneys*[58] (personalmente confieso que los anuncios omnipresentes que recomienden al público hacer dos cosas, comprobadamente nocivas para el individuo y para la comunidad, como son el consumir bebidas alcohólicas y el fumar, me irritan mucho más que anuncios de abogados, que invitan al público a recurrir a sus servicios, a menudo con indicación útil de sus ramas de especialización y de sus números de emergencia).

6) *La imprenta y el erotismo*

El público —y sobre todo el sector más juvenil dentro de él— merece cierta protección contra publicaciones "obscenas".[59]

Después de interesantes vaivenes,[60] la justicia norteamericana ha logrado encontrar al respecto un compromiso aceptable,[61] según parece;

[56] Mencionemos al respecto que anuncios, insertados por bufetes jurídicos, actualmente quedan amparados por la libertad de expresión.

[57] Pensemos en malhumorados anuncios, pintados sobre un coche, que aleguen que determinado vendedor del vehículo haya vendido "un limón".

[58] Gracioso neologismo compuesto de *ad (vertisement* = anuncio) y *(at)-torney* (abogado); *Time*, 10-VI-1985.

[59] Con base en este principio, por ejemplo, los servicios de mensajes telefónicos eróticos a los que menores de edad tuviesen acceso, ha sido objeto de discusión en Texas, en marzo de 1987, a la luz de la libertad de expresión: *Austin American Statesman*, 12-III-1987, B-2.

[60] Una fase extremista, al respecto, fue la de Anthony Comstock, funcionario de los Correos Norteamericanos, que durante 42 años estuvo destrozando todo lo que circulaba por correos y que tuviera algo que ver con el sexo, y que se picaba de haber llevado a 15 pornógrafos al suicidio. *Comstockery* sigue siendo un conocido término para tales actitudes puritanas.

[61] Reducir la comercialización de lo erótico a ciertas zonas de las ciudades, ha

de manera que en la actualidad ya raras veces se presentan sonados litigios sobre este tema, y Francis Graham Lee[62] observa graciosamente que en estos últimos tiempos los jueces norteamericanos ya tienen que pagar su boleto de entrada, como cualquier otro ciudadano, si quieren ver una película pornográfica: este gusto ya no les llega como parte de su trabajo rutinario.[63]

A esta necesidad de proteger un sector inexperimentado, "blando", del público contra ideas inconvenientes, se parece también la tendencia de impedir la circulación de libros sobre temas profesionales (por ejemplo, médicos o legales), que sugieran al laico que pudiera emprender ciertas curaciones sin necesidad de recurrir a un profesional, y que contengan ideas despistantes, anticientíficas. Sin embargo, tal prohibición nunca puede apoyarse en censura previa.

Cerca de la publicación pornográfica, llega la descripción sensacionalista de sonados crímenes y en balde se ha tratado de combatir la constitucionalidad de las "Leyes del Hijo de Sam" *Son of Sam Statutes*,[64] que desde 1977 —Nueva York— se han proliferado), alegando que, por quitar al autor de crímenes graves un aliciente para escribir sus memorias, estas nuevas normas van en contra de la libertad de publicar.

7) *Protección de la eficacia de ciertos servicios públicos*

En primer lugar, se considera que la justicia no podría funcionar objetivamente, si la prensa analiza desde *sus* criterios los casos que jueces o jurados tendrán que estudiar; por lo tanto, dentro de esta categoría de limitaciones a la libertad de expresión encontramos el *Contempt of court*, delito que puede cometerse a través de la prensa (sin embargo, la libertad de ésta de comentar en tono crítico ciertos casos que estén *sub judice* es ahora en los EE. UU., mucho más amplia de la que observamos en Inglaterra.

También el régimen penitenciario puede hacer necesaria cierta limitación a la libertad de expresión en relación con presos (pensemos en

sido declarado constitucional por la Suprema Corte, pero el intento de combatir pornografía como aspecto de la discriminación contra mujeres fue derrotado (*Time*, 10-III-1986, p. 43).

[62] *Vall of Controversy: Church-State Conflict in America*, Malabar, 1986, p. 3.

[63] A este respecto, la posible entrada de Robert Bork en la Suprema Corte sí podría motivar cambios (*Time*, 13-VII-1987).

[64] Estas leyes dan preferencia a las víctimas de los delitos en cuestión acreedores de una indemnización, sobre los fondos ganados por los autores de estos delitos, mediante la publicación de sus memorias respectivas.

el control sobre la correspondencia o sobre la conversación con visitantes) [65] y esta situación especial podría extenderse también hacia ciertas ideas expresadas mediante la *imprenta,* de manera que la prohibición de la introducción de ciertos libros en las cárceles no podría siempre combatirse mediante una referencia a la libertad que estamos estudiando.

El derecho de funcionarios públicos a emitir mediante la prensa opiniones críticas acerca de su propia rama de labores y la actividad de sus superiores, queda supeditado al interés superior en un limpio funcionamiento del servicio público y a la necesidad de cierta cohesión disciplinaria del aparato burocrático (pero el hecho de que tales funcionarios tengan ciertas convicciones políticas nunca debe ser motivo de discriminación contra ellos). *A fortiori,* se ha afirmado la constitucionalidad de ciertas limitaciones a la libertad de expresión por parte de militares.[66]

Un caso sonado ha sido el de Philip Agee, que como agente de la CIA, en México de pronto sintió remordimientos, y después de renunciar a su función escribió un detallado reporte, *Inside the Company a CIA Diary,* con todo lo que había averiguado en cuanto a nombres, detalles financieros, fechas, operaciones y criptónimos, en relación con su trabajo. En 1981, finalmente, la justicia sometió a Agee, en cuanto a futuras publicaciones, a cierto control por parte de la CIA,[67] y el 23 de junio de 1982 el Congreso aprobó la *Intelligence Identities Protection Act,* que limita la revelación (*disclosure*) de la identidad de ciertos agentes estatales.[68]

Una prohibición de sindicalizarse, dirigida a los policías, ha sido considerada como compatible con la libertad de expresión, y propaganda impresa en pro de tal sindicalización no quedaría amparada por la primera Enmienda. De la misma manera, una prohibición, dirigida a los patrones, de intervenir en la vida sindical, es quizás una limitación a la libertad de expresión; pero es considerada como válida, y la forma impresa no cambia nada al respecto. En el mismo orden de ideas, listas negras (con fines, por ejemplo de boicoteo) pueden ser

[65] CJS, l.c., párrafo 470, notas 45 y 46.

[66] CJS, l.c., párrafo 465 b.

[67] No quiero hacer propaganda por la CIA, pero es interesante pensar un momento en lo que agencias semejantes de ciertos otros países hubieran hecho contra un ex funcionario como Agee.

[68] Para una crítica de esta ley, véase Davidson, Virginia, *The First Amendment goes Undercover: a Constitutional Analysis of the Intelligence Identities Protection Act of 1982, 2 Boston University Internant. Law Journal # 3 (summer* 1984), 495-511.

vedadas judicial o legislativamente, y en tal caso la forma impresa no colocaría la lista bajo protección constitucional.[69]

Es particular el problema de las escuelas. Ellas imponen formas estandarizadas de pensar: es su función. Sin embargo, los clisés en cuestión, ¿pueden ser ideológicos sin que se viole el derecho del alumno a su propio modo de pensar, y de expresarse correspondientemente? ¿Y pueden ellos, o ciertos maestros, combatir la imposición de clisés, por medio de la divulgación de ideas contrarias? Es conocida la lucha de la justicia norteamericana por obtener en las escuelas públicas cierta neutralidad ideológica, no sólo en materia religiosa,[70] sino inclusive tratándose de intereses estatales como el patriotismo.[71] Sin embargo, la independencia por parte de las escuelas, y sus prejuicios cuando determinan cuáles libros sean admisibles en sus bibliotecas, no siempre podría combatirse con referencia a la libertad de la imprenta.

La libertad de expresión por parte de los alumnos es, hasta cierto grado, una ayuda para la educación. Pero también es importante la *disciplina* en una actividad tan esencial como es la educación (que es la industria de transformación más importante, en cualquier país), de manera que esta libertad por parte de alumnos sólo debe respetarse hasta donde sea compatible con el funcionamiento de una escuela. Parece que en la expresión de ciertos estilos de vida (como es la forma de vestirse o de llevar el pelo, el uso de aretes, bigotes, tatuajes, etcétera), el alumno tiene una libertad "fundamental" pero no "absoluta",[72] y en cuanto a la prohibición de ciertos artículos, ofrecidos por los alumnos al periódico escolar (a menudo dirigido por alumnos, bajo cierta vigilancia por parte de la administración escolar), puede decirse algo semejante. Además, esta restricción a la libertad de expresión mediante la imprenta no sólo se refiere a los *alumnos:* la libertad de expresión por parte de *educadores* y la libertad académica son altos

[69] Sin embargo, un boicot no violento, motivado políticamente por el deseo de ejercer presión sobre el gobierno, queda amparado por la primera enmienda.

[70] A este respecto, la declaración del juez Brevard Hand —del Federal Distrit Court, Alabama— en esta primavera (1987), de que el humanismo sea una forma de religión, de manera que unos 45 textos escolares de pronto se vieron en capilla, ha levantado mucho polvo. Niveles superiores de la justicia federal están ahora corrigiendo las victorias iniciales del fundamentalismo *(Time,* 7-IX-1987, p. 33).

[71] Se ha decidido que sólo una ley que prevea, para escuelas públicas, la declaración voluntaria de fidelidad a la bandera, es compatible con la primera Enmienda (esto dio lugar al famoso voto disidente de Frankfurter, a favor de un mayor *self-restraint* de la Suprema Corte, ejemplo de conmovedora oratoria judicial): *V. Virginia State Board of Ed. v. Barnette,* 319 US 624 (1943).

[72] CJS, l.c., párrafo 469, nota 37.

valores; pero un público tan impresionable como es un alumnado juvenil debe ser protegido contra opiniones excesivamente "flamboyantes" o irresponsables de educadores, que a veces tienen sobre ellos un efecto carismático, emocional, que pone sus opiniones al abrigo de un análisis objetivo, racional por parte de los educandos. El hecho de que tales ideas sean divulgadas mediante artículos en un periódico escolar, no las pone necesariamente bajo protección de la primera Enmienda.

En relación con libros escolares encontramos ahora la exigencia de ciertos grupos ideológicos de que se observe cierto equilibrio entre opiniones en pro o en contra de ideas en las que estos grupos estén interesados ("creacionismo" y "neodarwinismo", por ejemplo).[73]

Finalmente, quiero llamar la atención sobre el hecho de que también el secreto profesional impone en muchos casos limitaciones a la libertad de publicar.

Segunda Sección: *Cuestiones de forma*

1) *Police power*

En relación con, por ejemplo, la distribución de volantes que pudieran causar basura en la vida pública, estamos normalmente en presencia de una reglamentación que no anula la libertad de expresión mediante la imprenta sino que la balancee con otros intereses sociales. Sin embargo, en todo caso de *mixed motives* por parte de la autoridad restringiente (o sea: motivaciones no sólo pragmáticas, sino además ideológicas), las pragmáticas, consideradas en forma aislada, deben ser lo suficientemente convincentes como para justificar esta limitación a la libertad de expresión.

2) *Problemas del periodismo*

El dilema respecto de la prensa periodística, que arriba señalamos cuando hablamos *in abstracto* de este tema, ha llevado en los EE.UU. hacia un tratamiento jurídico especial en cuanto a *libel* y *slander* (difamación) mediante el periodismo.

[73] Saliendo un momento del estricto campo de la manifestación mediante la imprenta, quisiera hacer hincapié en el hecho de que los modernos medios de comunicación, como son el radio y la televisión, ya se acercan a una enorme escuela, formativa de clisés nacionales predominantes, y que se observa en la actualidad también en relación con ellos una tendencia, incompatible con una total libertad de expresión, de exigir *fairness* y de equilibrar las principales ideologías *(equal time laws)*.

Desde *New York Times v. Sullivan,* en 1964, ha venido formándose la jurisprudencia actualmente en vigor. Para hacer un periódico responsable del daño o perjuicio causado por sus informadores, deben reunirse tres elementos:

a) Los hechos constitutivos de la difamación;

b) La falsedad de la información en cuestión, y

c) *Actual malice,* que implica indiferencia irresponsable *(reckless disregard)* respecto de la circunstancia de que la noticia fuera falsa o no. Sin embargo, el panorama todavía no queda bien aclarado.[74]

Dos casos recientes, que recibieron publicidad mundial, llamaron la atención del público en general sobre la problemática respectiva. El general Williams C. Westmoreland, que había demandado a CBS ante un *Federal District Court* (Manhattan, 1984), decidió desistirse antes de que el caso llegase al jurado popular (cuando el caso ya había costado algo así como 13 millones de dólares). El general Ariel Sharon, en la misma época, había demandado a Time Inc.; él sí persistió hasta el final, pero Time salió absuelta, por faltar el tercer elemento constitutivo del *libel:* la malicia.[75]

La posible entrada de Roberto Bork en la Suprema Corte (estoy escribiendo en el otoño de 1987) parece no poner en peligro esta relativa protección que otorga la Suprema Corte actualmente a la prensa.[76]

Además, se presenta, en relación con el periodismo, el problema especial de saber si es realmente esencial para la libertad de la prensa que el periodista tenga derecho a guardar secreto el origen de sus datos —un problema resuelto en contra de los intereses del periodismo en *Branzburg v. Hayes,* de 1972.

En relación con este tema, cabe señalar que EE.UU. se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 1 prevé que los Estados partes en esta Convención no permitirán discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas u otras, y origen nacional o social, mientras que, además, el artículo 14 prevé, en beneficio de la persona afectada por alguna no-

[74] Recientemente, este tema fue tratado con tono muy liberal por la juez Lois G. Forer, *A Chilling Effect,* Nueva York, 1987.

[75] Véase Brewin, B., y S. Shaw, *Vietnam on Trial,* Nueva York, 1987; Adler, Renata, *Reckless Disregard,* Nueva York, 1986, y Dan, U., *Blood Libel,* Nueva York, 1987. Sin embargo, en ambos casos, el actor pudo alegar haber obtenido cierta satisfacción moral, una satisfacción que Westmoreland, encontró en la declaración de que CBS nunca tuvo la intención —y no creía— que el general se había comportado en forma antipatriótica o desleal, y Sharon en la declaración del jurado que el relato de *Time* había sido falso.

[76] *Time,* 13-VII-1987, p. 8.

ticia periodística inexacta o agraviante, el derecho de hacer publicar en el mismo órgano de difusión la rectificación correspondiente o una respuesta. En caso de una publicación inexacta o agraviante, tal rectificación desde luego no libera de eventuales otras consecuencias legales.[77] En realidad, el deber de publicar tales rectificaciones o respuestas no es una limitación a la libertad de prensa (aunque impulsa hacia un examen de conciencia más serio acerca de la cuestión de publicar o no publicar algunas noticias ofensivas). Por otra parte, el deber legal que pudiera imponerse a los periodistas de agremiarse y de someterse en cuanto a sus publicaciones a ciertas reglas y sanciones gremiales, sí puede considerarse como tal limitación.

3) *Lo innecesariamente ofensivo*

Ciertos autores norteamericanos han propuesto que para quedarse protegidas por la primera Enmienda, las opiniones deben tomar la forma de crítica ponderada, de modo que quedan fuera de dicha protección en caso de tener un carácter *inmoderado, indecente y ofensivo.*[78]

III. La libertad de prensa en la Constitución federal mexicana

1. *Historia de la libertad de prensa en México*

A. El liberalismo gaditano

Esta corriente, desde luego, se ocupó de nuestro tema, aboliendo por el Decreto IX de las Cortes Gaditanas, del 10 de noviembre de 1810,[79] la censura previa que había existido en materia política (véase la Ley de Imprenta de 1805), manteniendo la censura previa eclesiástica en materia religiosa (artículo 6), y haciendo a los autores responsables, *a posteriori,* por difamación, materia licenciosa y subversión (artículos 3 y 4). Es conocida la forma en la que Venegas logró pos-

[77] Sobre este último punto, véase la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29-VIII-1986, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, Fallos y Opiniones, # 7, San José, Costa Rica, 1986, sobre la que el doctor Fix llamó mi atención.

[78] Véase Gunther, l.c., p. 977. Esta limitación es rechazada por muchos, entre otros por el famoso Judge Learned Hand.

[79] Colección de los Decretos y Órdenes de las Cortes Generales y Extraordinarias, etcétera, Cádiz, 1811, 1. 14. Este Decreto fue enmendado el 10 de junio de 1813 y completado por Decreto 263, el Reglamento de las Juntas de Censura y una Ley sobre Derechos de Autor, todos de la misma fecha (revisar sus nombres).

poner la promulgación de esta ley. Cuando el artículo 371 de la Constitución de Cádiz (promulgada el 19 de marzo de 1812) confirmaba la abolición de la censura previa, y cuando el 30 de septiembre de 1812 esta Constitución fue promulgada en la Nueva España, cedió también (temporalmente) la resistencia de Venegas hacia la Ley de Libertad de Imprenta,[80] pero después de dos meses de tal libertad, Venegas aprovechó el estado de crisis general para regresar hacia la censura previa (5 de diciembre de 1812) hasta que se restableciera la normalidad.

A pesar de sus propuestas desde España contra la desobediencia de los virreyes novohispanos a sus medidas, los liberales gaditanos no consiguieron la reimplantación de la libertad de imprenta en la Nueva España y la restauración de la normalidad monárquica (Fernando VII), el 4 de mayo de 1814, que, a su vez, significaba la interrupción del liberalismo gaditano, frustó por lo pronto las esperanzas respectivas.

El regreso del liberalismo en 1820 dio lugar a una nueva Ley sobre la Libertad de Imprenta, promulgada por Fernando VII el 5 de noviembre de 1820, que de nuevo suprimía la censura previa (con algunas salvedades). Pero quedaban sancionables *a posteriori:* la propaganda por desobediencia al derecho, sátiras o injurias que pudieran provocar tal desobediencia en forma más indirecta, ofensas a la moral y decencia, y escritos lesivos de honor y reputación.

En la Nueva España, la Constitución de Cádiz fue repromulgada el 17 de junio de 1820; pero el traslado de la eficacia de la Ley del 5 de noviembre de 1820 hacia la Nueva España sufrió varios obstáculos.[81]

B. Paulatina cristalización de cuatro restricciones

Paralelamente con la Constitución de Cádiz, la de Apatzingán (22 de octubre de 1814) otorga en forma prudente la libertad de imprenta, que sólo podría vedarse a un ciudadano si atacara "el dogma" (sc. católico), turbara la tranquilidad pública, u ofendiera el honor de los ciudadanos,[82] —restricciones desde luego muy flexibles.

[80] Cuando el *Diario de México* tomó demasiado en serio esta nueva libertad, pronto se vio castigado por esta confiada actitud: Ruiz Castañeda, M. del C., *et alii,* "El Periodismo en México; 450 años de Historia", México, 1974, pp. 91 y 92.

[81] Véase sobre este tema Neal, Clarice, "Freedom of the Press in New Spain, 1810-1820, en *México and the Spanish Cortes, 1810-1822,* Austin, ed. Nettie Lee Benson, 1966, pp. 87-112.

[82] Artículo 40 (véase también artículo 119).

El Reglamento Adicional para la libertad de Imprenta, del 13 de diciembre de 1821 [83] confirma esta libertad en forma prudente y tibia, y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822, casi exactamente un año después, otorga la libertad de manifestación de las ideas salvo en cuestiones de religión y disciplina eclesiástica, o cuando se atacara la monarquía moderada, la persona del emperador, la independencia y la unión. [84] Luego, el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, del 16 de mayo de 1823, da más libertad de expresión ideológica: otorga la libertad de imprenta siempre que no se ofendan los derechos de otro.

El acta Constitutiva del 31 de enero de 1824 en su artículo 134 dispone que la legislación sobre la libertad de imprenta sea federal, y el artículo 31 prohibe la censura previa en materia *política* (no en materia religiosa).[85] La Constitución de 1824 en sus artículos 5.13 y 161.4 siguen el Acta Constitutiva al respecto y el artículo 171 protege para toda la eternidad estos principios contra modificaciones. Esta eternidad terminó en 1835.

La primera ley constitucional (1835) de las Siete Leyes Constitucionales (re)promulgadas en bloque en 1836, confirma que la libertad política de prensa quedará exenta de censura previa y delega la definición del "abuso" de esta libertad al legislador ordinario.

El primer proyecto constitucional de 1842 parece proponer dogmáticamente el derecho de todos para imprimir sus opiniones, sin censura previa; pero, cuando habla del mínimo de trabas necesarias "para asegurarse de la responsabilidad de los escritores", uno comprende que éstos, de todos modos, pueden ser sancionados por ciertas opiniones manifestadas. La famosa minoría dentro de la comisión respectiva es más clara al respecto, y considera que dicha libertad no debe llegar al grado de atacar los derechos de otros, o de provocar a un crimen. El segundo proyecto respectivo, de noviembre de 1842, propone que todos tuviesen derecho a publicar sus opiniones "de la manera que mejor les convenga", y las Bases resultantes, de 1843, finalmente establecen que: "Ninguno puede ser molestado por sus opiniones", además de lo cual se elimina toda censura (artículo 9), salvo en materia religiosa (artículo 10). Sin embargo, la generosa fórmula del artículo 9

[83] Producto de la Soberana Junta Provisional Gubernativa.

[84] "Unión" en sentido del Plan de Iguala; estas últimas dos limitaciones se relacionan con la posterior limitación # 3.

[85] De ahí que el "Programa de la Administración del Gobierno" de Gómez Farías (1833) presenta la idea de liberar la prensa "absolutamente" —idea que fracasó por lo pronto, como todo el programa de aquella "pre-reforma".

queda estropeada por el artículo 11 que prevé una ley para calificar los abusos de la libertad de imprenta: en tal caso, un autor sí puede ser "molestado por sus opiniones"; por otra parte, aquel mismo artículo establece que tal ley sólo podrá considerar como abusos lo que se escriba contra la religión, la moral y las buenas costumbres, la provocación a la sedición, la desobediencia a las autoridades, y la calumnia a funcionarios en cuanto a su gestión oficial.

En 1847 se regresó a la Constitución de 1824 (con algunas reformas, entre las que figura el sistema inicial del amparo); sin embargo, el texto constitucional no logró proteger la libertad de la imprenta contra el muy represivo Decreto sobre la Imprenta, del 25 de abril de 1853 (Ley Lares).

Después de la caída de López de Santa Ana, el Estatuto Orgánico Provisional del 15 de mayo de 1856, concede la libertad de imprenta con tres de las cuatro limitaciones que hallamos en los artículos 6 y 7 de la Constitución actual; provocación a algún crimen, ofensa a los derechos de un tercero, y perturbación del orden público.

En la Constitución del 5 de febrero de 1857, además de eliminarse el lugar especial que correspondía a las ideas religiosas, se inicia aquella bifurcación, que todavía encontramos en nuestro texto constitucional actual: primero el artículo 6 habla de la manifestación de las ideas *en general* y luego el artículo 7 se refiere en forma especial a la libertad de imprenta. Como la imprenta no es más que una forma especial de manifestar ideas, es lógico considerar el artículo 7 como un caso específico dentro del campo general del artículo 6, de manera que las cuatro limitaciones mencionadas en el artículo general, artículo 6, o sea *a)* el ataque a la moral, *b)* el ataque a los derechos de tercero, *c)* la provocación de un delito y *d)* la perturbación del orden público, también deben considerarse aplicables a la manifestación particular de las ideas, mediante la imprenta (artículo 7).

Sin embargo, el artículo 7 parece formular otras limitaciones: *a)* el respeto a la vida privada, *b)* el respeto a la moral y *c)* el respeto a la paz pública, dejando de mencionar la provocación a un delito. Por otra parte, uno puede suponer que tal provocación, siendo una inmoralidad, ya queda comprendida en la referencia a la "moral".

La situación se presta a dos objeciones: la confusión entre el nivel del derecho (delito) y el de la moral; y el hecho de que, obviamente, no es muy elegante usar dos elencos, formalmente distintos, para las limi-

taciones, primero a una libertad genérica, y luego a otra libertad que no es más que un caso especial dentro de aquel género.[86]

Estas limitaciones son formuladas mediante conceptos que, inevitablemente, son vagos;[87] su determinación concreta depende de la "conciencia pública", como afirma José M. del Castillo Velasco.[88] Muy bien; pero esta "conciencia", ¿no es, a su vez, un concepto todavía más vago?

Para solucionar este problema, la Constitución dispuso que los delitos de imprenta fuesen juzgados "por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena". Estos dos jurados, en la práctica, significaron: impunidad para pretendidos delitos de prensa.

Ambos retrocedieron de nuevo en 1883 a favor de los tribunales penales de la Federación, de los estados, territorios y Distrito Federal, ya que se consideró que la existencia de aquellos jurados había constituido un fuero privilegiado a favor de los escritores.[89]

Luego los jurados populares para delitos de prensa resurgieron en 1917, para desaparecer una vez más al comienzo del régimen actual.

Sobre la base constitucional de 1857 sobrevinieron las leyes orgánicas correspondientes, primero la del 2 (12?) de febrero de 1861, y luego la del 4 de febrero de 1868.[90] Ésta, en su segundo artículo, añade a la lista de las tres limitaciones previstas en artículo 7 de la Constitución, aquella cuarta (provocación a un crimen o delito), mencionada en el artículo precedente.

El segundo Imperio quita con una mano lo que otorga con la otra, cuando establece generosamente con: "A nadie puede molestarse por

[86] Además, el primer elenco es formulado en términos de "ataque", mientras que el segundo dice aproximadamente lo mismo, pero en términos opuestos, de "respeto". Sin embargo, en documentos formulados mediante discusiones en nutridas asambleas, cosas más extrañas suelen suceder.

[87] Para la elocuente protesta contra la vaguedad de la autorización, dada al legislador para ir en contra de la libertad de imprenta, véase Castaño, Luis, *La libertad de pensamiento y de imprenta*, UNAM, 1967, que resume claramente la discusión en la Constituyente de 1856/7 en las pp. 31-40.

[88] *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, 2a. ed., México, 1879, p. 37.

[89] Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, 1902, p. 63. Para una crítica del texto original, véase Rodríguez, Ramón, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, 1875, pp. 373-376.

[90] Curiosamente, la ley de 1868 fija para difamación por la imprenta una pena más ligera de la que fijan ciertos códigos penales, de aquel entonces para la difamación simplemente oral. Véase la crítica por Rodríguez, R., en la obra mencionada en la nota anterior, pp.371-373.

sus opiniones, ni impedírsele que las manifieste por la prensa"; pero luego continúa con la anticlimática fórmula de "sujetándose a las leyes que reglamentan el ejercicio de este derecho", sin imponer un marco limitativo dentro del cual el legislador podría formular tal "reglamentación".

Finalmente, Venustiano Carranza, en su Proyecto, continúa con el dualismo entre el artículo 6 (general) y el artículo 7 (especial para la imprenta), y mantiene las cuatro limitaciones del artículo 6 al lado de las tres limitaciones del artículo 7; sin embargo, el respeto a la vida privada del artículo 7 puede considerarse como un caso especial del respeto a los derechos de terceros del artículo 6, y el respeto a la moral de ambos artículos implica posiblemente la no provocación a delitos del artículo 6,[91] de manera que, en la práctica, se puede considerar que ambos artículos contienen las mismas (cuatro) restricciones a la libertad de manifestar ideas.

C. Las cuatro restricciones fundamentales

Por lo tanto, en el transcurso de la evolución de lo que actualmente es el artículo 7 constitucional, hemos visto cristalizar las cuatro importantes limitaciones a la libertad de la prensa, que en la actualidad figuran en nuestro artículo 6 constitucional:

1) El ataque a la moral, y en íntima relación con tal ataque;
2) La incitación a un crimen;
3) La violación de los derechos de terceros, y
4) La perturbación del orden público.

Todas quedan apoyadas en muy buenas consideraciones —inclusive parecen autoevidentes—, y sin embargo, todas son potencialmente peligrosas para la libertad de la imprenta. La Constitución quiso poner esta libertad al abrigo de poderes inferiores al Constituyente; pero en la práctica, ella depende de la actitud del legislador, del Poder Judicial y del Ministerio Público, como resulta de un sencillo análisis de estas cuatro restricciones.

Ad. 1. ¿Qué es "la moral"? Prejuicios de la élite reinante (fuente sociológica del Poder Judicial) a menudo son aceptados tácitamente como "moral", y el artículo 2 de la Ley de Imprenta, vigente para el

[91] Salvo, eventualmente, en el caso excepcional de que la ley prohibiera algo que no pudiera considerarse como inmoral.

Distrito Federal y para toda la República en materia federal *(Diario Oficial* de 12 de abril de 1917) no introduce claridad al respecto.

Por ejemplo, propugnar académicamente la libertad de aborto, ¿es un ataque a la moral? Un mormón que defiende la poligamia, ¿está atacando la moral? Reconociendo que ciertas formas de corrupción administrativa tienen el benéfico efecto de impulsar el crecimiento de la clase media ¿defendemos una inmoralidad?

Uno comprende que ciertas actitudes del Ministerio Público y del Poder Judicial podrían dar una extensión enorme a la "moral", muy en perjuicio de la libertad constitucional de la imprenta.

Ad 2. Como la determinación de lo que es un "crimen" depende del legislador, es éste quien decide sobre el alcance de la restricción que consiste en la incitación a un crimen. Si alguna norma penal considera la huelga o la membresía de asociaciones radicales como un delito, cualquier escrito, por académico que sea, que propugne el derecho del proletariado a la huelga o la libertad de asociación, pudiera eventualmente ser considerado como una incitación a un delito.

Ad 3. Los derechos de terceros a una buena reputación dependen del perfil que da el legislador al concepto de "difamación". Por ejemplo, si este delito comprende toda difusión de noticias negativas sobre una persona, aunque uno pudiera comprobar la veracidad de lo dicho, la libertad constitucional de manifestación mediante la imprenta queda muy menguada por actos del legislador ordinario.

La mencionada Ley de Imprenta, en su primer artículo, define los ataques a la vida privada en forma tan amplia, que gran parte de las caricaturas políticas que nos alegran diariamente podrían dar lugar a reclamaciones que posiblemente prosperarían. Por otra parte, su artículo 5 parece aprobar ofensas mediante la prensa si el acusado comprueba que los hechos imputados son ciertos y que la motivación detrás de la publicación era honesta; sin embargo, para el Distrito Federal y en materia federal, el Código Penal de 1931, en su artículo 351 limita la facultad de acreditar la verdad de la imputación al caso de referirse ésta a hechos de funcionarios, relacionados con su funciones, y al contenido de sentencias irrevocables, publicado por motivación legítima (y sin ánimo de dañar). Inclusive, la publicación de hechos notorios puede ser considerada como difamación (artículo 355).

Ad 4. Aquí encontramos la vaguedad más peligrosa. El deseo del grupo reinante de conservar el poder, aun en contra de una creciente crítica popular, podría manifestarse en una indebida amplitud que el legislador, con tolerancia por parte del Ministerio Público y del Poder

Judicial, diera a este concepto de la perturbación del orden público". Así, el artículo 3 de la mencionada Ley de Imprenta formalmente podría servir para callar crítica dirigida contra el partido reinante, y su fracción IV subraya que no sólo el legislador, sino inclusive la "autoridad" (sc. administrativa) pudiera prohibir publicaciones por causa de interés público.

Así, con estas cuatro restricciones, la libertad constitucional de la imprenta queda supeditada a actitudes eventualmente muy antiliberales del legislador, del Ministerio Público y del Poder Judicial, mientras que precisamente el principio general de la existencia de las "garantías individuales" había querido colocar ciertos derechos del hombre, como esta libertad de manifestarse por medio de la imprenta, por encima de la posible arbitrariedad por parte de tales poderes.

Por otra parte, como ya hemos visto, ninguna libertad individual, constitucional, debe formularse o interpretarse como una facultad absoluta, y si, por descuido, una fórmula absoluta alcanzara el texto constitucional, es lícito a la luz de las necesidades prácticas de la vida social, que los intérpretes de la Constitución hagan esfuerzos para inventar ciertas limitaciones, que hagan la fórmula constitucional compatible con la necesidad de defender la vida social contra ciertos peligros y malicias: se trata de uno de los permanentes dilemas que nacen de la convivencia de, por una parte, las necesidades prácticas inherentes por la vida en sociedad, y, por otra, de nuestro amor a las formulaciones dogmáticamente limpias, absolutas, de ciertos queridos ideales —¡irrealizables...!

D. La enigmática enmienda del 6 de diciembre de 1977

El Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 6 de diciembre de 1977 añade al texto ya citado del artículo constitucional, la frase, poli-interpretable, de "El Derecho a la información será garantizado por el Estado".

La iniciativa respectiva, presentada por el Ejecutivo con Exposición de Motivos del 4 de octubre de 1977 sugiere que se trataba de garantizar a los partidos políticos un acceso equitativo a los medios de información, de manera que "el derecho a la información" debe entenderse como "el derecho *a dar información*". Si esto realmente ha sido el único propósito de esta reforma, debe reconocerse que la idea haya sido formulada con llamativa torpeza. Tal y como el texto de la reforma figura ahora en el artículo referente a la libertad de la manifesta-

ción de ideas, parece garantizar la "información", lo cual implicaría eventualmente la defensa del público contra al desinformación, de manera que la mencionada frase podría servir como punto de partida para una peligrosa actitud estatal, que tratara de diferenciar perpetuamente entre verdad y mentira en el contenido de la prensa diaria, impidiendo esta última.[92] Como todavía falta toda ley reglamentaria de esta enmienda,[93] jurisprudencia relacionada con ella y doctrina mexicana al respecto, todavía no se puede decir cual resultará ser el alcance de esta añadidura.

No es recomendable colocar nuevas frases en la Constitución, sin que los constituyentes y el público en general comprendan claramente qué objeto tengan tales enmiendas. Un sano principio político en materia de enmiendas constitucionales sería: "si no es claramente necesario modificar la Constitución, es necesario no cambiar la Constitución". Enmendar por el gusto de enmendar no es bueno,[94] sin embargo, como alega el doctor Carpizo en uno de sus estudios constitucionales, sólo el presidente Ruiz Cortines se ha comportado con sentido de autodisciplina, al respecto.

2. *La realidad detrás de estas normas constitucionales, hasta 1929*

Durante el siglo pasado, inclusive en fases, en las que la Constitución parecía favorecer la libertad de imprenta, personas inquietas, progresistas, como José Joaquín Fernández de Lizardi aprendieron pronto que no convenía tomar esta libertad al pie de la letra,[95] especialmente durante las fases de gobiernos antiliberales,[96] esta libertad, limitada *de facto* o inclusive *de jure* (como en la Ley Lares de 1853),[97] tuvo a

[92] Aunque la enmienda consiste en una añadidura al artículo 6, siendo éste el artículo más general de los dos, su efecto se extiende hacia el artículo 7, que se refiere a un caso especial de la materia tratada en el artículo precedente.

[93] Si en realidad se trataba únicamente de dar a los partidos políticos un acceso equitativo a la radio y la televisión, los artículos 42, 48 y 49 de la LOPPE *(Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1977) podrían considerarse como tal reglamentación.

[94] El gran jurista argentino Juan B. Alberdi afirma: "El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas" *(Bases,* Barcelona, p. 253).

[95] Palazón M, M.R., José Joaquín Fernández de Lizardi, *Obras,* IV, UNAM, 1970, p. 14.

[96] Sin embargo, también gobiernos formalmente liberales, anticonservadores, como el del general Porfirio Díaz, tuvieron sus bien conocidas reservas para con la libertad de prensa.

[97] Reyna, M. del C., *La prensa censurada durante el siglo XIX,* México, Sep-Setentas/255, 1976.

sus relativos mártires, como Francisco Zarco (en 1860, bajo Zuloaga), y los Flores Magón o Filomeno Mata bajo Porfirio Díaz.[98]

Durante la revolución mexicana no se podía esperar tampoco un florecimiento de dicha libertad.

La fase posrrevolucionaria muestra un panorama mezclado. Después de una década difícil, aquel partido poderoso, creado en 1929, que a través de algunos cambios de nombre llegó a ser el PRI actual, logró introducir cierta estabilidad en el país; pero antes de esbozar las grandes líneas de la realidad que circunda la libertad constitucional de manifestar ideas mediante la imprenta, es conveniente hablar un momento de la calificación que podemos dar al México organizado por el PRI, a la luz de la politología moderna.

3. *México como "Estado autoritario"*

Ya estamos acostumbrados a la terminología introducida en 1972 por Juan J. Linz,[99] que distingue tres categorías de estados modernos:

a) El Estado democrático, caracterizado por pluralismo franco;

b) El Estado totalitario, caracterizado por la dominación completa de la sociedad por un estado, arraigado en una ideología oficial, y un *tertium;*

c) El Estado "autoritario".

Este último queda caracterizado por un pluralismo político limitado, sin ideología muy firme, con intermitente capacidad de movilización política, y con un líder o con una élite que ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, aunque en cada caso concreto más o menos predecibles.

Luego, Peter H. Smith[100] adaptó el modelo Linziano del estado autoritario al caso de México. Apuntó que, efectivamente, existe competencia por el poder; pero el acceso a esta competencia es restringido a

[98] De acuerdo con su política de "pan o palo", Porfirio Díaz habitualmente, antes de recurrir a medidas antipáticas, aplicó otras prácticas al problema de la prensa crítica: es conocida su cínica frase acerca de los periodistas, de que "Perro con hueso en la boca, ni ladra ni muerde". Parece que bajo el régimen actual, la costumbre anterior de los sobres repartidos por el gobierno entre los periodistas decentes, se ha esfumado. La crisis mexicana tiene algunas ventajas.

[99] *Notes toward a typology of authoritarian regimes, American Political Science Ass.*, Washington, D.C., 1972; esta tipología fue luego aplicada al caso de la España franquista, en *Una teoría del régimen autoritario: el caso de España, política y soc. en la Esp. del siglo XX* (ed. Stanley G. Payne), Madrid, 1978.

[100] *The Laberynths of Power, Univ. of Princeton Press,* 1972 (trad. esp.: *Los laberintos del poder,* Colegio de México, 1981, pp. 60-74).

una familia revolucionaria, dentro de la cual hay luchas (pero también negociación y equilibración) entre diversos grupos, cada uno centrado básicamente alrededor de un líder; la ideología de dicha "familia" es muy flexible: dentro de ella hay varios grupos (cardenistas, alemanistas, diazordacistas, etcétera), de orientación ligeramente más hacia la derecha o hacia la izquierda; pero la ideología más eficaz de cada fase es el conjunto de ideas personales poseídas por el presidente en turno. Hay cierta apatía a la movilización, y los derechos humanos, formulados generosamente en la Constitución, reciben una razonable protección real, a cuyo respeto seguramente ayuda cierto temor de verse criticado por parte de la Sociedad Interamericana de Prensa y el Comité Mundial por la Libertad de Prensa, Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas, de Ginebra, o en reportes como el clásico informe de McBride (UNESCO).[101] Y las autoridades siempre viven bajo la espada de Damocles, que nunca se encuentra a más de 365 días de distancia desde el próximo Día de la Libertad de Prensa, en que la oratoria oficial no debe ser desmentida por hechos recientes.

4. *Las diversas categorías de posibles restricciones, arriba mencionadas, en México desde 1917*

Primera Sección: *Cuestiones de contenido*

1) *Expresiones íntimamente ligadas a acción ilegal*

El derecho mexicano es más severo que el norteamericano en cuanto a la liga "clara y presente" entre lo expresado y el delito; reprueba una publicación por el simple hecho de aconsejar un delito (artículo 3-II de la Ley de Imprenta), si la ejecución del delito sigue inmediatamente a la provocación se agrava la condición del autor de lo impreso (artículo 33-II de la Ley de Imprenta).

En varias formas, escritos que pudieran provocar a ciertos delitos son colocados fuera de la protección otorgada a la expresión de ideas por la prensa. Así, el primer artículo de Reglamento de los Artículos 4 y 6-VII de la Ley Org. de la Ed. Pública prohibe los escritos que iluminen acerca de los procedimientos para ejecución de hechos punibles.

Inclusive la mera contribución a actitudes *antisociales, aunque no*

[101] MacBride, Sean, *et alii, Un solo mundo, voces múltiples* (Comisión Internac. sobre Problemas de la Comunicación), México, D.F., 1980.

antijurídicas, puede hacer impedir la publicación o distribución de escritos destinados a la juventud (así, el mencionado artículo prohibe todo lo que estimule la sensualidad, las malas pasiones, que destroce la devoción al trabajo, el entusiasmo por el estudio, que estimule la tendencia al ocio, la pasividad, la fe en el azar, que ilustre que "el crimen sí paga...", o que provoque desdén por el pueblo mexicano y sus tradiciones, por su historia o por la democracia).[102]

2) *Contenido religioso*

A este respecto, la libertad constitucional de la prensa queda limitada por los principios del artículo 130 Constitucional, que, en vez de una mera *separación* entre Iglesia y Estado, establece una *subordinación* de la Iglesia al Estado.[103]

3) *Contenido ideológico-político*

Esta materia queda bastante bien protegida en cuanto a su manifestación por medio de *libros.* En nuestras librerías, toda clase de "ismos" políticos quedan explicados con toda objetividad, o con ferviente subjetividad, y varias obras, ya consideradas como clásicas de nuestra literatura política, son nada respetuosas de las instituciones oficiales o personajes de la vida PRI-ista, lo cual no ha sido un impedimento para que muchos de ellos hayan podido convertirse en éxitos de venta.[104]

Si la divulgación de las ideas, empero se efectúa mediante la *prensa periodística,* las cosas cambian un poco; pero como aquí se trata de una diferenciación en cuanto a la *forma* de la manifestación de las ideas, trataremos este tema abajo.

4) *Violación de derechos de terceros*

El concepto de "difamación" en nuestro Código Penal distrital, que

[102] Ciertas páginas de *La República* de Platón, y el famoso discurso de Antonio ante el cadáver de César, en la versión shakespeareiana, por su tono antidemocrático parecerían violar este artículo; sin embargo, éste —a pesar del amplio contenido del término de "publicaciones" en artículo 1-II, debe considerarse sólo limitativo del contenido de revistas, historietas, etcétera, dirigidas a la juventud.

[103] Véase mi libro *La Iglesia mexicana y el derecho,* México, 1984.

[104] Pensemos en *Las memorias de un gobernador,* de Loret de Mola, que debe haber molestado a muchos echeverristas, *Lo negro del negro Durazo,* de... nada favorable para el recuerdo del régimen lopezportillista, o en *La última llamada,* de Mauricio de la Garza. Aunque el autor de esta obra haya sido hostilizado, y tuvo que refugiarse algún tiempo en Texas, el libro mismo alcanzó... ediciones.

también es aplicable en toda la República a casos federales, protege a particulares contra la divulgación de datos antipáticos acerca de ellos, mientras que ésta no se encuentre justificada por razones prácticas y morales superiores;[105] pero el funcionario público[106] no goza de la misma protección, ni tampoco el exfuncionario público respecto de hechos realizados durante su gestión oficial. Así, el venenoso libro contra "el Negro Durazo" fue publicado ya que el autor se sentía seguro de poder comprobar, en caso de necesidad, todo lo que allí decía; por otra parte, José Luis González Meza, autor de *Un asesino en la presidencia,* aquel golpe bajo contra uno de nuestros presidenciales, vio denegada su solicitud en cuanto al registro de sus derechos de autor por sólidas razones legales: el autor probablemente hubiera podido comprobar el "asesinato" en cuestión, cometido por un niño; pero como el acto no estuvo relacionado con la labor de un funcionario público, la comprobación de los hechos no hubiera eximido al autor de la sanción por difamación, en caso de que el político en cuestión hubiera presentado la querella respectiva.[107]

Es interesante notar que el artículo 3-II de la Ley de Imprenta prohibe injuriar a naciones amigas o sus jefes.[108]

5) *Propaganda comercial*

Existe en México cierto control sobre los anuncios desde el punto de vista sanitario, y la protección del consumidor: véase los artículos 24, 32, 37, 40, 51, 60, 64, 77, 78, 82, y 92 del Reglamento de Publicidad para Alimentos, Bebidas y Medicamentos (Diario Oficial de 19 de diciembre de 1974).[109]

Como una categoría especial que en la actualidad se asoma en el panorama legislativo mexicano quiero llamar la atención sobre las medidas contra el uso de idiomas distintos del castellano en materia de publicidad.

[105] Por lo tanto, la *exceptio veritatis* sólo en casos excepcionales procede.

[106] Este concepto de "funcionario público", desde luego, es más estrecha que el de *public figure* que maneja al respecto el derecho norteamericano.

[107] Por otra parte, si el ex presidente López Portillo hubiera demandado por difamación al ex embajador estadunidense Gavin, tanto la justicia norteamericana como la mexicana hubieran permitido al acusado tratar de comprobar sus afirmaciones sobre el enriquecimiento inexplicable del querellante.

[108] La Embajada norteamericana tendría que aumentar considerablemente su personal si quisiera tomar en serio esta disposición.

[109] También los artículos 67 y 68 de la Ley Federal de Radio y Televisión *(Diario Oficial* de 19 de enero de 1960) limitan la libertad de los anunciantes.

Además, existe cierta presión gremial para que los publicistas se apeguen al loable Código de Ética Publicitaria, expedido en octubre de 1987 por la Asociación Mexicana de Publicidad.

6) *La imprenta*[110]

A esta rama de restricciones a la libertad de prensa se refiere el artículo 2 de la Ley de Imprenta.

Además hubo aquel Reglamento de los artículos 4 y 6, fracción VII, de la Ley Orgánica de la Educación Pública,[111] que luego se llamó "Reglamento sobre Publicaciones y Revistas Ilustradas",[112] y que cuyo actual contenido puede consultarse en el *Diario Oficial* de 13 de julio de 1981. Este Reglamento otorga amplias facultades a la Comisión Calificadora respectiva, de cuyo certificado de licitud depende la circulación postal de tales publicaciones (artículo 12).

En cuanto al Distrito Federal: a fines del régimen López-Portillista se expidió un Decreto sobre Publicaciones y Objetos Obscenos; pero el gobierno actual lo derogó en los primeros días de su régimen (10 de diciembre de 1982), para demostrar su buena voluntad de respetar la libertad de prensa.

7) *Protección de la eficacia de ciertos servicios públicos*

Es obvio que también en México, ciertos servicios públicos no pueden tolerar en su seno ciertas formas de indiscreción[113] y de protesta, o desde afuera ciertas manifestaciones de crítica o intentos de intimidación o injerencia, incompatibles con su limpio funcionamiento, y el hecho de que tales manifestaciones tomen la forma impresa no las coloca bajo la protección del artículo 6 Constitucional.

Además, las fracciones I - III, VI y X del artículo 9 de la Ley de Imprenta protegen nuestra justicia contra el impacto intimidante de la publicación de ciertos escritos y otros datos forenses, y la eficacia del aparato militar queda protegida por las fracciones VIII y XI del mismo artículo.

[110] Es interesante al respecto la Convención para Reprimir la Circulación y el Tráfico de Publicaciones Obscenas del 12 de septiembre de 1912 (Ginebra), firmada y ratificada por México. Véase también los artículos 2, 4 y 14 de la actual Ley Federal de Educación *(Diario Oficial* de 29 de noviembre de 1973).

[111] *Diario Oficial* de 12 de junio de 1951.

[112] *Diario Oficial* de 21 de abril de 1977, donde se cambia la denominación de dicho Reglamento.

[113] *Cfr.*, artículo 12 de la Ley de Imprenta.

Evidentemente, también en México el secreto profesional de abogados, médicos y otros profesionistas, o las restricciones al uso de información privilegiada (pensemos en la materia bursátil), imponen limitaciones a la libertad de publicar.

Segunda Sección: *Cuestiones de forma*

1) *Reglamentos de policía*

En tales reglamentos hallamos gran variedad de restricciones a la libertad de imprenta, a menudo quizás defensibles a la luz del sentido común, como cuando se trata de proteger la belleza de ciertos paisajes naturales o urbanos contra la plaga de los pancartes, pero por otra parte posiblemente anticonstitucionales, tema que amerita un tratamiento monográfico especial.

2) *La prensa periodística*[114]

La expresión de ideas, inclusive políticas, mediante la prensa está reglamentada en la Ley de Imprenta, ya mencionada. Además debe tomarse en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que también ya hemos aludido cuando hablamos de los EE.UU. También ya hemos tratado de los ordenamientos relativos a los anuncios, y a la educación pública.

Aunque sobre todo la Ley de Imprenta contiene muchos preceptos peligrosamente vagos, en la práctica la prensa periodística es razonablemente libre.

Sin embargo, *de facto* existen dos medios por los cuales el Estado puede frenar la crítica:

(1) La distribución por el gobierno, de papel para periódico, a través de una empresa paraestatal, a un precio módico, inferior al precio del mercado libre, —privilegio que eventualmente podría ser retirado a publicaciones que no se comportasen moderadamente en su crítica de la política oficial.

(2) La inserción de anuncios de empresas paraestatales en los periódicos que merecen la confianza del gobierno. Cuando al presidente López Portillo (que tenía indiscutiblemente un sentido por *le mot juste*) le reprocharon el haber rescindido contratos de publicidad a una pu-

[114] Para la responsabilidad de administradores de publicaciones periódicas en México, y el derecho de contestar, véanse los artículos 20-27 de la Ley de Imprenta.

blicación que lo había criticado,[115] su defensa era que sería perverso "pagar 'a los periódicos' para que 'me' peguen...", con lo cual la política señalada fue oficialmente confesada.[116]

Este doble sistema ha llevado hacia dos consecuencias:

(a) Una prudente autocensura por parte de los grandes periódicos, y

(b) Una mayor libertad crítica para los pequeños periódicos, de pocas hojas (como *Acción*) o algunas publicaciones semanarias, quizás muy críticas del gobierno, pero ya tan populares y de nivel tan reconocido, que puedan incorporar en sus precios el costo de papel comprado en el mercado libre (*Proceso*).

Es verdad que hubo algunos sonados actos de violencia contra periodistas que había escrito con excesiva franqueza —inclusive asesinatos (como el caso de Buendía, nunca oficialmente aclarado),[117]— actos realizados más frecuentemente fuera de la capital que dentro de ella;[118] pero no hay motivos para sospechar en ellos la mano oculta del gobierno, local federal.

En la práctica, la información que el público puede encontrar en la prensa periodística, especialmente desde el comienzo de la crisis mexicana, no siempre es muy favorable a las autoridades o al partido reinante, de manera que no se puede decir que el enorme poder del PRI haya estrangulado la libertad de manifestar ideas mediante la prensa. Por otra parte, la mencionada declaración del 7 de junio de 1982, por el presidente López Portillo no es indicio de un ferviente entusiasmo del Ejecutivo de aquel momento por la libertad del periodismo.

A pesar de ciertos incidentes (el caso de *Impacto,* quizás disfrazado como pleito entre accionistas), la libertad de la prensa no lleva mal camino entre nosotros, sobre todo cuando uno la compara con la situación respectiva en otros países latinoaméricanos.[119]

[115] *Proceso* y *Crítica Política.*

[116] Un tercer sistema, el de premiar periódicamente a los periodistas que colaboren con la presidencia, mediante el envío de canastas, o de sobres con billetes, parece haber caído víctima de la crisis actual.

[117] Doloroso ha sido el asesinato de Manuel Buendía, el 30 de mayo de 1984 (aquel mismo día fue matado, también, el director de primera plana, de Coatzacoalcos); pero de ningún modo se puede inculpar de esto a las autoridades mientras conste que ellas colaboren lealmente en el esclarecimiento de los hechos.

[118] Como ejemplo de violaciones de la libertad de la prensa por un gobierno local, recordemos el asunto de ABC en Tijuana, en 1979, en que la castración de una publicación indiscreta, fue disfrazada discretamente como conflicto laboral.

[119] Para este tema, véase Camarillo Carbajal, M.T., *La represión a la prensa en América Latina* (Hemerografía 1978-1982), UNAM, 1985.

3) *Formulaciones innecesariamente ofensivas*

De las palabras finales del artículo 6 de la Ley de Imprenta, uno ve que la crítica de la actuación de un funcionario o empleado público no debe hacerse mediante términos injuriosos.

4) *Restricciones ligadas a la necesidad de responsabilización*

En el artículo 15 de la Ley de Imprenta hallamos que carteles, etcétera, fijados en lugares públicos, deben contener datos para poder localizar a la persona responsable de tales impresos, y numerosas otras disposiciones de la misma Ley sirven para determinar quiénes, dentro de editoriales e imprentas, deben considerarse responsables del contenido de materiales impresos. Desde 1917, empero, los distribuidores de periódicos y revistas (generalmente personas juveniles y marginadas) no pueden ser sancionados por el contenido de éstos.

Así hemos visto que, formalmente, los EE.UU. y México, partiendo de dos formulaciones constitucionales muy distintas, en la práctica han llegado a las mismas diez categorías de limitaciones a la libertad de imprenta, aunque, de hecho, a causa de la diferencia entre el Estado democrático pluralista representado por la Unión norteamericana, y el Estado autoritario que sigue siendo México, han surgido en este país algunas formas de control, *de facto* que no tienen claro equivalente en los EE.UU.

Es evidente que mucho más podría decirse sobre el riquísimo tema aquí tratado, pero, aprovechando la comparación con una realidad jurídica ligeramente distinta de la mexicana, el autor espera haber ofrecido aquí, cuando menos, un marco general que puede tener cierta utilidad como punto de partida para estudios ulteriores.

Obviamente, se trata de un campo mucho más matizado de lo que parece corresponder a las frases emocionales y lapidarias con que muchos autores han circundado la libertad de la manifestación de ideas mediante la imprenta; en este campo los dogmáticos, los jueces, los administradores, y los legisladores deben proceder con aquella "prudencia" que desde hace dos milenios figura en el término tradicional para la ciencia del derecho, la *jurisprudentia*.

MODERNAS TENDENCIAS DEL ÓRGANO LEGISLATIVO EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

J. Jesús Orozco Henríquez *

Sumario: I. *Introducción.* II. *Las diversas formas de gobierno en la región.* III. *Integración de los respectivos órganos legislativos.* IV. *Control sobre la facultad presidencial de nombramiento.* V. *Controles sobre la gestión administrativa.* VI. *Fiscalización financiera.*

Me es particularmente grato participar, así sea de manera modesta, pero con gran entusiasmo y con profundo respeto y admiración, en el merecido homenaje al distinguido maestro Héctor Fix-Zamudio por sus treinta años de servicios académicos ininterrumpidos en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jurista e investigador destacado, universitario ejemplar, humanista insigne, hombre cabal, Fix-Zamudio ha representado, en su fructífera e íntegra trayectoria, el paradigma del maestro forjador de generaciones. Con la gratitud y satisfacción de poder incluirme entre quienes se han beneficiado de su calidad académica y su generosidad, rindo sentido tributo a quien hizo posible, en buena medida, que iniciara y desarrollara mi carrera académica, a la vez de que aprendiera a vivir y a querer la institución a la cual orgullosamente pertenecemos.

I. Introducción **

El presente informe pretende proporcionar un panorama sobre la integración y organización de los congresos o asambleas legislativos en América Latina y España.

Tomando en cuenta la habitual preponderancia del órgano Ejecutivo en los países latinoamericanos, interesa destacar algunas de las funcio-

* Investigador titular de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

** El autor agradece la amable colaboración del pasante de derecho Hugo Concha Cantú en la recopilación y ordenación de una parte importante del material documental utilizado.

nes de control que los respectivos sistemas constitucionales confieren a las legislaturas sobre la gestión administrativa y la importancia de que tales funciones sean ejercidas en forma vigorosa para impedir, en tal esfera, el abuso del poder político. Durante el desarrollo de este trabajo, se pondrá énfasis en la organización, funciones, tendencias y perspectivas del órgano Legislativo mexicano.

Cabe advertir que el presente estudio se encuentra basado, primordialmente, en el análisis de los respectivos documentos constitucionales de los países de la región,[1] así como en algunas leyes orgánicas o reglamentos interiores de sus congresos o asambleas legislativos y en ciertos códigos o leyes electorales, complementados eventualmente con diversos estudios doctrinales del derecho constitucional de algún país en particular para la adecuada comprensión del alcance de las disposiciones jurídicas correspondientes. En este sentido, debe reconocerse que se trata más bien de un estudio formal y que, por el momento, no cuenta con datos sociológicos que permitan apreciar el grado de eficacia de tales disposiciones jurídicas.[2]

[1] Los siguientes, son los textos constitucionales analizados (primero, se señala el año de la promulgación de la respectiva Constitución y, después, se proporciona el año hasta el que se consiguió el texto actualizado): Constitución de la Nación *Argentina* (1853, 1985); Constitución Política del Estado de *Bolivia* (1967, 1985); Constitución Federal de *Brasil* (1969, 1983); Constitución Política de *Colombia* (1886, 1983); Constitución Política de la República de *Costa Rica* (1949, 1984); Constitución de la República de *Cuba* (1976, 1976); Constitución Política de la República de *Chile* (1980, 1980); Constitución de la *República Dominicana* (1966, 1985); Constitución Política del *Ecuador* (1984, 1984); Constitución de la República de *El Salvador* (1983, 1983); Constitución *Española* (1978, 1978); Constitución Política de la República de *Guatemala* (1985, 1985); Constitución Política de la República de *Honduras* (1982, 1985); Constitución Política de los *Estados Unidos Mexicanos* (1917, 1986); Constitución Política de la República de *Panamá* (1972, 1983); Constitución de la República del *Paraguay* (1976, 1977); Constitución Política del *Perú* (1979, 1980); Constitución de la República Oriental del *Uruguay* (1966, 1983); Constitución de la República de *Venezuela* (1961, 1984). Es conveniente advertir que al momento de elaborar este estudio, estaba por aprobarse la nueva Constitución de Nicaragua y se había convocado a una nueva Asamblea Constituyente en Brasil.

[2] El estudio del grado de eficacia de las disposiciones constitucionales es particularmente importante en América Latina, tomando en cuenta que, según la clasificación ontológica de las constituciones elaboradas por Loewenstein, varios de los países latinoamericanos cuentan con una Constitución "nominal", en tanto que se aprecia una falta de concordancia entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales, a causa de una serie de factores sociales y económicos; si bien la función de la Constitución nominal es educar a la población sobre un gobierno democrático constitucional que establezca límites a los detentadores del poder, la aspiración es que la misma se convierta en una auténtica Constitución "normativa" que rija y determine el proceso político y todos se ajusten a sus respectivos límites. Cabe señalar que, como se podrá apreciar en este estudio, en los países de la región también

II. Las diversas formas de gobierno en la región

Antes de proceder, propiamente, al análisis de las características de los diversos órganos legislativos iberoamericanos, debe tenerse presente —como es obvio— la distinta forma de gobierno consagrada en sus respectivos textos constitucionales; de este modo, mientras que en España —como se sabe— hay un régimen parlamentario, en todos los países de América Latina —con excepción de Cuba— se ha adoptado el sistema presidencial, si bien algunos de ellos contemplan matices parlamentarios y, en ocasiones, llegan a constituir auténticos sistemas híbridos, coincidiendo con lo que Duverger denomina "presidencialismo aproximado".[3]

Aunque el régimen presidencial se generalizó en el continente durante los siglos XIX y XX, debe recordarse que no ha constituido la única forma de gobierno ensayada en América Latina. Entre los ejemplos distintos a la fórmula tradicional, se puede citar el régimen imperial que se adoptó en algunas de las colonias recién emancipadas, como en el caso de México en 1821 y, posteriormente, bajo Maximiliano; si bien el régimen imperial que logró establecerse y alcanzó mayor eficacia fue el brasileño que corrió de 1823 a 1889. Por otra parte, los regímenes parlamentarios o semiparlamentarios, como los casos de Uruguay en las constituciones de 1934, 1942, 1952 y 1966, de Chile entre 1892 y 1925, del Brasil en 1963 y algunos otros. Asimismo, conviene destacar el ejemplo del régimen directorial uruguayo, consistente en un ejecutivo colegiado, vigente de 1919 a 1933 y de 1952 a 1966.[4]

En términos muy generales, se podría afirmar con respecto de México que, después de los convulsionados años que siguieron a nuestra

se encuentra el tercer tipo de constituciones a que alude Loewenstein y que denomina "semánticas", en tanto que en ocasiones las respectivas constituciones logran plena eficacia, pero no son sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores fácticos del poder, quienes las utilizan para estabilizar y perpetuar su poder en lugar de que sirvan para limitar al propio poder, pervirtiendo la noción de Consittución y desvalorizando su función en la democracia constitucional (*vid,* Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego), 2a. ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1976, pp. 216-231). En cuanto a la relación entre validez y eficacia de las normas constitucionales, *vid.,* Orozco Hnríquez, J. Jesús, *El derecho constitucional consuetudianrio,* México, UNAM, 1983, pp. 89 y ss.

[3] *Vid,* Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional,* 6a. ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1986, pp. 272 y ss.

[4] *Vid.,* Gros Espiell, Héctor, "El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina", en *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica,* México, UNAM, 1977, pp. 9 y ss.

independencia, con la Constitución federal de 1857 el régimen presidencial adoptado contempló ciertos matices parlamentarios, pudiéndose considerar como un sistema intermedio entre el de la Constitución de los Estados Unidos de América y el parlamentario de tipo europeo, entonces en boga. En efecto, bajo la influencia rusoniana del predominio de la "voluntad general" radicada en el órgano Legislativo, se depositó el Ejecutivo en un presidente de la República a quien se le subordinó teóricamente al Congreso federal, el cual estaba constituido únicamente por la Cámara de Diputados, en tanto que el Senado se consideró como un "órgano aristocratizante y conservador".[5]

Ahora bien, volviendo al análisis global de los sistemas constitucionales iberoamericanos, el caso de Cuba debe tratarse por separado, pues, como se sabe, su forma de gobierno se inscribe en la forma de Estado socialista, a diferencia de las formas de gobierno parlamentaria, presidencial o directorial ya aludidas y que, de acuerdo con la clasificación de Biscaretti di Ruffia, se encuadran en la forma del Estado de democracia clásica, con las peculiaridades inherentes a los llamados Estados en vías de desarrollo, en el caso de los países de América Latina.[6] Así pues, el órgano Legislativo en Cuba es unicameral y se denomina Asamblea Nacional del Poder Popular, cuyos miembros son elegidos por las correspondientes asambleas municipales del poder popular, precisamente, la Asamblea Nacional del Poder Popular designa a 30 miembros para que integren el Consejo de Estado, cuyo presidente también preside el Consejo de Ministros, mismo que constituye el órgano Ejecutivo y se integra con los vicepresidentes, los ministros y los demás funcionarios que establezca la ley, funcionando el presidente del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros como el jefe de Estado y jefe del gobierno.[7]

Es también importante tener en mente las peculiaridades del sistema español pues, debido a su carácter parlamentario, se diferencia sustancialmente de los regímenes presidenciales latinoamericanos, aun cuando se aproxima a aquéllos de estos últimos que contemplan matices parla-

[5] *Vid.*, Fix-Zamudio, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, UNAM, año XX, núms. 58 y 59, enero-agosto de 1967, pp. 36 y ss.; Orozco Henríquez, J. de Jesús, "La división de poderes", en *Derechos del pueblo mexicano*, 3a. ed., México, Cámara de Diputados, Edit. Porrúa, t. 1, 1985, pp. 647-651.

[6] *Vid.*, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, pp. 71 y ss.

[7] Véanse los artículos 66 a 99 de la Constitución de la República de Cuba.

mentarios. Mientras que el rey de España es el jefe de Estado y puede convocar y disolver al órgano Legislativo, esto es, a las Cortes Generales, el gobierno se encomienda a un órgano colegiado cuyo presidente es propuesto, previa consulta a los grupos políticos parlamentarios, por el rey a las Cortes Generales, mismas a las que les coresponde otorgarle la confianza por mayoría absoluta en la primera vuelta o por mayoría simple en la segunda a fin de que pueda gobernar; en caso de no obtener dicha mayoría, el rey hará sucesivas propuestas de candidatos a presidente; pero si en dos meses no se otorgara la confianza a candidato alguno, el rey puede disolver las Cortes Generales. Asimismo, las Cortes Generales pueden emitir eventualmnte una moción de censura al gobierno que llevaría a éste a dimitir y, en otras ocasiones, el presidente del gobierno puede solicitar al rey que disuelva las Cortes Generales o alguna de las cámaras.[8]

Por otra parte, mientras algunos países latinoamericanos siguen el modelo estadounidense en cuanto al carácter unipersonal del Ejecutivo, depositado en un presidente de la República (como Argentina, Ecuador, México, Perú y República Dominicana), varios incluyen dentro del Ejecutivo a los vicepresidentes, en su caso, y a los llamados ministros de Estado, así como en ocasiones a otros funcionarios previstos por la ley (como ocurre en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Panamá, Uruguay y Venezuela). Asimismo, a diferencia del régimen presidencial puro donde los secretarios o ministros de Estado sólo son responsables políticamente ante el propio presidente de la República, diversas constituciones latinoamericanas le han conferido competencia sobre el particular al órgano Legislativo, como se detallará en el curso de esta exposición.

Cabe señalar que casi todos los países prevén la elección popular directa y a mayoría relativa al presidente de la República, si bien El Salvador, Guatemala y Perú requieren la mayoría absoluta a dos vueltas y Brasil prevé un colegio electoral para el efecto también con mayoría absoluta a dos vueltas. Resulta importante mencionar, como una peculiaridad del sistema paraguayo, el requisito constitucional de ser católico para aspirar a la presidencia.

Salvo el caso de Chile, cuya Constitución según el gobierno fue aprobada por un plebiscito de 1980 y establece un periodo de 8 años para el presidente, pero que de acuerdo a un artículo transitorio todavía no se instala el Congreso, las constituciones latinoamericanas prevén pe-

[8] Véanse los artículos 56 a 80 y 97 a 116 de la Constitución española.

riodos de 4 a 6 años para la presidencia, siendo en la mayoría de 5 años. Mientras que la mayoría establece límites a la reelección inmediata del presidente, algunas son omisas sobre el particular y otras prohíben en forma absoluta la reelección (como Ecuador, Honduras y México), si bien la Constitución de Paraguay, a partir de 1917, permite la reelección indefinida.

III. Integración de los respectivos órganos legislativos

Entrando propiamente al análisis de los respectivos órganos legislativos, cabe mencionar que la mayoría de los países iberoamericanos contemplan sistemas bicamerales (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, España, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), en tanto que los de menores dimensiones, por lo general, prevén regímenes unicamerales (así, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá).

Los periodos constitucionales de los miembros de la Cámara Baja —ya sea que se denomine Congreso o Cámara de Diputados, Cámara de Representantes o, en el caso de los sistemas unicamerales, Asamblea Legislativa— fluctúan entre 4 y 5 años, salvo el caso de México cuyo periodo es de 3 años y es el más breve en la región. Argentina es el único país cuya Cámara de Diputados se renueva parcialmente cada dos años.

La dimensión de la Cámara de Diputados varía entre los 57 miembros de la de Costa Rica y los 479 de la de Brasil; Paraguay cuenta, cuando menos, con 60 miembros; Panamá tiene 67; Nicaragua, 90; Uruguay, 99; Guatemala, 100; Chile, 120; Perú, 180; Argentina, 254, España, entre 300 y 400; México, 400. En caso de que sea aprobada una reforma constitucional actualmente en proceso, México pasaría a ser el país con mayor número de diputados en la región, pues llegaría a 500.[9]

A excepción de la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, cuyos miembros —como se mencionó— son electos por las asambleas municipales del poder popular, en todos los países de la región los diputados son electos directamente por los ciudadanos (casi en todos, por los mayores de 18 años, salvo en Nicaragua donde los derechos políti-

[9] Cuando el presente trabajo se encontraba en prensa, se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 15 de diciembre de 1986, la respectiva reforma constitucional; véanse los artículos 52, 53 y 54.

cos se ejercen desde los 16 años), ya sea en circunscripciones o distritos electorales y, en algunos países (como Bolivia, Ecuador, Guatemala y México), combinándolo con sistemas de listas regionales o nacionales. Cabe señalar que ciertas constituciones prevén expresamente que los partidos políticos son los únicos que pueden postular candidatos (piénsese, por ejemplo, en Ecuador y Panamá).

Es conveniente destacar que una de las funciones principales de los órganos legislativos en los Estados de democracia representativa es el constituir, como diría John Stuart Mill, un "congreso de opiniones", esto es, un fórum de debate y discusión sobre cuestiones políticas.[10] Hauriou, por su parte, resalta el carácter deliberativo de las legislaturas.[11] En este sentido, prácticamente en todos los textos constitucionales iberoamericanos se ha adoptado algún sistema de representación proporcional y en algunos se prevén sistemas mixtos que combinan el escrutinio mayoritario con diversos mecanismos de representación proporcional (entre éstos, se puede mencionar a Bolivia, México y Panamá).

Es evidente que el sistema electoral que se establezca en cada país requiere atender a su propia realidad política y propiciar que la representación política institucionalizada sea un reflejo lo más fiel posible a la fuerza real de los diversos partidos políticos dentro del electorado, sin que se obstaculice la conformación de un gobierno de mayoría viable y estable.[12] Como adelanté, actualmente en México se encuentra en proceso una reforma electoral que, en principio, pretende corregir cierta sobrerrepresentación del Partido Revolucionario Institucional en el sistema electoral vigente, denominado "mixto con dominante mayoritario" (en tanto que el PRI, aproximadamente con 64.5% del número total de sufragios, obtiene poco más del 71% de las curules en la Cámara de Diputados);[13] de este modo, se ha planteado conservar las 300 curules de mayoría relativa y elevar de 100 a 200 las curules de representación proporcional, manteniendo así el sistema mixto con domi-

[10] *Vid.*, Mill John, Stuart, *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (trad. de Antonio Guzmán Balboa), México, Herrero Hermanos Sucesores, S.A., 1966, pp. 120-147.

[11] *Vid.*, Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1980, pp. 261 y ss.

[12] *Vid.*, Orozco Henríquez, J. de Jesús, *Renovación política. Audiencias públicas de consulta*, México, Secretaría de Gobernación, 1986, t. 1, pp. 111-115.

[13] *Vid.*, Comisión Federal Electoral, *Proceso federal electoral 1984-1985*, México, 1986, pp. 139 y 140.

nante mayoritario, si bien ya no se piensa denominarlo así.[14] Aun cuando de esta forma se puede corregir en lo inmediato la sobrerrepresentación con que cuenta el PRI a costa de ciertos partidos minoritarios, en mi opinión el sistema debe evolucionar en un futuro hacia un sistema mixto con dominante equilibrado.[15]

Igualmente, con motivo de la referida reforma electoral, en México se procederá al establecimiento de un tribunal electoral a fin de encomendarle a un órgano jurisdiccional la resolución del contencioso electoral, en vez de que dicha función la siga realizando la Comisión Federal Electoral —misma que se integra con representantes del gobierno y de los partidos políticos—, reservándole a esta última sólo las decisiones electorales de carácter administrativo o político.[16] Aun cuando en un futuro sería deseable que al respectivo tribunal electoral se le confiriera la resolución definitiva de los conflictos electorales (como en Costa Rica, Ecuador, Honduras y Panamá), se ha optado en México por proponer la adopción de un sistema mixto (como en Bolivia y Guatemala), donde al lado de los tribunales electorales se conserva la institución de la autocalificación de las elecciones por las cámaras respectivas, a fin de dar tiempo a que el tribunal electoral adquiera la responsabilidad indispensable.[17]

Mientras que Costa Rica, Ecuador y México establecen límites a la reelección inmediata de los legisladores, diversas constituciones son omisas sobre el particular e, incluso, algunas (como Argentina, Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Venezuela) la permiten expresamente.[18] Con respecto al caso mexicano, me permito señalar que fue a partir de una reforma constitucional de 1933 que se prohibió en forma absoluta la reelección presidencial —que, si bien en 1917 se había ya previsto, con motivo de la nueva candidatura del expresidente Álvaro Obregón se permitió en 1927 la reelección presidencial, por una sola vez mediando un periodo y en 1928 se permitió la reelección indefinida mediando también un periodo, supuestamente a fin de que se alternaran en la presidencia Obregón y Calles— y, junto a la mencionada prohibición absoluta de la reelección presiden-

[14] *Vid., supra* nota 9.

[15] *Cfr., supra* nota 12, pp. 113 y 114.

[16] *Cfr.,* Artículo 60 constitucional, según reforma publicada el 15 de diciembre de 1986, así como los artículos 164 a 175 y 352 a 362 del Código Federal Electoral.

[17] *Vid.,* Madrazo, Jorge, *Renovación política. Audiencias públicas de Consulta. op. cit., supra* nota 12, pp. 491-498.

[18] *Vid.,* Camargo, Pedro Pablo, *Reelección presidencial y reelección parlamentaria en América y México,* México, UNAM, 1965, pp. 70-73.

cial, en el mismo año de 1933 se previó la prohibición de reelección inmediata de los legisladores.[19] Al respecto, pareciera que no hubiera necesidad o justificación alguna para prohibir la reelección parlamentaria, máxime que en la práctica ha propiciado un impedimento para que en México se establezca una adecuada profesionalización de la carrera parlamentaria y acentuado la preponderancia del Poder Ejecutivo, ya que, al no depender el futuro político inmediato del legislador de la voluntad de sus electores, ocurre frecuentemente que éste procure congraciarse y condescender con los deseos políticos del presidente de la República en turno a fin de obtener un eventual puesto en la burocracia una vez terminado su periodo. Por tal motivo, estimo que sería conveniente derogar en México las restricciones a la reelección inmediata de los legisladores.

Fue también en 1933 cuando se derogó en México el requisito de que se renovara parcialmente, a mitad del periodo, la Cámara de Senadores. Al no encontrar argumentos importantes en tal sentido, se encuentra en proceso una reforma constitucional que, como ocurre de manera similar en Argentina y Brasil, propone volver al requisito original de que la mitad de los senadores sean electos a mitad del periodo —en la actualidad, cada 3 años—, lo cual propiciaría un elemento de mayor continuidad en el órgano Legislativo y, probablemente, una mayor autonomía del propio órgano, en tanto que el inminente nuevo presidente no podría intervenir —según las peculiaridades del sistema político mexicano— en la selección de todos los candidatos que integrarán el Senado.[20] Incluso, se podría pensar en el aumento del periodo constitucional de los senadores, como en Argentina y Brasil, elevándolo a 9 u 8 años, respectivamente.

En cuanto a los requisitos para ser diputado, se puede señalar que la edad fluctúa entre los 21 años (contemplado por la mayoría de las constituciones), junto con el de 25 años (como en la República Dominicana), hasta los 30 años (previsto por Ecuador).

Por otra parte, aun cuando ninguna de las constituciones iberoamericanas establece entre las incompatibilidades para ser legislador el fungir simultáneamente como líder o representante de algún sindicato, gremio, central campesina o confederación patronal, estimo que

[19] *Vid.*, Valadés, Diego, "Las transformaciones del Poder Legislativo", en *Obra Jurídica Mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, t. III, pp. 2563-2569.

[20] *Cfr.*, artículo 56 constitucional, según reforma publicada el 15 de diciembre de 1986.

sería conveniente que en México se impusiera tal incompatibilidad, ya que de acuerdo con nuestro sistema político la distribución de las curules ha desvirtuado el sistema representativo en tanto que ha adquirido cierto carácter corporativista, impedido la profesionalización de la carrera parlamentaria puesto que los legisladores no se dedican de tiempo completo a su actividad primordial y, en ocasiones, la función parlamentaria se ha impugnado, pues se alega que ha servido para proteger con la inmunidad procesal correspondiente a líderes que presuntamente habían incurrido en algún tipo de responsabilidad.

Con respecto a la integración del Senado, los periodos constitucionales varían de 4 años (como en Bolivia, Colombia, España y República Dominicana), 5 años (como en Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), 6 años (en México), 8 años (en Brasil y Chile) y hasta 9 años (como en Argentina).

Aun cuando por lo general se prevé que en el Senado se dé cierta representación geográfica en forma equitativa, casi en todos los países se establece que los correspondientes senadores sean elegidos directamente por la ciudadanía, por lo que pareciera que la única diferencia con los diputados es que los respectivos representantes son elegidos en circunscripciones electorales más amplias; la excepción es Argentina, que, siguiendo el modelo estadounidense original, prevé que los senadores sean electos por las respectivas legislaturas provinciales.

Conviene advertir que en diversos países, adicionalmente a la llamada representación geográfica, en el Senado confluye la participación de los expresidentes (como en Perú y Venezuela), del vicepresidente (en Uruguay e, incluso, de otros exfuncionarios (como en Chile, en el caso de 2 exministros de la Suprema Corte, 1 excontralor general de la República, 4 excomandantes de las fuerzas armadas, 1 exministro de Estado y 1 exrector).

Asimismo, es importante destacar cierta tendencia a que también en el Senado se garantice el acceso a los partidos políticos minoritarios de oposición. Así, por ejemplo, en Bolivia se elijen dos senadores por mayoría y uno por minoría en cada circunscripción electoral; en España, se prevé cierta representación proporcional, particularmente en las comunidades autónomas; en Uruguay, se establece la representación proporcional integral de sus 30 senadores, los cuales son electos en una sola circunscripción, y en Venezuela, donde al lado de los dos representanes por cada estado y el Distrito Federal, así como de los expresidentes que hayan concluido más de la mitad de su periodo cons-

titucional, se prevén hasta dos senadores adicionales por cada partido político minoritario de oposición.

En México ha habido cierta oposición sobre el particular, alegando que la representación proporcional en el Senado viola la naturaleza del Estado federal. Al respecto, cabe afirmar que dicha impugnación carece de sustento en la teoría constitucional, en el derecho comparado o en nuestra historia constitucional. En efecto, ya se apuntó que en la actualidad prácticamente la única diferencia entre senadores y diputados es que aquéllos son electos en circunscripciones más amplias. Asimismo, ya se han mencionado ejemplos de otros sistemas constitucionales, incluso federales, que contemplan algún mecanismo de representación de partidos minoritarios en la Cámara de Senadores. Finalmente, debe decirse que si bien bajo la Constitución mexicana de 1824 sí se vinculaba al Senado con la estructura federal en tanto que los senadores eran elegidos por las legislaturas estatales, con posterioridad ya no se consideró esencial dicha relación puesto que llegó a haber Senado durante regímenes centralistas mas no en regímenes federales (v. gr., en el texto original de la Constitución de 1857); incluso, conforme al sistema federal previsto en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, el Senado tuvo otra estructura, pues además de los dos senadores por cada entidad federativa se elegía un número igual al de los estados a propuesta del propio Senado, la Cámara de Diputados y la Suprema Corte de Justicia, por lo que un tercio de los senadores carecían de representatividad geográfica.

Consecuentemente, tomando en cuenta la relevancia de que en todo sistema auténticamente democrático prevalezca en la legislatura la decisión de las mayorías, pero con la adecuada representación de las minorías, así como la positiva experiencia obtenida en México sobre el particular en la Cámara de Diputados con posterioridad a la reforma de 1977, se considera impostergable —tal y como ya lo han advertido eminentes constitucionalistas mexicanos— que de acuerdo con el mecanismo que se considere más adecuado se garantice el acceso de los representantes de los partidos políticos minoritarios de oposición a la Cámara de Senadores, para cuyo efecto debiera prevalecer el principio de igualdad en el número de miembros por cada entidad federativa, incluyendo el Distrito Federal.

Es evidente que la representación de las minorías en los órganos legislativos constituye uno de los controles intraorgánicos indispensable en todo sistema democrático constitucional y, simultáneamente, el

consecuente pluralismo ideológico en ambas cámaras imprime un mayor dinamismo en su actividad deliberativa y una mayor eficacia en los controles interorgánicos que se les encomiendan.[21]

Es oportuno advertir aquí que, como la experiencia en la Cámara de Diputados de México lo demuestra, no es suficiente el mero acceso de los partidos minoritarios de oposición a los órganos legislativos, sino que también debe garantizarse a sus representantes su participación activa y proporcional en las comisiones legislativas, las cuales han cobrado gran relevancia en la época contemporánea, ya que allí se desarrolla la mayor parte del trabajo real y efectivo de las cámaras. La representación proporcional a la fuerza de cada partido político en la propia cámara para la integración de comisiones legislativas, se contempla expresamente en Argentina, Brasil, España, Panamá y Venezuela, de manera similar a como lo establecen Alemania Federal, Estados Unidos, Italia y la mayoría de las democracias occidentales contemporáneas.[22] En México, de conformidad al artículo 55 de la Ley Orgánica del Congreso en vigor, sólo se prevé que para la integración de las comisiones legislativas se procurará que entre sus 17 miembros se encuentren representados los diferentes grupos parlamentarios; al respecto, es claro que el mero procurar debe desaparecer para establecer una prescripción taxativa.[23]

De 19 constituciones iberoamericanas, diez establecen un periodo de sesiones ordinarias al año (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, Paraguay y Uruguay) y nueve prevén dos periodos ordinarios al año (Brasil, Costa Rica, Cuba, España, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela). Mientras que en Ecuador la duración del periodo de sesiones es de dos meses improrrogables, en Honduras es de más de nueve meses prorrogables; en España y Uruguay es de nueve meses; en Guatemala, todo el tiempo que sea necesario; en Bolivia, de 3 a 4 meses; en Chile, casi

[21] *Vid.*, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional* (trad. de Pablo Lucas Verdú), Madrid, Editorial Tecnos, 1973; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego), 2a. ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1976, p. 55.

[22] Entre las obras que sistemáticamente y desde una perspectiva comparativa se ocupan de las diversas funciones atribuidas a las legislaturas es posible destacar las de Ameller, Michel, *Parlements*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, Union Interparlamentaire, 1966; Bradshaw, Kenneth y David Pring, *Parliament and Congress*, Londres, Constables, 1972, y Wheare, K. C., *Legislatures*, 2a. ed., Londres, Oxford University Press 1968.

[23] *Vid.*, Barquín, Manuel, "El control parlamentario del sector paraestatal (la reforma del artículo 93 de la Constitución mexicana, con un estudio comparativo)", en *Anuario Jurídico*, México, vol. IX, UNAM, 1982, p. 743.

4 meses; Argentina, Colombia y México, 5 meses; Costa Rica, República Dominicana y Venezuela, 6 meses; Perú, 7 meses; Brasil y Panamá, 8 meses; Paraguay, 8 meses y 20 días.

Cabe advertir que, en México, el doble periodo de sesiones que implicó la ampliación en un mes de su duración fue aprobado por reforma constitucional de 1986, y entrará en vigor a partir de 1989. De este modo, se vuelve al sistema de 1857 que fue modificado en 1874 junto con el restablecimiento del Senado, con el propósito de fortalecer, en ese momento, al Ejecutivo.

El caso de la República de El Salvador nos parece peculiar. Su artículo 122 constitucional sencillamente establece que: "La Asamblea Legislativa se reunirá ... para iniciar su periodo y sin necesidad de convocatoria el día primero del año de la elección de sus miembros...", sin especificar fecha alguna para la conclusión de las sesiones, por lo que se entiende que éstas se celebran durante todo el periodo de tres años para el que fueron electos los diputados de la respectiva Asamblea. Por su parte, el artículo 29 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa establece que:

> ...Las sesiones ordinarias se efectuarán, por lo menos, una vez por semana, el día y la hora que determine el Presidente al hacer la respectiva convocatoria... Las sesiones extraordinarias se efectuarán los días y horas que señalen las respectivas convocatorias del Consejo de Ministros o del Presidente de la Asamblea Legislativa, que la harán cuando hubiere urgencia de celebrarla antes de la fecha señalada para la sesión ordinaria.

Prácticamente, todas las constituciones prevén la inmunidad absoluta de los legisladores por sus opiniones en el ejercicio de sus funciones; la única salvedad es Brasil, que pone como excepción la comisión del delito de honra. Asimismo, todas prevén la inmunidad procesal de los legisladores por supuestos delitos cometidos durante el encargo, requiriéndose para su persecución de la autorización de la propia Asamblea, si bien en algunas dicha inmunidad sólo abarca antes, durante y después de las sesiones y, a diferencia de otras, en la mayoría se establece como excepción el caso de flagrante delito.

IV. Control sobre la facultad presidencial de nombramiento

Todas las constituciones hispanoamericanas establecen diversos controles y límites a la facultad presidencial de nombramiento, especial-

mente al requerir la ratificación del órgano Legislativo o de alguna de sus cámaras en el caso de nombramiento de funcionarios judiciales y militares de mayor jerarquía, así como de funcionarios diplomáticos y, en ocasiones, hacendarios.

En ciertos casos, pues, las cámaras pueden negar su aprobación a los nombramientos que les proponga el Ejecutivo y que no consideren idóneos en los supuestos previstos constitucional o legalmente. Asimismo, la legislatura puede dictar leyes en que se establezca un procedimiento distinto para el nombramiento y remoción de una serie de funcionarios importantes, sustrayendo esta facultad del Ejecutivo o, por lo menos, limitándola al establecer ciertos requisitos para su designación. Al respecto, cabría insistir en la conveniencia de que se establezca en México el servicio público de carrera, tal y como ocurre en Bolivia, Costa Rica, España, El Salvador, Honduras, Panamá y Venezuela.

Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en México y en varios países latinoamericanos donde el titular del Ministerio Público es un funcionario nombrado y removido libremente por el presidente, en Colombia es nombrado por la Cámara de Representantes de terna que le someta el presidente; en Ecuador y Honduras, lo nombra el Congreso; en Perú, es el presidente con aprobación del Senado, y en Venezuela es nombrado por las cámaras en sesión conjunta. Precisamente, sería deseable que en México se adoptara el sistema venezolano que distingue entre el procurador general de la República, cuya función primordial es la de asesor jurídico del gobierno, siendo nombrado y removido por el presidente, y, por otra parte, el fiscal general de la República, a cuyo cargo se encuentra el Ministerio Público y es nombrado, como se apuntó, por las cámaras en sesión conjunta.[24]

V. Controles sobre la gestión administrativa

Entre los medios —distintos al estricto proceso legislativo— empleados por las cámaras para controlar constantemente la gestión administrativa del gobierno, se pueden mencionar: *a)* los informes, *b)* las preguntas, *c)* las interpelaciones, *d)* las mociones y *e)* las investigaciones (mientras que los cuatro primeros se desarrollan dentro de cada asamblea, el último se realiza fuera de las salas de las cámaras.) [25]

[24] *Vid.*, Fix-Zamudio, Héctor, "La función jurisdiccional del Ministerio Público", en *Anuario Jurídico*, México, vol. V, UNAM, 1978.

[25] *Vid.*, Orozco Henríquez, J. de Jesús, "Las legislaturas y sus funciones de con-

Aun cuando los mecanismos anteriores tuvieron su origen en los regímenes parlamentarios, desde el siglo pasado se utilizan cada vez más, incluso —con ciertas adaptaciones— en los regímenes presidenciales, a efecto de que las cámaras puedan conocer las noticias y los datos necesarios para formular sus propios juicios y permitir una plena valoración del comportamiento del gobierno a fin de ejercer adecuadamente sus diversas facultades.

Todas las constituciones bajo examen contemplan como facultades de la legislatura el recibir, solicitar y recabar informes, así como el citar y preguntar o interrogar a los titulares de las dependencias administrativas centralizadas y paraestatales, si bien en Colombia está prohibido dirigir excitativas a funcionarios del gobierno y dar votos de aplauso o censura al presidente de la República (esto último también está proscrito en Panamá). En algunos sistemas, como en Venezuela, se puede citar e interrogar incluso a particulares, siempre y cuando haya pleno respeto de los derechos constitucionalmente garantizados.

Asimismo, la gran mayoría de las constituciones contemplan la facultad del Legislativo de establecer comisiones de investigación, en algunas sobre cualquier asunto de interés público (como en Bolivia, España y Guatemala) y en otras con ciertas restricciones (como en México, en tanto que sólo abarcan a los organismos descentralizados y a las empresas de participación estatal mayoritaria). Al respecto, se estima necesario que en México la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de la administración pública no se concrete al llamado sector paraestatal sino, por mayoría de razón, también debe abarcar a las dependencias centralizadas. Asimismo, aun cuando no se establezca expresamente, debe entenderse que si como resultado de la investigación se acredita que el titular de la dependencia en cuestión incurrió en alguna causal de juicio político (como, por ejemplo, cierta infracción a la Constitución o a las leyes federales que cause perjuicios graves),[26] nada impide que dicho juicio se sustancie e, independientemente del parecer del Ejecutivo, se destituya y/o inhabilite al responsable.

Asimismo, se considera indispensable que, en lugar de que sólo se integren eventualmente comisiones investigadoras, se confieran facultades permanentes de investigación a las diversas comisiones legisla-

trol sobre la actividad gubernamental", en *Política y proceso legislativo*, México, Senado de la República-UNAM, 1985, pp. 37-41.

[26] *Cfr.*, artículos 109 y 110 constitucionales, así como 5 a 8 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 31 de diciembre de 1982.

tivas ordinarias, tal y como ocurre en los Estados Unidos, donde han desempeñado una función relevante de control. En este sentido, a pesar de que la Constitución de los Estados Unidos no faculta expresamente al Congreso para controlar la gestión administrativa, éste, en ejercicio de facultades implícitas, ha establecido que, a fin

> de ayudar al Congreso a apreciar la administración de las leyes y a desarrollar las enmiendas a la legislación complementaria que estime necesaria, cada comisión permanente del Senado y de la Cámara de Representantes ejercerá una continua vigilancia de la ejecución por las agencias administrativas de las leyes que pertenezcan a la jurisdicción de cada comisión...

Es así como las comisiones legislativas del Congreso de los Estados Unidos (organizadas de tal manera que cada una se asigna a cierto campo de la actividad gubernamental: agricultura, comercio, defensa, etcétera) se han considerado habilitadas para investigar continuamente lo que el gobierno hace en estos campos. Por este conducto, obviamente, las comisiones se pueden informar en mayor detalle de lo que un miembro en lo individual lograría al plantear una pregunta a un ministro o secretario de Estado durante una sesión del Congreso.[27]

A diferencia de los sistemas presidenciales puros, donde los secretarios o ministros de Estado sólo son responsables políticamente ante el presidente de la República, varias constituciones prevén interpelaciones a los ministros de Estado (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Perú y República Dominicana) e, incluso, mociones de censura y de falta de confianza (Costa Rica, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela), cuya consecuencia, si se reuniere una mayoría calificada, puede ser la destitución o dimisión de los correspondientes ministros o secretarios de Estado. Mientras que en Guatemala se prevé que no podrán ser más de cuatro ministros a los que se puede obligar a dimitir, en Bolivia, Perú y Uruguay puede abarcar al Consejo de Ministros.

Por su parte, el presidente de la República en Perú y Uruguay puede disolver, en su caso, la Cámara de Diputados o la Asamblea General cuando la primera haya censurado o negado su confianza consecuentemente a tres consejos de ministros o cuando la segunda persista en censurar los actos de administración o gobierno por menos de 3/5 partes de sus miembros. Asimismo, el presidente de Paraguay puede

[27] *Vid.*, Bidegain, Carlos María, *El Congreso de Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1950, pp. 159-174 y 373-398.

disolver el Congreso por hechos graves que le sean imputables y que pongan en peligro el equilibrio entre los poderes del Estado o que afecten la vigencia de la Constitución o el libre desenvolvimiento de las instituciones creadas por ella.

A las anteriores constituciones cabe agregar, claro está, la de España que, en tanto régimen parlamentario, contempla todas esas modaildades.

La responsabilidad política de los ministros de Estado derivada de las interpelaciones y de las mociones de censura o de falta de confianza debe ser diferenciada del llamado juicio político previsto en México, y que se refiere a la facultad de la Cámara de Diputados para acusar a ciertos servidores públicos de alta jararquía por presuntas infracciones graves de carácter político previstas legalmente en forma general y expresa, con independencia de que las mismas configuren o no algún delito sancionado por la legislación penal, debiendo resolver la Cámara de Senadores, a través de las dos terceras partes de sus miembros presentes de manera similar al *impeachment* de tipo anglo-americano.[28]

Por último, como complemento de la función de control de la gestión administrativa que se atribuye a las legislaturas, se puede mencionar a la institución del *ombudsman escandinavo* que, con determinadas peculiaridades, ha sido recogida en España a través del "Defensor del pueblo" y que, en forma incipiente, se contempla con esa denominación en Perú dentro de la Fiscalía de la Nación, en Guatemala con el procurador de los Derechos Humanos y en Honduras con la Dirección de Probidad Administrativa; mientras que en España es designado por las Cortes Generales; en Perú, por el presidente con aprobación del Senado; en Guatemala, por el Congreso a propuesta en terna de la Comisión de Derechos Humanos nombrada por el propio Congreso con un representante de cada partido político, y en Honduras es electo por el Congreso Nacional cada cinco años. Cabe mencionar también la iniciativa de reforma constitucional en proceso en Argentina que pretende establecer al comisionado parlamentario con funciones similares.

En este sentido, sería recomendable establecer en México un organismo auxiliar del órgano Legislativo, cuya tarea sea recibir e investigar las reclamaciones de los ciudadanos por la afectación de sus derechos

[28] *Vid.*, Orozco Henríquez, J. de Jesús, "Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, UNAM-Porrúa, 1984, pp. 123-125.

fundamentales realizada por los funcionarios administrativos. Con motivo de esta investigación el referido organismo puede proponer, sin efectos vinculatorios, las soluciones que estime adecuadas para evitar o subsanar dichas violaciones. Esta labor debe comunicarse tanto a los más altos funcionarios del gobierno como al órgano Legislativo, además de publicarse los respectivos informes donde se pueden sugerir las medidas legales y reglamentarias necesarias para mejorar los servicios públicos respectivos.[29]

VI. Fiscalización financiera

Los principales controles económicos y hacendarios accesibles al órgano Legislativo son la aprobación de la Ley de Ingresos y del presupuesto de egresos, así como la revisión de la cuenta pública. En cuanto a los dos primeros, mismos que requieren ejercerse de la manera más informada, estricta y efectiva, es claro que dependerá del órgano Legislativo, en ejercicio del llamado "poder de la bolsa", la determinación de cuáles son los recursos de los que podrá disponer el Ejecutivo, así como aquellos conceptos en los que sólo podrá gastarlos.

Con respecto a la revisión de la cuenta pública y a fin de ejercer una fiscalización financiera permanente sobre la administración pública, las diversas constituciones establecen un órgano auxiliar del Legislativo, frecuentemente dotado de autonomía funcional, denominado por lo general Contraloría General de la República o de Cuentas (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Honduras, Panamá, República Dominicana y Venezuela), o bien, Corte o Tribunal de Cuentas (como en Brasil, El Salvador, Paraguay, España, Uruguay) y sistemas mixtos (como en Guatemala), donde además de la Contraloría General de Cuentas designada por el Congreso y con garantías equivalentes a las de los magistrados judiciales, hay tribunales de cuentas, pertenecientes al organismo judicial, con jueces de cuentas de primera instancia y con un tribunal de cuentas de segunda instancia.

La mayoría contempla que el respectivo titular o sus miembros durarán un específico periodo que coincide con el del presidente o, en ocasiones, un periodo mayor; pero la mayor autonomía funcional es la prevista para la Contraloría General de la República de Chile en tanto

[29] *Vid.*, Bradshaw, *supra* nota 22, pp. 374-378; Fix-Zamudio, Héctor, "Posibilidades de innovación institucional de las entidades federativas", en *Nuevo derecho constitucional mexicano*, José Francisco Ruiz Massieu y Diego Valadés (eds.), México, Porrúa, 1983, pp. 305-307.

que el titular es inamovible hasta los 75 años (si bien, actualmente y según un artículo transitorio constitucional, en vez de haber sido nombrado por el presidente con aprobación del Senado, lo fue con acuerdo de la Junta de Gobierno Militar); e, igualmente, para los tribunales de cuentas de Brasil y España, ya que a sus miembros se les otorgan garantías equivalentes a las de los miembros del Poder Judicial, incluida la inamovilidad.

En cuanto a la revisión de la cuenta pública en México, las reformas de 1977 [30] indudablemente han contribuido a establecer su alcance, teniendo por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos comprendidos en los programas. Para tal efecto, como se sabe, la Cámara de Diputados cuenta con el apoyo de la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual se encarga de determinar las responsabiildades legales que resulten. Sin embargo, como se sabe, esta última no ha logrado su cometido debido, principalmente, al control que el partido hegemónico ejerce sobre ella y la Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados de quien depende. En efecto, el contador mayor es designado, para un periodo de ocho años, por la Cámara de Diputados de terna propuesta por la Comisión de Vigilancia,[31] la cual se integra con 17 diputados electos por el pleno de la Cámara (procurando que se encuentren representados los diferentes grupos parlamentarios, esto es, los diversos partidos políticos que cuenten, cuando menos, con cinco diputados) a propuesta de la Gran Comisión de la misma, cuyos miembros en la actualidad pertenecen, todos ellos, al Partido Revolucionario Institucional.[32]

Así pues, a efecto de impedir que el control efectivo de la legalidad financiera del sector público se encuentre supeditado a eventualidades políticas —como ha ocurrido con las funciones encomendadas a la Contaduría Mayor de Hacienda y se corre el riesgo de que, en un futuro también ocurra con las correspondientes a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación—,[33] se hace indispensable que las fun-

[30] *Cfr.*, artículo 74, fracción IV, constitucional.

[31] *Cfr.*, particularmente, los artículos 2o., 5o. y 10o. de la Ley de la Contaduría Mayor de Hacienda, publicada en el *Diario Oficial* de 29 de diciembre de 1978.

[32] *Cfr.*, particularmente, los artículos 46, 47, 51, 55 y 59 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial* de 25 de mayo de 1979.

[33] Como se sabe, esta última dependencia cuyo titular es nombrado y removido libremente por el Ejecutivo, fue creada a través de las reformas y adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicadas en el *Diario Oficial*

ciones permanentes de control, vigilancia y fiscalización de los recursos económicos y financieros de carácter público se encomienden a un órgano autónomo.

Al respecto y para evitar duplicidad, cabría pensar en que la mencionada Contaduría Mayor y la Secrearía de la Contraloría se fusionaran en un solo órgano que podría considerarse como auxiliar del Legislativo, tomando en cuenta que a éste tradicionalmente le han correspondido las funciones de control apuntadas, pero garantizando su autonomía funcional. Esta última podría obtenerse, por ejemplo, en la medida que su titular (habiendo sido nombrado directamente por el Congreso, o bien, mediando propuesta en terna del Ejecutivo) disfrute de las garantías equivalentes a las de los miembros del Poder Judicial, especialmente la relativa a la inamovilidad, pudiendo ser destituido previo juicio político o, en caso de haber cometido algún delito, separado de su encargo previa declaración de procedencia, tal y como ocurre en otros sistemas jurídicos. Asimismo, sería necesario que se le dotara de los recursos técnicos, humanos y financieros para el óptimo ejercicio de sus funciones de control y para que pueda determinar eficientemente las responsabilidades derivadas de las irregularidades de la cuenta pública.

Pues bien, a efecto de no excederme de los límites fijados a este trabajo, sólo resta desear que las anteriores reflexiones contribuyan a destacar las importantes facultades de control que las constituciones iberoamericanas confieren a sus respectivos órganos legislativos sobre la actividad gubernamental y, especialmente, la necesidad de que las mismas sean ejercidas en forma vigorosa para garantizar la regularidad de las funciones atribuidas constitucionalmente a cada uno de los órganos del poder público, así como el que éstos se sujeten a sus respectivos límites.

de 29 de diciembre de 1982, concretamente a través del artículo 32 bis, la cual, en un sistema como el nuestro, constituye un avance considerable y ha desempeñado una función relevante urgente en el ejercicio del presupuesto. Sin embargo, hay que advertir que el sistema debe apuntar a que en un futuro el control permanente respectivo sea efectuado por un órgano autónomo, a efecto de que sea más eficaz y real y que tenga el carácter de una auditoría externa, particularmente con respecto del Ejecutivo, quien, por mucho, ejerce la mayor parte del presupuesto público.

LA PARTICIPACIÓN SOCIAL PARA LA PLANEACIÓN: LOS CASOS DE MÉXICO Y FRANCIA

Francisco Javier OSORNIO CORRES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La planeación en México.* 1. *Antecedentes.* 2. *Importancia y significado del Plan de Desarrollo.* 3. *La planeación: resultado de la concertación social.* 4. *Mecanismos de participación institucional y social en la planeación.* A. *Participación del Congreso de la Unión.* B. *Participación de los particulares en la planeación.* III. *La planeación en Francia.* 5. *La reforma a la planificación francesa.* IV. *Observaciones finales de conjunto.*

I. INTRODUCCIÓN

En este breve análisis queremos presentar una visión comparativa [1] de lo que, desde mi particular punto de vista, constituye justamente el punto medular de la planeación indicativa: la participación ciudadana en la elaboración y ejecución del Plan de Desarrollo.

En este estudio pretendemos confrontar dos sistemas jurídicos distintos, pero con puntos en común que los acercan de una manera que resulta muy útil para el investigador, el estudioso y, en general, todo aquel interesado en el análisis jurídico de los sistemas de planeación.[2]

[1] Con este trabajo queremos participar en el merecido homenaje que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM rinde al jurista más distinguido del México contemporáneo: el doctor Héctor Fix-Zamudio. En esta labor hemos decidido abordar un método en el que el doctor Fix, es una de las autoridades de mayor prestigio, nos referimos, desde luego, al método jurídico comparativo.

Respecto a la denominación del derecho comparado, el autor aquí homenajeado ha escrito que: "si bien se ha impuesto, al menos en los idiomas latinos, el nombre de 'derecho comparado' para designar al sector del conocimiento que estudia la comparación de los ordenamientos jurídicos, debemos estar conscientes que esta denominación no es estrictamente correcta, sino que se acerca más a la realidad la que utilizan los tratadistas alemanes: *Rechtsvergleichung* (literalmente, comparación, jurídica)... en estricto sentido debe hablarse de un 'método jurídico comparativo', de 'comparación jurídica' o de 'estudio comparativo del derecho'," En: *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídicas"*, 1a. ed., UNAM, 1981, p. 329.

[2] El propio doctor Fix-Zamudio ha afirmado, con acierto, que: "sin el auxilio del método comparativo el jurista se acostumbra a considerar las soluciones de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de su país, como las únicas posibles, con

La metodología del derecho comparado —tal y como lo ha enseñado el doctor Fix-Zamudio ofrece la ventaja y la oportunidad de analizar las instituciones del derecho interno a la luz de otras similares de órdenes jurídicos foráneos. El ejercicio es sano, pues permite ampliar la perspectiva en el estudio de nuestras instituciones jurídicas mostrando que existen otras modalidades y ascepciones de las mismas que pueden permitir un desarrollo más adecuado que las propias. Desde esta perspectiva, el recurrir a un análisis comparativo de las instituciones de distintos órdenes jurídicos contribuye al desarrollo de la ciencia del derecho, así como a la evolución de sus instituciones.[3]

Se ha escogido el tema de la participación social en el proceso de la planeación nacional, porque constituye uno de sus elementos centrales. Tan es así, que en nuestro país a la planeación se le califica de "democrática", justamente porque implica la participación ciudadana y por la ya apuntada razón de que en un sistema de planeación indicativa, de respeto a la propiedad privada y a las libertades económicas, la adhesión de los particulares a las políticas y prioridades del plan debe ser voluntaria, y para que este proceso se produzca es indispensable incorporar a la ciudadanía a las distintas facetas de la planeación.

Asimismo, hemos escogido a Francia como parangón de nuestro sistema, por sus muy importantes similitudes jurídicas, principalmente en el campo del derecho administrativo. Existe otra razón de fundamental importancia: Francia es uno de los primeros países occidentales en incorporar la planeación en un sistema capitalista, y ha sido considerada por otros países, de sistemas económicos similares, como punto de referencia obligado en la organización de sus sistemas nacionales de planeación. Es indiscutible el valor y la importancia del sistema francés de planeación, mismo que se ha confirmado por la longevidad y éxito que ha alcanzado. Pasemos pues a la presentación de los sistemas mexicano y francés de participación social en la planeación, para posteriormente esbozar un análisis crítico de ambos, así como una serie de alternativas de evolución que desaríamos ver en nuestro sistema nacional de planeación.

lo que obtiene una concepción estrecha y limitada de su propio ordenamiento jurídico", *op. cit.*, p. 331.

[3] El doctor Fix-Zamudio sostiene que si el jurista contrasta su propio ordenamiento "con otros diversos, puede ampliar sus horizontes culturales, comprender con mayor precisión el alcance de los problemas jurídicos y obtener una mayor sensibilidad para resolverlos, perfeccionando los instrumentos que se le han proporcionado, al utilizar la experiencia y los conocimientos derivados de otros sistemas jurídicos", *loc. cit.*

II. La planeación en México

1. *Antecedentes*

Las reformas constitucionales de febrero de 1983 serán, sin duda, de una gran trascendencia para el desarrollo de las instituciones públicas de nuestro país, en particular en lo que se refiere a las relaciones entre la sociedad política y la civil.

La planeación para el desarrollo es una herramienta de gobierno. Una técnica que permite asociar el inventario de recursos nacionales con el de las grandes necesidades económicas y sociales, así como con las aspiraciones, objetivos y metas que el país se fija en un momento determinado y que, al mismo tiempo le permite prepararse y preparar el futuro. La planificación se basa en la revelación del volumen y la estructura de las necesidades sociales y los recursos materiales y de mano de obra indispensables para satisfacerlas.[4]

La planeación no es solamente una herramienta de la que se puede servir el gobierno. En esencia, la planeación, para garantizar el eficaz logro de sus objetivos, exige de una intensa y constante participación de los distintos poderes, de los distintos niveles de gobierno y, fundamentalmente, de la propia sociedad civil. En atención a estas características, nuestro sistema nacional de planeación ha sido calificado de "democrático". Calificativo que no se puede quedar exclusivamente plasmado de una manera formal en el sistema de planeación, sino que verdaderamente debe marcar todas y cada una de las distintas fases e instrumentos de la planeación nacional.

La planeación del desarrollo adquiere su carta de naturalización definitiva en la Unión Soviética, algunos años después del triunfo de la revolución bolchevique. En efecto, en este país, desde 1920, se inicia la labor de planificación económica con el plan de electrificación denominado GOELRO, al que habrían de suceder una serie importante de planes de desarrollo, que encuentran su última expresión en el "Plan de fomento de la economía nacional de la U.R.S.S.", que contiene la política de desarrollo hasta el año de 1990.[5]

La realización de las previsiones del Plan se facilita, en la Unión

[4] Berri, L., *Planificación de la economía socialista,* Moscú, Editorial Progreso, 1977, p. 23.

[5] *Cfr.,* Lapin, N.; E. Korzheva y N. Naumova, *Teoría y práctica de la planificación social,* Moscú, Editorial Progreso, 1980, p. 9. Ver, asimismo, Berri L., *op. cit.,* pp. 11 y ss.

Soviética, por el hecho de que sus políticas, tareas, objetivos y metas son de cumplimiento obligatorio para el conjunto de los agentes económicos. La fuerza del derecho garantiza la realización de los propósitos de la planeación: "El carácter imperativo de los planes es uno de los principios fundamentales de la planificación soviética".[6]

En los países de libre mercado —como el nuestro— que han decidido incorporar el instrumento de la planeación para fomentar el desarrollo nacional, la estructura jurídica y política que los caracteriza no permite que las previsiones de la planeación se impongan a la sociedad de manera coercitiva, por lo que su realización se dificulta. Esta situación es la que justifica y explica la necesidad de que la planeación, en estos países, sea democrática, es decir, que considere, a lo largo de todo el proceso planificador, la participación de los distintos grupos y clases sociales, con el propósito de que el cumplimiento de los objetivos programados obedezca más a la decisión libre de los distintos agentes económicos, que al imperio del orden coactivo.

Francia es el primer país occidental en adoptar la planeación como un instrumento permanente y global de dirección de su economía, en un contexto de respeto a la propiedad privada y a las libertades económicas e individuales. La experiencia de este país, en la materia, data de 1945, año en el que el general Charles de Gaulle, titular del Ejecutivo, ordenó la elaboración de lo que fue el llamado "Plan Monnet" o "Plan de modernización y equipamiento".[7]

Las características especiales de crisis y destrucción de la infraestructura nacional, el abandono general de la actividad económica, por lo menos durante la Segunda Guerra Mundial, así como las crecientes necesidades sociales, resultado de este periodo bélico, hicieron que la ejecución del Plan Monnet no hubiera podido dejarse a la libre voluntad de la población o a su buena fe. El Plan Monnet tuvo la necesidad de hacer uso de un complejo aparato coercitivo para garantizar la realización de sus previsiones y asegurar así el cumplimiento de sus objetivos y metas.

A más de cuarenta años de haberse iniciado, en Francia, la utilización de la planeación como instrumento fundamental de coordinación y promoción del desarrollo, la planeación sigue siendo una herramienta de importancia central para el progreso del país, para el crecimiento de su planta productiva, para la optimización de su aparato comercial, en

[6] *Cfr.*, Berri, L., *op. cit.*, p. 48.
[7] *Cfr.*, Ullmo, Yves, *La planification en France*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 5 y ss.

la promoción de mejores condiciones de vida para la población y, sobre todo, en la definición de una instancia que logra coordinar la política gubernamental, con las expectativas de desarrollo de la población.

Actualmente en Francia se ejecuta el "IX Plan de Desarrollo" que ha adicionado el aspecto cultural a los tradicionales aspectos económico y social. El balance general de éstos, más de cuarenta años de experiencia en la planeación, en aquel país, plantea una pregunta central: ¿cómo ha logrado un país de libre mercado —con una economía mixta, muy similar a la nuestra— hacer efectivo un sistema de planeación sin la necesidad de recurrir a la fuerza del derecho, sin que sus previsiones impliquen una decisión que obligue a los agentes económicos y sociales y ni siquiera a la propia administración pública?, ¿cuál es el secreto que ha hecho posible convertir en una realidad la mayor parte de las previsiones de la planeación, en un marco de respeto irrestricto a las libertades económicas y en donde la oferta y la demanda siguen condicionando, en buena medida, el comportamiento del mercado?

Sin duda la respuesta a estas interrogantes no es sencilla, ni radica en una fórmula mágica que, milagrosamente, convierta en realidad las expectativas del Plan. El éxito de la planeación francesa se debe asociar, sin duda, a un sinnúmero de características del sistema político francés, a la idiosincrasia de su pueblo, a la complejidad de sus instituciones y a la tradición que las respalda, después de varios siglos de perfeccionamiento, siempre en búsqueda de la democracia, del respeto a los derechos ciudadanos, así como a la responsabilidad y al compromiso de sus gobernantes por contribuir a edificar una sociedad cada vez más respetuosa, más digna, más responsable y orgullosa de sí misma. Pero en esta complejidad política, histórica y social hay, sin duda, un elemento importante que contribuye a explicar, en buena medida, el éxito de la planeación indicativa: nos referimos al proceso de elaboración del Plan.

2. *Importancia y significado del Plan de Desarrollo*

El Plan de desarrollo —tanto en Francia, como en cualquier otro país que pretenda adoptar la planeación como instrumento fundamental en la promoción del desarrollo —representa el documento de mayor importancia en la definición de la política económica y social (en ocasiones aun cultural) que un país decide seguir en los próximos años, en un horizonte de mediano plazo. Es decir, es un periodo de 5 a 7 años aproximadamente.

Para ello, el Plan parte de un diagnóstico del comportamiento general de la economía nacional de los últimos años, destacando sus principales variables internas y las externas que condicionan su evolución; los problemas más importantes a los que se ha enfrentado, la forma en que los ha resuelto o ha pretendido resolver; las principales necesidades colectivas que demandan una atención prioritaria; así como los grandes proyectos de desarrollo a realizar en el futuro inmediato y, en fin, un inventario de las expectativas de desarrollo del país, considerando los recursos físicos, humanos, materiales y financieros, tanto internos como externos, con los que cuenta el país para resolver sus necesidades y promover el desarrollo nacional. Evidentemente, las cuentas nacionales representan, para la planeación, una infraestructura de apoyo fundamental, tanto para la elaboración del diagnóstico, como para la proyección del comportamiento de la economía nacional en el periodo que comprenderá el Plan.

Para que la planeación sea verdaderamente efectiva requiere contar con previsiones para el conjunto de la economía nacional y no solamente de un sector o una región económicos. La planeación debe ser global y nacional. Sus previsiones deben cubrir, por lo menos, un periodo de mediano plazo. El comportamiento de una economía nacional es tan complejo que no se pueden observar resultados sólidos y duraderos, con efectos globales, si no se inscribe en un periodo más o menos prolongado de tiempo; esfuerzo que se deberá continuar con una nueva programación de mediano plazo que recoja las variables observadas en los últimos años y que tenga la suficiente flexibilidad para ajustarse a la coyuntura.

Es decir, la planeación debe conjuntar las acciones de los distintos agentes económicos, sectores y regiones del país. Compromete, por lo tanto, a la sociedad política (al Estado) así como a la sociedad civil. Cualquier otro instrumento que no cumpla cabalmente con estos requerimientos sólo será —en el mejor de los casos— una programación parcial de un sector o de una región de la economía y por lo tanto será muy difícil que sus resultados se reflejen en el comportamiento general de la economía. La planeación debe ser una acción permanente que conjunte la acción de los distintos sectores y grupos de la sociedad y exprese sus políticas y lineamientos en planes de mediano plazo que se continúen uno tras otro en la adaptación de la economía nacional a las cambiantes necesidades de la sociedad y en su renovado deseo de superar sus condiciones de vida.

Dadas las características nacionales y globales del Plan, este no pue-

de ser un documento unilateral que elabore sólo uno de los sectores de la sociedad y que trate de imponerlo al resto de la colectividad y mucho menos cuando la planeación no cuenta con el respaldo del derecho para imponer coercitivamente su ejecución. La planeación exige entonces de la acción concertada de los distintos sectores de la sociedad, bajo la coordinación del Estado, el que también debe de participar a través de sus distintos órganos y niveles de gobierno.

3. *La planeación: resultado de la concertación social*

El artículo 25 de nuestra Constitución confiere al Estado la responsabilidad de regir el desarrollo nacional, mismo que debe ser integral, para que fortalezca efectivamente la soberanía de la nación y su régimen democrático. Para lograr estos propósitos, en el proceso se debe procurar el fomento del crecimiento económico y del empleo, así como una más justa distribución del ingreso y la riqueza.

Esta disposición constitucional, además de responsabilizar al Estado de regir el desarrollo nacional, define los elementos que debe cumplir este desarrollo: que sea integral, que fomente el crecimiento económico y los niveles del empleo para que, por este medio, se fortalezca la soberanía nacional y el régimen democrático de las instituciones del país.

Para cumplir con esta elevada misión política y social, la propia Constitución establece —en su artículo 26— que el Estado organizará un sistema de planeación, al que califica de democrático. Requisito, este último, que se cubrirá mediante "la participación de los diversos sectores sociales", a fin de recoger las aspiraciones y demandas de la sociedad, mismas que deberán ser incorporadas en el Plan y los programas de desarrollo.

Esto significa que la propia Constitución reconoce que la planeación no es una labor exclusiva del Estado y mucho menos de su gobierno: de conformidad con la doctrina, la Constitución mexicana dispone que la planeación debe considerar la participación de la población, debe recoger sus demandas y aspiraciones y considerar sus posibilidades de desarrollo.

La Constitución prevé, igualmente, la participación de los gobiernos estatales —en un marco de respeto a las sociedades interiores de las entidades federativas—, así como del Congreso de la Unión. Esto significa que el Constituyente Permanente concibe a la planeación como una magna labor social, resultado de la participación de los poderes

Ejecutivo y Legislativo, de la Federación, de los gobiernos de los estados y del conjunto de la población. Solamente, bajo la condición de la participación integral de todos los mexicanos, se podrá elaborar un plan "nacional". La ausencia de cualquiera de estos niveles de autoridad o sectores sociales producirá, necesariamente, un plan parcial, sectorial o regional; pero nunca un plan nacional.

Sin embargo, la Constitución no define la forma de participación de estos distintos sectores sociales y niveles de gobierno. Por lo que se refiere a la participación de los gobiernos de los estados, la Constitución precisa que ésta será el resultado de la coordinación que promueva el Ejecutivo federal, a través de convenios *ad hoc,* con estos niveles de gobierno, en donde se especificarán de mutuo acuerdo las características de participación y colaboración entre los gobiernos estatales y el federal.[8]

En lo que toca a la participación del Congreso de la Unión, la Constitución delega la responsabilidad de fijar las bases de su participación a la ley que el propio Legislativo federal expida. Por último, la participación de los diversos sectores sociales de la población será definida por los mecanismos que para estos efectos establezca el Ejecutivo federal.

Este esquema constitucional nos remite a la ley y será en ella (Ley de Planeación, *Diario Oficial* del 5 de enero de 1983) en donde encontraremos especificados los mecanismos de participación pública y privada en la planeación.

4. *Mecanismos de participación institucional y social en la planeación*

En efecto, la Constitución prevé la participación en la planeación del Congreso de la Unión, de los gobiernos de los estados, así como de los sectores social y privado. Dicha participación se concibe como un proceso permanente que debe comprender desde la elaboración del Plan hasta su ejecución y evaluación.

[8] Al respecto, el artículo 26 de la Constitución precisa que la ley determinará las bases "para que el Ejecutivo Federal coordine, mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas" las acciones a realizar para la elaboración y ejecución del plan. Esta disposición es precisada por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) que faculta al presidente de la República para celebrar convenios de coordinación con los gobiernos estatales a fin de favorecer el desarrollo integral de las propias entidades federativas (artículo 22).

De esta suerte, el gobierno federal ha celebrado convenios únicos de coordinación con las 31 entidades federativas, en los que se ha incluido la incorporación de los gobiernos estatales al sistema nacional de planeación.

Pasemos pues a analizar cómo regula la ley esta amplia participación nacional en la planeación que caracteriza a nuestro sistema democrático.

A. Participación del Congreso de la Unión

La participación del Poder Legislativo federal, en el sistema nacional de planeación, está regulada por los artículos 5o., 6o., 7o., 8o., 10o., 20, y 40, de la Ley de Planeación.

El artículo 6o. obliga al Ejecutivo federal a presentar al Congreso de la Unión dos informes anuales sobre el nivel de ejecución del Plan: el primero, al rendir su informe anual sobre el estado general que guarda la administración pública, en el que se deberá incluir una "mención expresa de las decisiones adoptadas para la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y los programas sectorales"; el segundo, que se presentará en el mes de marzo —a través de la Comisión Permanente— y que consistirá en un "informe de las acciones y resultados de la ejecución del Plan y los programas" sectoriales.

Asimismo, el propio dispositivo legal prescribe que en la presentación de la cuenta pública, tanto de la Hacienda Pública federal, como del Departamento del Distrito Federal, deberá incluirse una relación del grado de ejecución del Plan y los programas sectoriales, con el presupuesto ejercido en el ejercicio fiscal anterior, "a fin de permitir a la Cámara de Diputados el análisis de las cuentas, con relación a los objetivos y prioridades de la Planeación Nacional".

Igualmente, al enviar el Ejecutivo federal las iniciativas de Ley de Ingresos y de Presupuesto de Egresos de la Federación, deberá informar al Legislativo de su relación con la ejecución del Plan y los programas, a través, específicamente, de los programas operativos anuales a que se refiere la ley en su artículo 27 (artículos 7o. y 40).

Por su parte, los titulares de las dependencias del Ejecutivo federal, al rendir su informe anual o comparecer ante las cámaras, en los términos del artículo 93 de la Constitución, deberán incluir una mención expresa sobre el avance y grado de cumplimiento de los instrumentos de la planeación que, en atención a sus esferas de competencia, les incumbe realizar (artículo 8o.).

De igual manera, la acción legislativa que desarrolle el Ejecutivo federal (iniciativas de ley, reglamentos, decretos y acuerdos) deberá expresar la vinculación que exista, en su caso, entre estos instrumentos y la planeación del desarrollo (artículo 10).

Finalmente, la ley dispone que los diputados y senadores al Congreso de la Unión podrán participar en los foros de consulta popular (artículo 20).

Hemos dejado al final el comentario del artículo 5o. de la Ley de Planeación, en atención a que consideramos que en este dispositivo se prevé la participación más importante del Congreso, en el sistema nacional de Planeación.

El artículo 5o. de la Ley de Planeación dispone que:

> El Presidente de la República remitirá el Plan al Congreso de la Unión para su examen y opinión. En el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales en las diversas ocasiones previstas por esta ley, el Poder Legislativo formulará, asimismo, las observaciones que estime pertinentes durante la ejecución, revisión y adecuación del propio plan.

Sin embargo, resulta que la Constitución sólo se refiere a la intervención del Legislativo en la planeación: en el artículo 26, en el que se remite a la ley, y en el artículo 73, XXIX, *D*, en la que se faculta al Congreso a expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social. Por su parte, la principal ley que regula la participación del Legislativo en la planeación es la que comentamos, y ahí vemos que el alcance de esta participación es excesivamente reducido.

En consecuencia, el Congreso de la Unión participa en el sistema nacional de planeación, recibiendo un plan que elaboró el Ejecutivo federal, que ya está publicado en el *Diario Oficial* y al que, en realidad, no puede modificar. El Congreso sólo emite opiniones, en materia de planeación, sin que las mismas tengan algún significado jurídico.[9]

Desde luego, de este sistema de participación en la planeación resulta un esquema estrictamente presidencialista, ya que esta materia es prácticamente de competencia exclusiva del Ejecutivo federal. Así lo define la propia ley: "se entiende por planeación nacional del desarrollo la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal, . . . tiene como propósito la transformación de la realidad del país."

[9] La propia literatura oficial reconoce esta situación y al hablar de la participación del Poder Legislativo en la planeación usa voces como las de "emitir su opinión", "conocer", "participar", "tener conocimiento" y "analizar"; ver: *Sistema Nacional de planeación democrática y principios y organización*, México, SPP, 1983, pp. 80 y 81.

En efecto, el Legislativo se percató de que si la planeación es responsabilidad exclusiva del Ejecutivo, no puede sino comprender materias que integran su esfera de competencias. Esto resulta contradictorio con el alcance nacional, global y democrático que se le pretende imprimir al sistema.

Es importante subrayar que esta concepción extremadamente presidencialista del sistema no era tan aguda en la propia iniciativa de ley que el Ejecutivo envió al Legislativo. La iniciativa de ley proponía establecer un sistema según el cual el Ejecutivo federal debía informar al Congreso de la Unión de los criterios que sirvieran de base para la elaboración del Plan.

En este esquema, el Congreso podía opinar antes de que elaborara la versión definitiva del Plan y dicha opinión debía ser considerada en la integración, ejecución y revisión del Plan.[10]

En realidad, esta propuesta no permitía que el Congreso de la Unión tuviera esta participación, dentro del plazo marcado por el artículo 21 (6 meses), ya que el Plan tiene que ser elaborado y aprobado prácticamente durante el receso del Legislativo. Esta situación contribuyó a explicar la reforma que introdujera este último al proyecto presidencial. Sin embargo, la próxima existencia de dos periodos de sesiones ordinarios del Congreso podrían permitir retomar la propuesta presidencial.

Analicemos cuáles son las características del plan: veamos cuál es su contenido y cuál su alcance para determinar si justifica, o no, una participación más activa de parte del Poder Legislativo federal. Para ello, nos serviremos de la propia documentación de divulgación que elabora la Secretaría de Programación y Presupuesto, que es la dependencia responsable de aplicar la Ley de Planeación.[11]

El Plan se elabora a un nivel global, es decir, se refiere a las actividades económicas y sociales que desarrollan los distintos sectores de la población, en los diferentes sectores de actividad.

El Plan tiene una cobertura territorial que comprende a la totalidad del territorio nacional y su cobertura temporal es de mediano plazo y comprende la duración de todo un mandato presidencial, salvo sus pri-

[10] El artículo 5o. de la iniciativa presidencial de Ley de Planeación establecía: "El Ejecutivo Federal informará al Congreso de la Unión de los criterios que sirvan de base para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Las Cámaras conocerán de dichos criterios y podrán comunicar al Ejecutivo su opinión y observaciones, las que deberán ser tomadas en consideración por el propio ejecutivo en la integración, ejecución y, en su caso, revisión del Plan."

[11] Ver *supra* nota 9, pp. 46 y ss.

meros seis meses, que es el lapso que otorga la ley para su elaboración, aprobación y publicación.

Sin embargo, cabe hacer notar que la planeación debe ser una actividad permanente que no hace sino renovar el Plan y los programas, cada seis años.

La función del Plan consiste en definir los propósitos, la estrategia general y las principales políticas del desarrollo nacional, así como indicar los programas de mediano plazo que deben elaborarse para atender las temáticas y prioridades económicas y sociales del propio Plan.

El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento de mayor agregación y cobertura de todo el sistema, y considera, con una perspectiva nacional, a todos los sectores y regiones del país.

La ley precisa que el Plan definirá los objetivos nacionales, la estrategia y las prioridades del desarrollo integral del país; contendrá previsiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determinará los instrumentos y responsables de su ejecución; establecerá los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus previsiones se referirán al conjunto de la actividad económica y social, y regirá el contenido de los programas que se generen en el sistema nacional de planeación democrática.

Por su parte, la Constitución (artículo 26) precisa que el Plan será de observancia obligatoria para la administración pública federal, y la misma se podrá coordinar con los gobiernos de los estados e inducir y concertar con los particulares. Esto significa que el Plan contiene una serie de disposiciones generales, abstractas e impersonales, que se dirigen a todos aquellos que realizan una actividad económica o social, en favor del desarrollo, dentro del territorio nacional y que su ejecución requiere de vías jurídicas que comprenden la obligatoriedad o la acción facultativa.

Es decir, el Plan es una norma, cuyo incumplimiento puede producir consecuencias jurídicas (sanción) que establecen tanto la propia Ley de Planeación (capítulo séptimo), como la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, entre otras.

El Plan tiene, en consecuencia, un carácter normativo que, en atención a sus ámbitos materiales, temporal, espacial y personal de validez, posee las características de una ley.

Sin embargo, el Plan es considerado, en nuestro sistema, como una norma administrativa.

El acto legislativo, explica Tena Ramírez recogiendo el concepto

de Gastón Jeze, es el que crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva.[12]

Por su parte, Kelsen explica que una ley es esencialmente una norma general o un complejo de tales normas.[13]

La atribución de la facultad de expedir normas se encuentra en la base del surgimiento del principio de la separación de poderes, que tan magistralmente describió el barón de Montesquieu en su obra *De L'ésprit des lois* y que recogiera prácticamente todas las constituciones de los Estados democráticos occidentales. Según este ilustre autor, "Lorsque dans la meme personne ou dans le meme corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté".[14]

En este mismo sentido, Kelsen precisa que el concepto moderno de legislación no pudo surgir hasta que la creación deliberada de normas generales se atribuyó a órganos centrales específicos, confiándose tal función a un órgano caracterizado como representante del pueblo.[15]

En resumen, podemos concluir que, en nuestro sistema nacional de planeación democrática, el Plan Nacional de Desarrollo es un instrumento que tiene una función normativa general de orientación del conjunto de la actividad económica que se desarrolla en el país, cuya elaboración es confiada prácticamente de manera exclusiva al Ejecutivo Federal. Es decir, en atención a su contenido y alcances, el Plan debería ser considerado como una ley, sin embargo, es elaborado por el presidente de la República, lo que lo convierte en una norma administrativa.[16]

Por su parte, el Poder Legislativo federal, lejos de ejercer ese poder normativo general que detenta y que es consustancial a su propia naturaleza, se contenta con recibir la información que, en materia de

[12] En *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 297. Sobre el concepto de ley, se pronuncian en el mismo sentido Hegel: "La ley es la verdad presentada en forma de cosa general; el poder legislativo pronuncia la generalidad; el ejecutivo, la especialidad", citado por Schmit, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981, p. 164; Sánchez Bringas, Enrique en "Ley", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 1a. ed., México, UNAM, Porrúa, 1984, tomo VI, pp. 44 y 45.

[13] *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., 3a. reimp., México, UNAM, 1983, p. 304.

[14] *De L'esprit des lois*, París, Garnier-Flammarion, 1979, t. I, p. 294.

[15] *Op. cit.*, p. 304.

[16] Para profundizar el concepto de norma administrativa, véase, Nava Negrete, Alfonso, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 1a. ed., México, Porrúa/UNAM, 1984, t. VI, p. 254.

planeación, le envía el Ejecutivo, en las distintas ocasiones que marca la ley. En materia de planeación, el Poder Legislativo, en México, no legisla ni controla la acción administrativa, se limita a acusar recibo de la documentación que le remite el Ejecutivo.

B. Participación de los particulares en la planeación

A la participación social en la planeación se refiere tanto la Constitución (artículo 26) como la propia Ley de Planeación (artículos 4º y 20).

El texto fundamental dispone que la ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema.

Por su parte, la ley dispone que es responsabilidad del Ejecutivo federal conducir la planeación nacional con la participación democrática de los grupos sociales, de conformidad con lo que establece la ley. Dicha participación se consumará, precisa el artículo 20, a través de foros de consulta popular. El funcionamiento, organización y características de estos foros, la ley lo deja a la "legislación aplicable". Nosotros nos preguntamos: ¿que la Ley de Planeación no es justamente la aplicable para determinar estas leyes generales?

Cabe señalar que esta legislación en materia de planeación no existe. Los libros de consulta popular, para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1983-1988, los convocó el candidato del Partido Revolucionario Institucional a la presidencia de la República, durante su campaña electoral. En otras ocasiones y para propósitos distintos a la planeación (discusión de temas que han concluido, en el mejor de los casos, en proyectos de ley), el presidente de la República ha convocado al establecimiento de este tipo de foros.[17]

En todo caso, los foros no representan la organización institucional de instancias de participación social. Sencillamente se trata de asambleas públicas de discusión que organiza la administración pública, a las que asisten las personas que han recibido una invitación expresa

[17] Vgr., el Acuerdo de 19 de junio de 1986, por el que el presidente de la República convocó a la integración de un foro de consulta popular sobre la renovación política electoral y de participación ciudadana en el Distrito Federal; cuyos trabajos desembocaron en sendos proyectos de ley. Por otra parte, en el periodo de diciembre de 1982 a mayo de 1983 (periodo legal de elaboración del PND) el presidente no convocó a ningún foro con vistas a integrar el Plan Nacional de Desarrollo.

y cuyas aportaciones carecen de la posibilidad jurídica de ser necesariamente consideradas al momento de definir el Plan.

La participación ciudadana en estos foros dista mucho de ser plural, abierta y democrática. Basta con revisar las listas de participantes en los foros de consulta popular que se organizaron para la planeación de la empresa pública,[18] así como para la renovación política electoral y la participación ciudadana en el gobierno del Distrito Federal,[19] para constatar que la mayoría de los participantes son funcionarios públicos, legisladores, o miembros de partidos políticos e invitados especiales del gobierno.

En todo caso, lo que importa destacar es que estos foros no representan una forma de participación social, estructurada, orgánica, ni permanente. A través de estas discusiones públicas, la administración recoge la opinión de ciertos sectores entorno a problemas específicos y queda a su arbitrio la decisión sobre la forma, grado y alcance de integrar estas opiniones en los instrumentos de la planeación. Asimismo es importante subrayar que en estos foros no se toma ningún acuerdo, ni se realiza ninguna negociación. Los ponentes exponen, siempre a título individual o, en el mejor de los casos, a nombre de un partido político, sus puntos de vista, mismos que en el proceso de elaboración del Plan y los programas, la administración pública determinará discrecionalmente, si considera o no. En todo caso, el gobierno utiliza estas discusiones públicas para legitimar sus decisiones, mismas que, según sostiene el propio gobierno, son el resultado de una discusión pública y "democrática".

A partir de esta endeble y manipulada participación social, el sistema de planeación ha sido calificado de democrático. El maestro Tena Ramírez nos recuerda el concepto kelseniano de democracia: forma de gobierno en la que "el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico participa en su creación".[20]

La discusión sobre la idea de democracia no puede sino partir de la clasificación de los gobiernos que formulara Aristóteles y que se convirtió en clásica. Según el gran filósofo helénico, cuando el poder lo usufructúa la mayoría de la colectividad resulta la forma pura de la de-

[18] Los trabajos de este foro se publicaron en la *Memoria del foro de consulta popular para la planeación de la empresa pública,* México, núm. 1, INAP, Estudios, serie VII, 1983.

[19] Los trabajos de este foro se publicaron en varios tomos que integran la colección *Renovación política,* editado por la Secretaría de Gobernación, a partir de 1986.

[20] *Op. cit.,* p. 90.

mocracia, si ese poder favorece a todos por igual. Es decir, un gobierno es democrático o un procedimiento merece tal calificativo, cuando los destinatarios del mandato social participan en su formulación. Resulta claro que, de conformidad con este concepto de democracia, el sistema mexicano de planeación no amerita ser calificado de democrático.

III. La planeación en Francia

La planeación en Francia fue adoptada como instrumento de gobierno, para resolver los problemas de destrucción dejados por la Segunda Guerra Mundial. En la medida en que fue demostrada su capacidad para orientar la actividad económica del país, fue definiendo sus rasgos más característicos. Entre éstos encontramos el carácter indicativo de sus disposiciones, la cobertura de mediano plazo de sus planes (5 años), el alcance general de sus previsiones y, muy particularmente, el proceso de concertación que prevalece en las distintas etapas de la planeación.

En efecto, uno de los principios más sólidos y de mayor tradición que rige la organización política y social francesa, es el respeto por las libertades individuales. La Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —el decálogo de derechos individuales del liberalismo— sigue formando parte de la Carta Fundamental y, en consecuencia, determina las relaciones de la sociedad con el Estado.

Las precisiones del Plan francés no vinculan obligariamente a ninguna categoría de agentes económicos o sociales. Este es el significado de la planeación indicativa en Francia. En consecuencia, dicen los franceses, el Plan no reviste ningún carácter jurídico, pues sus disposiciones no se imponen coercitivamente, es decir, no requieren el uso de la fuerza del derecho.

Las disposiciones jurídicas que regulan el proceso planificador son escasas, breves y sólo establecen grandes principios generales que lo orientan y que sólo el acuerdo de las partes, la costumbre y las prácticas administrativas logran detallar.

En Francia se quiso incorporar la planeación al sistema económico liberal, situándola al lado de las leyes del mercado. Se piensa que:

> El plan de la Nación no excluye la regulación del mercado sobre la economía. Aquel conserva la función de realizar cotidianamente el equilibrio entre la oferta y la demanda, mientras que el Plan opera como un estudio de mercado a nivel nacional descu-

briendo un porvenir que escapa a la regulación de los mecanismos automáticos.[21]

El carácter indicativo de la planeación francesa reposa en tres condiciones fundamentales: *a)* la existencia de una economía mixta; *b)* las previsiones del Plan se expresan por ramas industriales, sin llegar al nivel de cada empresa, y *c)* el carácter indicativo de sus disposiciones.

A partir de la planeación el gobierno no adquiere el control o la facultad de dirigir u orientar la actividad de las empresas (públicas o privadas). El Plan se limita a establecer previsiones y proyecciones acerca de aquello que sería deseable producir en cada rama industrial. En general, se concibe el Plan como un instrumento de gran importancia cuya función es complementar el libre juego del mercado. Los distintos agentes económicos encontrarán, en el Plan, la información de un "estudio generalizado del mercado".[22]

Las principales disposiciones jurídicas que regulan el proceso de planeación en Francia son la Ley No. 62-900, del 4 de agosto de 1962, relativa a la aprobación del IV Plan de Desarrollo Económico y Social, y la Ley No. 82-653, del 29 de julio de 1982, relativa a la reforma de la planificación y que deroga los artículos 2º y 3º de la primera de las disposiciones aquí citadas.

1. *La reforma a la planificación francesa*

La administración socialista que presidió François Mitterrand, consideró la reforma a la planeación como uno de los puntos centrales de su política gubernamental.

Dicha reforma se instrumentó a través de la Ley del 29 de junio de 1982 (*D.O.*, de 30 de julio de 1982), cuyos objetivos y aportaciones fundamentales se describen en un interesante artículo publicado por la Documentation Française.[23]

Los propósitos centrales de esta reforma consisten en: *a)* volver a

[21] Tomado de Osornio C., Francisco Javier, *Portée juridique de la planification du développement économique et social. Le cas de la France et du Mexique*, tesis doctoral presentada en la Université de Droit, D'économie et de Sciences Sociales de Paris, Paris, 1984, pp. 253 y 254.

[22] Expresión de Pierre Massé en *Le plan ou l'anti hasard*, citado por Francisco Javier Osornio C., *op. cit.*

[23] "Reforma de la planeación. La nueva planeación", por George Chacornac, en *Regards sur l'actulité*, París, núm. 84, septiembre-octubre de 1982.

situar al Plan en el centro de los vastos procesos de concertación social; *b)* incorporar la planeación al proceso de descentralización;[24] *c)* reforzar la democracia política con la democracia económica, social y cultural; *d)* instrumentar un Plan más democrático, y *e)* lograr un mayor grado de cumplimiento del Plan.

Podríamos afirmar, sin temor a exagerar, que el punto clave para lograr estos objetivos radica justamente en el esquema de participación social, global, efectivo, responsable y permanente que respalda la eficacia del proceso de planificación económica, social y cultural de aquel país.

La Ley de Reformas a la Planificación no introduce cambios radicales en el proceso de planeación; sólo refuerza sus características más distintivas.

En el proceso de la planeación (elaboración, aprobación, ejecución, modificación, seguimiento y control del plan) participan las siguientes instancias y autoridades:

a) Las regiones (base de la organización territorial de Francia, como Estado unitario), que en su calidad de verdaderos órganos administrativos y políticos descentralizados, inician el proceso de planeación nacional, enviando al Comisariado General del Plan, un reporte sobre sus necesidades, posibilidades y expectativas de desarrollo.

b) El Comisariado General del Plan, que es una dependencia administrativa central, adscrita al primer ministro (la mayor parte del tiempo), al ministro del Plan o al de Finanzas, cuya principal función consiste en ser el principal promotor y coordinador de los esfuerzos globales de la planeación. Aquí se concentran los trabajos de las otras instancias, se integran, se homogeinizan y se les da un sentido común de desarrollo. Al mismo tiempo, funge como moderador de la concertación social y provee de la información necesaria a los distintos interlocutores. Es la única representación de la administración en la elaboración del Plan. Junto con él participa la Dirección de la Administración del Territorio y de la Acción Regional (DATAR), como secretarios de la Comisión Nacional de Planificación.

c) La Comisión Nacional de Planificación funge como el motor del proceso de la planeación; en su seno se adoptan las principales opciones que definirán al Plan Nacional de Desarrollo. Su función es, sin embargo, de carácter consultivo. Participa, igualmente, en el seguimiento de la ejecución del Plan.

[24] Proceso instrumentado por la Ley del 2 de marzo de 1982.

La Comisión está presidida por el ministro encargado del Plan; el comisario general del Plan y el director de la DATAR, son secretarios de la Comisión. Además de ellos participan 80 miembros en la Comisión; los 26 presidentes de los consejos regionales; 25 representantes de las organizaciones sindicales y profesionales más representativos del país, repartidos de la siguiente forma: 8 representantes de organizaciones patronales, 9 de organizaciones sindicales, 4 de organizaciones campesinas, 3 de organizaciones de comerciantes y artesanos y un representante de las organizaciones de profesionistas liberales; 8 representantes de las direcciones de las empresas públicas (industrial y bancario); 7 representantes de asociaciones culturales nacionalmente representativas, de entre las cuales una es de asociaciones familiares; 4 representantes del sector social (cooperativas y mutualidades); 8 personalidades especialistas en las distintas materias de la planeación, además del presidente de la Comisión especial del Plan, del Consejo Económico y Social, así como un miembro más de esta Comisión, que ella misma designe.

En esta Comisión se toman los acuerdos entre los distintos agentes económicos (privados y paraestatales), junto con los representantes de las regiones para decidir las grandes políticas nacionales. Al efecto, la Comisión sesiona en subcomisiones designadas en atención a su especialidad sectorial.

La Comisión conoce el documento de orientación que formula el Comisariado General del Plan, que debió considerar los reportes de los consejos regionales.

La Comisión presenta un reporte de sus trabajos al Comisariado General del Plan (CGP), y a partir de ahí, esta instancia elabora un proyecto del Plan que el gobierno somete a la consideración del Consejo Económico y Social.

d) El Consejo Económico y Social es la más alta asamblea consultiva del país. Esta asamblea encuentra su fundamento legal en el título X de la propia Constitución. Está integrado por miembros permanentes y excepcionales, los primeros son 200, de entre los cuales se encuentran 45 representantes de los asalariados (obreros, empleados técnicos y servidores públicos); 41 representantes del sector empresarial, industrial, comercial y artesanal; 40 representantes de los campesinos; 15 personalidades representantes de actividades sociales; 15 expertos en las materias económica, social, científica y cultural; 7 representantes de actividades diversas; 2 representantes de las clases medias y 35 representantes de los territorios de ultra mar.

La base de la representación del Consejo Económico y Social no es de tipo político, sino de carácter económico y social. Es el consejero del gobierno en todo tipo de proyecto normativo (legislativo o administrativo) de carácter económico y social y consejero obligado en materia de planeación (artículo 70 C.).

Las sesiones del Consejo, plenarias o por comisiones, no son públicas; pero sí lo son las opiniones que dirije al gobierno.

Desde luego, las opiniones de esta asamblea no vinculan al gobierno; pero gozan de tal prestigio y fuerza políticos, que resulta difícil para éste ignorarlas, y si las demerita normalmente hace públicas las razones y los motivos que lo llevaron a no recoger las opiniones del Consejo.

Finalmente, el gobierno, considerando todas estas participaciones, somete al Parlamento la aprobación del Plan bajo la forma de dos leyes de plan: la primera, que define para un periodo de cinco años las opciones estratégicas, los objetivos y las grandes acciones para lograr los resultados programados, y la segunda, que define las medidas jurídicas, financieras y administrativas que será necesario adoptar para realizar los objetivos previstos en la primer ley del plan.

Es importante señalar que cuando se publicó la actual constitución francesa en vigor (4 de octubre de 1958), la planeación ya tenía más de diez años de aplicación, por lo que ya hace referencia a los planes de desarrollo (vgr., artículo 70). Sin embargo, dentro de la definición de las materias que son objeto de la ley (artículo 34), no se hace referencia a la planeación o a los planes de desarrollo.

En tal virtud, ante la aprobación parlamentaria del proyecto de ley de reforma a la constitución, algunos diputados y senadores de la minoría solicitaron la intervención del Consejo Constitucional, pues consideraban que el proyecto de ley era anticonstitucional, por no estar previsto, justamente en su artículo 34, como una materia de competencia legislativa.

En su decisión del 27 de julio de 1982, la alta Corte constitucional desestimó el argumento y confirmó el carácter legislativo del Plan, "considerando que si los términos de plan o de planificación no figuran en el artículo 34 de la Constitución, en la enunciación de las materias reservadas a la ley, no es menos cierto que, por su objeto propio, el contenido de un plan plurianual toca materias reservadas a la ley".[25]

Con esta decisión quedó definitivamente resuelta la cuestión y confirmado el carácter legislativo del Plan, mismo que resulta no de las

[25] Ver *supra* nota 15.

particularidades del régimen jurídico francés, sino del "contenido mismo del plan" que, aun siendo indicativo, se refiere a las distintas materias que son competencia del Poder Legislativo. Parece claro que el mismo razonamiento sería aplicable para respaldar la tesis de que el plan de desarrollo, en México, debe considerarse, en razón de su contenido y objeto, como de competencia del Poder Legislativo, pues, en última instancia, se refiere a la mayor parte de las materias a que se refiere el artículo 73 de la Constitución.

Aceptar la aplicación de este razonamiento para el caso mexicano, representaría, sin duda, un gran avance en la caracterización verdaderamente democrática del PND y del sistema de planeación en su conjunto.

Queda todavía por aceptar la gran necesidad y utilidad de nuestro sistema por considerar una participación social, en la planeación, eficaz, permanente y estructurada que garantice que efectivamente exista una participación social amplia, diversificada, plural, global, multisectorial y multirregional.

Que dicha participación social se desarrolle de manera permanente, estructurada y con la posibilidad real de influir sobre el Plan y de darle seguimiento a su ejecución.

En suma, Georges Chacornac explica que con la reforma a la planificación francesa se busca multiplicar las instancias de reflexión, ampliar el círculo de consultas y aumentar el número de participantes en el proceso de planeación. El propósito final consiste en substituir un plan del Estado por un verdadero plan de la nación que recoja las inquietudes y atienda las necesidades de las regiones (base de la organización territorial), así como de los distintos agentes sociales a quienes está dirigido el plan; solamente bajo esta condición se puede hablar de una planeación generalizada.[26]

Al mismo tiempo, reforzando la participación de los agentes económicos y sociales, de las regiones y del Poder Legislativo, se avanza realmente en la democratización de la planeación, lo cual permite que el Plan se cumpla mejor sin tener que recurrir a la ejecución coercitiva de sus previsiones. "Por su naturaleza, el Plan es más un acto colectivo que un acto normativo." De ahí la diferencia sustancial entre un Plan del Estado y un Plan de la nación.

El Plan está concebido, en Francia, como un instrumento que guía la actividad económica, política, social y cultura, tanto de la sociedad

[26] *La reforme de la planification, op. cit.*, pp. 3 y ss.

civil como de la política, y que es, en consecuencia, el resultado de la acción conjunta de estas dos instancias que negocian el contenido del Plan, y que asisten igualmente, de manera libre y coordinada, a dar cumplimiento a sus previsiones.

Un Plan democrático es un Plan que se elabora a partir de una participación social generalizada; pero que permite también dicha participación en la ejecución, evaluación y modificación del Plan. Un Plan verdaderamente democrático es un Plan que se ejecuta.

Para lograr este propósito, el Plan debe estar bien concebido —es decir, que refleje la presencia de los distintos agentes a los que está dirigido—; para ello requiere que se apruebe en distintas etapas (dos leyes del Plan) y por diversas instancias (Comisión Nacional de Planificación, gobierno, Consejo Económico y Social y Parlamento).

IV. Observaciones finales de conjunto

La gran aportación del sistema de planeación francés consiste, sin duda, en demostrar que es posible planear en una economía de mercado; en un sistema político que respeta las libertades económicas y el derecho de propiedad privada y que logra, al mismo tiempo, que el Plan se cumpla sin necesidad de hacer uso del aparato coercitivo del Estado.

Esta gran realización ha sido posible gracias al aparato de participación social que respalda al conjunto del proceso de la planeación.

El Plan francés representa, a no dudarlo, una versión actual y dinámica del utópico contrato social que imaginó Jean Jacques Rousseau, como mecanismo que permitía la convivencia social y la orientación de la comunidad hacia propósitos comunes (definidos y ejecutados por un acuerdo mayoritario), en un marco de respeto a la libertad del individuo. Más que ello aún, representando la posibilidad real que genera la propia sociedad —bajo la coordinación de los distintos órganos del Estado— por hacer una realidad el "derecho al desarrollo" [27] que detenta toda sociedad.

Podríamos decir que el Plan de Desarrollo de un país equivale a lo que sería la "Constitución económica, social y cultural" de la sociedad a la que está dirigida. En realidad, el Plan es la norma (obligatoria o facultativa) de mayor jerarquía en el terreno económico y social; su

[27] Para un comentario más específico sobre la noción de "Derecho al desarrollo" y la planeación, ver mi artículo "La planeación y el derecho al desarrollo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 58, UNAM, 1987.

vocación es determinar las grandes acciones que la sociedad en su conjunto debe emprender para realizar los objetivos programados. En su materia, el Plan no se subordina a ninguna otra norma, desde luego, siempre y cuando cumpla con el procedimiento legal establecido para su elaboración.

Si el Plan equivale a lo que sería una "Constitución económica y social", es decir, sería la norma de las normas, el texto fundamental, en materia económica y social, entonces su procedimiento de elaboración deberá ser similar al de una Constitución.

Recordemos el claro y profundo ensayo sobre la esencia de la Constitución de Fernando La Salle, en donde el autor clásico sostiene que la Constitución no es otra cosa que "la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país".[28]

Para La Salle, una Constitución que no recoja la presencia de estos agentes sociales que son los que dan vida y forma a la comunidad, no es sino una "Constitución hoja de papel" incapaz de guiar a la sociedad a la que está dirigida y que inevitablemente será superada por la real y verdadera Constitución que representan esos factores reales de poder.

Para contar con una verdadera Constitución real y efectiva, "se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y a partir de ese momento... se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas".[29] Lo mismo se debe de hacer con el Plan: tomar a los agentes económicos y sociales del país y plasmar su presencia en su Plan Nacional de Desarrollo.

Independientemente de la validez del simil que he utilizado entre la Constitución y el Plan, creo que es válido pensar que el Plan Nacional de Desarrollo no puede ser otra cosa sino la expresión de los factores reales del poder en materia económica, social y cultural. Mientras ellos no se encuentren reflejados en el Plan, éste será un instrumento incapaz de regir sus actividades y no será otra cosa que un Plan de Desarrollo "hoja de papel", que será rebasado por la realidad económica y social a la que pretende dirigir.

Si el Plan logra expresar "la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad" [30]

[28] "¿Qué es una Constitución?", en *Antología, de lecturas para teoría constitucional I*, México, UAM, Azcapotzalco, 1a. parte, 1979, pp. 49 y ss.

[29] *Idem*, p. 55.

[30] Concepto que utiliza Carl Schmit para expresar el concepto positivo de Constitución, que coincide, en última instancia, con el de Fernando La Salle. en *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 24.

económica y social del país, entonces y sólo entonces, el Plan tendrá la capacidad de poder orientar las acciones sociales, y de transformar su realidad en el sentido programado.

La propia planeación soviética, que a diferencia de la nuestra es obligatoria, reconoce la necesidad de que el contenido del Plan se defina a partir de la participación de sus fuerzas económicas: "El principio básico de la organización de la planificación de la economía soviética es el principio del centralismo democrático... lo que significa, en primer lugar, que el proceso de confección del Plan a todos los niveles se efectúa con la participación y bajo el control de las masas." [31]

Parece ser que es un requisito indispensable para cualquier proceso de planeación (indicativa u obligatoria) partir de la participación activa, permanente y estructurada de los agentes económicos y sociales; así como de las diversas instancias y autoridades estatales.

Un Plan de Desarrollo, para que se pueda cumplir, tiene que ser democrático, es decir, el resultado de una participación generalizada y orgánica de sus destinatarios, que actúan en el conjunto del proceso y que tienen la posibilidad de ejercer cierto control en la elaboración, ejecución, modificación y evaluación del Plan. El caso francés demuestra que esta idea no sólo es viable, sino condición indispensable de eficacia de la planeación indicativa.

Un Plan de Desarrollo democrático no puede ser el resultado de la sola acción del presidente de la República; requiere de la participación popular y, además, de la sanción del poder de decisión, del poder de control, del poder de discusión política, que es el Poder Legislativo, mismo que, por otra parte, encarna la representación política de la nación a quien está dirigido el Plan.

Tal y como lo concibe la Ley de Reformas a la Planificación en Francia (29 de julio de 1982), se trata de sustituir el Plan del Estado (en México se trata del Plan del presidente) por un Plan de la nación.

[31] Berri, L., *Planificación de la economía socialista*, Moscú, Editorial Progreso, 1977, p. 18.

EL DIVORCIO EN ITALIA: INVITACIÓN A UNA REFLEXIÓN

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aproximación histórica.* III. *El divorcio.* 1. *La Ley número 898 del 1º de diciembre de 1970.* 2. *Consideraciones doctrinales.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En forma reiterada hemos sostenido que la mejor forma de estudiar y entender el llamado derecho de familia es utilizando como eje de dirección, como punto de partida, a la naturaleza humana de tal suerte que las causas y efectos de una relación familiar no se explican sólo por el derecho y en el derecho sino por la dinámica misma del grupo familiar en su interior y por las condiciones socioeconómicas del medio en donde éste interactúa.

En este contexto, el estudio de las normas de otros países nos permite establecer una distancia desde la cual podemos observar con mayor objetividad y precisión nuestro propio entorno a fin de evaluar la eficacia de las normas que rigen en nuestro país este tipo de relaciones y, en su caso, proponer alternativas más acordes con nuestra realidad.

Esta distancia es de mayor utilidad cuando se pone en el microscopio de las observaciones a la pareja humana y a las instituciones que organizan sus relaciones sociales trascendentes para el derecho.

Ya en otra ocasión[1] analizamos la institución del matrimonio y llegamos entre otras, a la conclusión de que es una institución muy rígida que está ahogando las formas sanas y espontáneas de relación entre un hombre y una mujer; que dicha rigidez no es provocada exclusivamente por la norma jurídica pues el acondicionamiento socio-cultural ha hecho también su parte toda vez que impulsa al hombre a exigir absolutos en sus relaciones siendo que el ser humano, por su propia

[1] Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Los fines del matrimonio". *Anuario Jurídico,* México, XIII, 1986.

complejidad, no lo puede ofrecer y, además, lo hace responder a las expectativas que la sociedad tiene más por inercia histórica que por necesidades reales.

En aquella ocasión sostuvimos, y hoy hacemos hincapié en ello, que el legislador mexicano debería reestructurar la institución del matrimonio a fin de abrir espacios con nuevas alternativas para el establecimiento de relaciones maduras entre los individuos; relaciones que permitan el crecimiento, desarrollo y plenitud del hombre y la mujer implicados en ellas.

Entonces hicimos referencia básicamente al matrimonio, hoy, y aprovechando la distancia que se establece al hablar de otro país, nos referiremos al divorcio pues si queremos fortalecer aquella institución debemos pensar también en soluciones para ésta última; soluciones que deberán participar de la tendencia educativa de aquella.

¿Por qué elegimos Italia? Precisamente por ser un país en donde el matrimonio-sacramento tiene efectos civiles lo cual nos presenta una rigidez característica que ha ido cediendo poco a poco ante las necesidades y las demandas de una sociedad en la que los principios de la tradición judeo-cristiana han perdido vigor a pesar de los esfuerzos de la Iglesia Católica para evitarlo.

II. Aproximación histórica

Podemos identificar, sin duda, a la institución del matrimonio como uno de los campos en donde los poderes eclesiásticos y civiles han sido protagonistas de una lucha enconada por el control de la sociedad. Los veinte siglos de esta era han sido testigos de la preeminencia que la Iglesia ha tenido en este rubro desde su ascención a los círculos del poder político. La explicación se encuentra, desde luego, por la influencia que la Iglesia ha tenido sobre los reyes, emperadores y gobernantes desde la conversión al cristianismo de Constantino.[2]

La transición de la flexibilidad romana a la indisolubilidad cristiana tuvo un empuje definitivo en el siglo XI bajo la influencia de las ideas gregorianas que buscaron transladar al plano real todas las ideas y

[2] Es cierto que en todas las épocas los sumos sacerdotes han tenido un poder significativo sobre reyes y emperadores, jefes y dictadores, señores y gobernantes, pues éstos no sólo se aprovechan de la religión para conservar el control sobre el pueblo-súbdito, sino que participan también del misticismo, la fe y la magia que son puntales de toda religión. Sin embargo, hablamos de Constantino porque estamos haciendo referencia al derecho italiano, en donde encontramos la clara e innegable influencia de la moral cristiana, no sólo en el derecho, sino en toda la sociedad.

doctrinas de la Iglesia con el fin de "moralizar" la vida pública. Desde entonces se reconoce que la familia —y por ende el matrimonio— es piedra de toque en todo lo referente a la educación y socialización de los individuos, por ello concentraron los jerarcas eclesiásticos y canonistas su lucha en este punto hasta obtener la aceptación de la indisolubilidad del vínculo matrimonial y la jurisdicción de la Iglesia sobre esta institución.

Durante la Edad Media es indudable el control total que tuvo la Iglesia en éste y en muchos otros campos, sin embargo, llevaba en sí mismo el germen de la duda, la crítica y la reserva que empezó a brotar a partir de la Reforma protestante. Las discusiones en torno al instituto estuvieron, y siguen estando, acompañadas de reflexiones en torno a la familia, la naturaleza y el papel de la mujer en la sociedad.

Las teorías desacralizadoras de Lutero, Calvino, Monner y Melantone, entre otros, fueron poco a poco menoscabando la autonomía de la Iglesia en este renglón. De hecho toda la corriente renacentista del Estado moderno tiende a minimizar el poder de la Iglesia para apuntalar su propio poder y control sobre la organización política. Empero, la Iglesia se mantuvo firme en su actitud antidivorcista a pesar de golpes tan duros como la separación de la Iglesia anglicana.

A finales del siglo XVIII el matrimonio se había secularizado en la mayoría de los Estados europeos y se pensaba que ello allanaría el camino para la admisión del divorcio. Lombardía, a través del emperador Guillermo II y Toscana, a través de su archiduque Leopoldo, participaron de esta tendencia.[3] Sin embargo, autores italianos[4] afirman que en la legislación de los Estados preunitarios se retomaba casi a la letra el esquema que propuso el Concilio de Mento sobre el matrimonio, por lo tanto, la unión conyugal de los católicos debía realizarse según lo establecían las normas de derecho canónico. En realidad observamos un equilibrio entre el poder civil y el eclesiástico representado en el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico.[5] Un ejemplo de ello es la competencia que tienen los tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio y la de los tribunales civiles para de-

[3] *Vid,* Marongiu, Antonio, "Divorzio", *Enciclopedia del Diritto,* Milano, Giuffrè Editore, 1964, t. XIII, pp. 493-497.

[4] *Vid,* Galoppini, Annamaria, "Profilo storico del divorzio in Italia", *Commentario sul divorzio, Milano,* Giuffrè ed., 1980, pp. 2 y 3.

[5] Equilibrio que aún se conserva no sólo en Italia sino también en España, ambos Estados en donde la influencia del Vaticano y, en general, de la Iglesia católica, se deja sentir con mucha fuerza hoy en día.

cretar la separación conyugal.[6] Equilibrio cuya base la adivinamos en la rigidez del dogma tridentino sobre la indisolubilidad del matrimonio de los católicos que se transmitió a casi todos los códigos preunitarios.[7]

A pesar de esta fuerte tendencia antidivorcista encontramos dos casos de legislación en sentido contrario, ambas por la recepción, en Italia, de legislación extranjera. El primer caso se refiere al Código Napoleónico que estuvo en vigor desde el 30 de mayo de 1806 a causa de la conquista napoleónica y hasta la Restauración; el segundo por la recepción de la legislación del imperio austro-húngaro en los territorios italianos que estuvieron bajo su dominio.[8]

Como sabemos el Código Napoleónico sostiene que el matrimonio es un contrato que debe celebrarse en presencia de la autoridad civil del domicilio de uno de los cónyuges y puede ser disuelto por muerte de uno de los cónyuges, por divorcio legalmente pronunciado, por nulidad y por condena de uno de los cónyuges a una pena de muerte civil. Características que en su tiempo fueron una revolución en el campo del derecho de familia y en las relaciones Estado-Iglesia. Al respecto, leemos que:

> No se puede saber exactamente los resultados prácticos que tuvo la legislación divorcista en el tiempo y en los lugares en que estuvo vigente. Lo cierto es que funcionó, en general, en un ambiente hóstil en el cual, además de la durísima oposición de la Iglesia, se añadió la aversión de grandes sectores de la magistratura y de potentes grupos sociales.[9]

La doctrina explica la oposición a que se refiere el párrafo que transcribimos porque el divorcio y, en general, todo el Código Napoleónico, adquirió un significado político-social importante como un instrumento de lucha que ataca directamente la estructura de las familias aristócratas y que, con una filosofía individualista, tiende a modificar el concepto de la propiedad.[10]

La legislación austro-húngara estuvo vigente en Lombardía y el Ve-

[6] *Cfr.*, por ejemplo, los artículos 222 del Código de las Dos Sicilias, el 64 del Código de Parma, o el artículo 10 del título XIII del Código de Modena (llamado *esfense*).

[7] *Cfr.*, los artículos 216 del Código de las Dos Sicilias o el 144 del Código Albertino.

[8] *Vid.* Coletti, A., *Storia del divorzio in Italia*, Roma, 1970, pp. 16 y ss., y Ungari, M., *Storia del diritto de famiglia in Italia*, Bologna, 1974, pp. 85-92.

[9] Galoppini, A., *Commentario sul divorzio*.

[10] Ungari, M., *Storia del diritto di famiglia in Italia, op. cit.*, pp. 100 y ss.

neto de 1816 a 1924, pero en lo que se refiere al divorcio sólo era aplicable a los súbditos no católicos en virtud de que la institución del matrimonio dentro de esta legislación tenía bases confesionales. En este contexto leemos que,

> para las minorías protestantes y judíos de los territorios italianos del imperio (se refiere al austro-húngaro) la vigencia del derecho matrimonial del código civil general para los Estados germanos herederos (ABGB) significó la posibilidad de disfrutar un régimen de disolución del vínculo que, por el principio, confesional, era negado a la mayoría católica. . .[11]

Ello sucedió hasta 1924 cuando la legislación italiana entró en vigor en estas provincias y por tanto el principio tridentino de la indisolubilidad se aplicó a todos los ciúdadanos católicos o no católicos.[12]

Después de la fecha que citamos en las provincias de Fiume e Zara se prorrogó la ley local por una serie de circunstancias político-sociales efecto de la Primera Guerra Mundial. En estos territorios estaba en vigor la ley húngara número XXXI de 1894 que reconocía el matrimonio civil obligatorio para los católicos y la disolución del vínculo por muerte, divorcio y nulidad. Las causas de divorcio reconocidas por esta ley eran: adulterio, actos sexuales "contra natura", bigamia, el atentado a la vida del cónyuge o lesiones graves en el mismo, la condena a una pena de más de cinco años de prisión, la violación de los deberes conyugales, la conducta inmoral y la corrupción de los hijos o del cónyuge.[13]

En 1865 se promulgó el código civil para el reino unificado de Italia en donde se rechazó el sistema confesional de los códigos albertino y austriaco, se instituyó el matrimonio civil obligatorio como el único válido frente al Estado y se sancionó la indisolubilidad del mismo.[14] En los debates preliminares Pisarelli afirmó que el divorcio era un

[11] Galoppini, A., *Commentario sul divorzio, op. cit.*, pp. 14 y ss.

[12] *Vid, Gazzetta Ufficiale del Regno*, del 21 de marzo de 1924, especialmente en el artículo 4 transitorio, que dice: las demandas de divorcio pendientes quedan sin efecto aún cuando en el juicio respectivo se hubiere pronunciado sentencia que niega el divorcio y esté pendiente su impugnación. En cambio, si se decretó el divorcio antes de esa fecha, la sentencia, salvo la resolución que recaiga en los medios de impugnación, será válida aun cuando no se haya pedido la ejecución de la sentencia.

[13] *Cfr.*, Brunelli, Fabbio, *Divorzio e nullità di matrimonio negli stati d'Europa*, 2a. ed., Milano, il Mulino, 1950, pp. 390 y ss.

[14] *Cfr.*, artículo 148 de este Código.

hecho repugnante a la ideología de la sociedad italiana, textualmente sostuvo:

> Cuando una ley coloque en la puerta del matrimonio y en su seno, la idea del divorcio, envenena la dignidad de las nupcias y perturbaría su honestidad, porque esa idea se transformaría, dentro de las nuevas domésticas, en una perpetua y amarga sospecha que afectaría desde el inicio la sociedad conyugal impidiendo que alcance sus fines.[15]

A partir de entonces la legislación italiana fue constante en sostener la indisolubilidad del matrimonio, con mayor fuerza a partir del once de febrero de 1929, fecha del concordato entre el Estado y la Santa Sede ya que a partir de ahí se reconoce al sacramento del matrimonio todos los efectos civiles reservándose nuevamente, a la competencia de los tribunales eclesiásticos el conocimiento de los asuntos sobre la validez del vínculo conyugal.

Sin embargo, los intentos por introducir el divorcio empezaron inmediatamente. La primera iniciativa en este sentido surgió en el parlamento presentada por Salvatore Morelli, conocido por su lucha e interés en los asuntos feministas. Esto sucedió en 1878 y el proyecto de ley comprendía seis causales de divorcio entre las que estaban el adulterio y la incompatibilidad de caracteres "manifestada en enfrentamientos y desordenes habituales en el seno familiar". Este proyecto no tuvo mayor trascendencia, a pesar de que se insertó en pleno gobierno de izquierda y podía, por tanto, esperarse una apertura política significativa, porque las sesiones parlamentarias fueron clausuradas con antes del periodo normal.

Morelli volvió a presentar un año después otro proyecto que contenía sólo dos causas: la condena a cadena perpetua y la separación por más de seis años, si había hijos, o por más de tres si no los había. Este proyecto fue apoyado con entusiasmo por Villa, pero caducó por la muerte de Morelli.

El ministro Villa retomó la iniciativa y en 1881 presentó un nuevo proyecto que tampoco prosperó por la clausura de la sesión parlamentaria. Este proyecto fue nuevamente presentado en 1883 por el ministro Zanardelli y pasó para su estudio en dos comisiones, regresando un año después para su discusión en la Cámara de Diputados, empero, una vez más, caducó por la crisis del gobierno de Depretis.

[15] Morangiu, Antonio, "Divorzio", *op. cit.*, p. 499.

Ocho años después, en 1892, y enmedio de enconadas polémicas, Villa volvió a presentar un proyecto de ley que contenía diversas disposiciones sobre el divorcio. Nuevamente se presentó la clausura de las sesiones, pero Villa insistió en 1893 encontrando un apoyo ambiguo en Bonacci y una fuerte oposición de los miembros del parlamento católicos. Desafortunadamente para Villa, estalló el escándalo del Banco Romano que acaparó la atención del parlamento y el proyecto de ley fue olvidado.

Durante un tiempo la polémica entre divorcistas y anti-divorcistas se desarrolló fuera del poder legislativo, se discutió en todos los foros y en todos los tonos acerca de la naturaleza del matrimonio, de sus fines, sobre el papel y la emancipación de la mujer en el mismo, se estudió la estructura de la sociedad, de la familia, y del divorcio desde los inicios de las civilizaciones. En suma, se fue creando un ambiente técnico-jurídico que se reflejó en los siguientes proyectos presentados al parlamento y que, de alguna manera, fue preparando el *animus* social en el que, casi un siglo después, se sometió a *referendum* el proyecto Fortuna-Spagnoli-Basini, con el resultado ya conocido. Las discusiones tuvieron incluso propaganda antisemita,[16] síntoma del carácter político y maniqueo con que se manipuló el instituto que fue nuevamente llevado al parlamento después de la crisis política de 1898.

El partido Socialista inició una vez más la presentación de proyectos en 1901 con la propuesta de Berenini e Borciani; fue un proyecto muy amplio. En los debates se presentaron dos posturas una, la de la mayoría, que desarrollaba el concepto de que el divorcio no es un estímulo para los matrimonios mal avenidos, sino un remedio para esto que no son otra cosa que un espejo de las "desarmonías sociales" y para los cuales la simple separación implica todos los inconvenientes del divorcio pero sin aportar sus ventajas. Por otro lado, las minorías argumentaron que el divorcio es un atentado a la estabilidad de la familia "proveniente de una minoría burguesa añorante del laicisismo del *resurgimiento* con menoscabo del pueblo necesitado de otros cuidados".[17] Antes de que se discutiera a fondo se clausuraron las sesiones y el proyecto no prosperó.

Un año después se presentó el proyecto del primer ministro Zanar-

[16] *Vid,* Galoppini, A., "Profilo storico...", *op. cit.,* p. 38, en donde se expresa: "...Gabba escribió, entre otras expresiones antisemitas, que la propaganda a favor de este nuevo flagelo anticristiano, fuente de innumerables daños para la sociedad, era adjudicable a los judíos..."

[17] *Idem,* p. 43.

delli y de Cocco Ortu en el que, por primera vez, se presentaba al divorcio como una alternativa complementaria de la separación conyugal. Tampoco prosperó este proyecto y no se volvieron a presentar otros proyectos desde 1904 y hasta 1914.

En este tiempo la institución se presentó como argumento para ob- 1911 Murri reconoció la importancia del divorcio, pero como se estaba tener el voto de los electores tan es así, que precisamente en abril de discutiendo una nueva ley electoral, afirmó que era

> grave y peligroso en el momento en que se está dando el sufragio a tres millones de electores nuevos, agitan y golpean las conciencias de éstos.[18]

De hecho observamos que dentro de los puntos que contiene el Pacto Gentiloni con el que los liberales pretendían obtener los votos de la mayoría católica estaba precisamente, la oposición a cualquier intento por debilitar a la familia lo que implica, automáticamente, una posición antidivorcista.

En 1914 Comandini, diputado republicano, presentó un proyecto de ley sobre la disolución del matrimonio a través del divorcio". El ambiente en que fue presentado era definitivamente adverso a todo proyecto que pusiera en peligro los intereses de los católicos no sólo en el ámbito del matrimonio sino también en el de la educación. En realidad no fue discutido por un problema de tipo procesal.

El siguiente proyecto que encontramos referente a la familia es de 1919 en un ambiente reformista de la postguerra que intentó reorganizar los núcleos familiares afectados por el conflicto bélico. En el año que citamos se promulgó una ley en la que se equiparó, finalmente, la condición jurídica del hombre y la mujer, se abrazó la autorización matrimonial y toda discriminación que por su sexo pudieran tener en las profesiones libres o en los empleos públicos. En este ambiente, en 1920, Marangoni e Lazzari presentaron un proyecto para la disolución del matrimonio con el fin de

> sanar tantas heridas sangrantes, dar un funcionamiento regular y reconocer la dignidad de tantas familias irregulares surgidas de nuestra injusta y deficiente legislación y de la crueldad de los sucesos recientes...[19]

[18] *Vid.*, Colleti, *op. cit.*, p. 83 y ss., y Ungari, *op. cit.*, p. 233.

[19] *Vid.*, Galoppini, *op. cit.*, p. 53; Cicu,, Antonio, "Divorzio e Politica", *Archivi*

Poco se discutió este proyecto: Marangoni lo presentó como un imperativo sobre todo para las clases populares que no podían disfrutar de los artilugios de las clases adineradas y Belotti sugirió mantener el *statu quo* para frenar el ambiente general de desinterés por las obligaciones familiares y el relajamiento de las costumbres después de la guerra, pero, no llegó a mayor debate por la clausura anticipada de las sesiones parlamentarias.

Posteriormente entre el fascismo y el Concordato de 1929 se dejó de hablar de divorcio, aunque encontramos proyectos que buscan una vía alterna a través de la nulidad de matrimonio por causas supervinientes a su celebración.

De hecho, ni en los trabajos preparatorios ni en el nuevo código civil italiano se cuestionó la ideología político-católica imperante. En cambio en los trabajos para la elaboración de la nueva Constitución si se discutió sobre el tema pues, una parte del legislativo quería que el principio de la indisolubilidad del matrimonio se elevara a rango constitucional y por otra se estimulaba que la Carta Magna, como tal, no podía recoger la huella doctrinaria de una determinada corriente política sino que debía quedar abierta a todas las ideas y dejar a una norma secundaria la evaluación del ambiente y de las necesidades sociales en un momento determinado. Las discusiones giraron en torno a dos conceptos diferentes de familia pero finalmente la segunda postura resultó triunfante y la Constitución establece que: "...la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio... organizado sobre la base de la igualdad jurídica de los cónyuges y dentro de los límites requeridos por la unidad familiar".

Después de esto sólo encontramos el proyecto Sansone de 1954, presentado ante la Cámara de Diputados, y el proyecto Sansone-Nenni presentado ante el Senado en 1958, ambos resultaron infructuosos porque se terminaron los respectivos periodos de sesiones sin que fueran tomados en consideración.

Finalmente, en este escueto recorrido, llegamos al proyecto Fortuna presentado en octubre de 1965 ante la Cámara de diputados, mismo que se discutió en la Comisión de Justicia casi un año después iniciando así un largo recorrido lleno de obstáculos hasta convertirse en la ley número 898 del 1o. de diciembre de 1970 en "materia de casos de disolución del matrimonio".[20]

Giuridici, Roma, 3a. serie, XL, 1966, pp. 13 y ss.; Pieroni Bortolotti, *Feminismo e partiti politici in Italia, 1919-1926*, Roma, 1978, pp. 56 y ss.

[20] Esta ley fue modificada por la Ley número 436 del 1º de agosto de 1978. *Vid, Gazzetta Ufficiale*, del 16 de agosto de ese año.

Es innegable que, a pesar de los esfuerzos de la Iglesia y de los conservadores de la ultra-derecha italiana, esta ley responde a las esperanzas e intereses de la población. Cualquier afirmación en contrario se enfrenta a los datos objetivos arrojados por el larguísimo debate parlamentario que duró dos periodos legislativos; a dos opiniones de la Comisión de asuntos constitucionales, sobre su constitucionalidad; a dos sentencias de la Corte Constitucional y, como si fuera poco, al *referendum* popular.

III. El divorcio

1. *La Ley número 898 del 1o. de diciembre de 1970*

El artículo primero de esta ley establece que se da lugar a la disolución del matrimonio civil cuando, agotados todos los recursos para obtener la reconciliación de los cónyuges, el juez considera que la comunión espiritual y material entre ellos no puede establecerse nuevamente a causa de alguna de las circunstancias previstas en esta ley. Tratándose de matrimonios celebrados bajo un rito religioso resignado, según lo establece el ordenamiento civil, el juez determinará exclusivamente que han cesado los efectos civiles del matrimonio en cuestión (artículo 2).

Son causales de divorcio (artículo 3):

a) La condena por sentencia definitiva con pena de destierro, o a más de 15 años de prisión (excepto en el caso de delitos políticos); las condenas por homicidio internacional; por prostitución de la mujer o los hijos; por condena por los delitos.

b) En los casos de separación legal u homologación de la separación de hecho después de cinco años en que cesó la convivencia, cuando no hay controversia entre los cónyuges, de siete cuando sí existe y la separación fue por causas imputables al actor; cuando, a pesar de no poderse dictar sentencia en los delitos señalados anteriormente, el juez determina que no es posible la convivencia; cuando en los procedimientos de incesto se declare que no es posible dictar sentencia por no haber escándalo público; cuando el otro cónyuge ha obtenido en el extranjero su divorcio, la nulidad del matrimonio o ha contraido nuevas nupcias; en caso de matrimonio no consumado.

El procedimiento, como era de esperarse después de tantos años de indisolublilidad del matrimonio, es bastante complicado y largo. De alguna manera nos recuerda a los procedimientos frente a los tribu-

nales eclesiásticos para la nulidad del matrimonio o la separación conyugal.

La demanda de divorcio o de terminación de los efectos civiles del matrimonio debe contener la exposición de los hechos en que se funda, la manifestación de la existencia de hijos legítimos, legitimados o adoptados por los cónyuges y ser presentada ante el tribunal del domicilio del demandado excepto cuando éste se haya trasladado al extranjero o se ignore el domicilio en cuyo caso será tribunal competente el del domicilio del actor. Se debe notificar al oficial del estado civil del lugar en donde se inscribió el matrimonio para que se haga la primera anotación correspondiente desde el momento de la presentación de la demanda.

Recibida la demanda y documentos relativos, el presidente del tribunal señalará la fecha para la comparecencia de los cónyuges y los términos de la notificación. A la comparecencia deben acudir personalmente los cónyuges excepto cuando existan motivos "graves y comprobados". En esta comparecencia el juez debe intentar la reconciliación oyendo por separado y conjuntamente a las partes; si lo logra, o si el actor se desiste de la acción el presidente del tribunal levantará el acta respectiva de reconciliación o desistimiento. Si el demandado no comparece o si no se logra la reconciliación, el presidente deberá dictar las medidas que considere oportunas para tutelar los intereses de los cónyuges si ello es necesario; posteriormente nombrará al juez instructor y señalará la fecha en que las partes deberán comparecer frente a este último que deberá ser dentro de un plazo no superior a un año. El auto-ordenanza en que se señalan estas disposiciones deberá ser notificado, bajo responsabilidad del actor, al demandado que no hubiere comparecido y al ministerio público.

Si en la instrucción el juez considera que existe una de las causales ennumeradas en el artículo tercero dicta sentencia decretando la disolución del vínculo conyugal o la terminación de los efectos civiles del matrimonio y ordena que se haga la segunda anotación correspondiente en el registro del estado civil del lugar en donde se inscribió el matrimonio. Esta sentencia puede ser impugnada por las partes o por el Ministerio Público en lo que se refiere a los intereses patrimoniales de los hijos menores o incapaces.

En la sentencia deben fijarse las obligaciones que subsistan entre los cónyuges sobre todo en lo que se refiere a los alimentos; por lo que respecta a los hijos en la sentencia se señalará quién de los padres tendrá la custodia de los mismos y ejercerá, bajo la vigilancia del juez

tutelar, la patria potestad, sin embargo, ambos padres conservan el derecho y la obligación de vigilar la educación de la prole y de alimentarlos. En la sentencia se fijará la cantidad que deberá pasar al cónyuge bajo cuya custodia están los hijos a título de alimentos, la forma en que ha de hacerse y la garantía que deberá dar en caso de que exista peligro de incumplimiento.

La obligación alimentaria entre divorciados cesa cuando el que tenía derecho a ella contrae nuevas nupcias. Incluso si el obligado muere y el acreedor tiene necesidad de la pensión señalada en la sentencia de divorcio, el juez gravará el patrimonio de la herencia a fin de que se cubra dicha pensión.

2. *Consideraciones doctrinales*

La polémica entre los juristas italianos sobre la institución ha girado sobre varias vértices, entre los que podemos distinguir los siguientes: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma; su naturaleza propia, diferente a la nulidad y a la separación; los efectos en los matrimonios concordatarios; la subsistencia de algunas de las obligaciones entre los divorciados, sobre todo la pensión alimentaria.

Con respecto a la constitucionalidad ya habíamos mencionado que se pretendió que la indisolubilidad del matrimonio quedara consagrada como garantía constitucional, pero prevaleció el criterio según el cual la Carta Magna no debía recoger esta impronta y si permitir que una ley secundaria pudiera reflejar el consenso social sobre una materia determinada, en este caso: el divorcio.

Esa fue una de las discusiones sobre los aspectos constitucionales del instituto pero tenemos también el referendum estipulado en el artículo 75 cuya primera actuación fue precisamente en esta materia.

Estudiosos del tema manifiestan que el interés de los constitucionalistas por el instituto puede ubicarse en la multiplicidad de problemas, vínculos y cuestionamientos que surgen en torno al mismo, debido al sistema del matrimonio italiano en el que se aceptan varios tipos de uniones conyugales cuyo efecto más visible es la yuxtaposición de poderes —eclesiástico y estatal— que requieren una referencia constitucional a fin de lograr un equilibrio entre los mismos.

Desde nuestro punto de vista, encontramos más discusiones en torno a un problema de política —si se quiere constitucional— que de derecho: la interferencia que el divorcio crea en las relaciones entre el Estado y la Iglesia; se creyó, en un momento, que existía un compro-

miso estatal de no introducir la disolubilidad del matrimonio a cambio de la aceptación del matrimonio civil.[21] Esta interpretación histórica puede sostenerse ya que, según lo apuntamos anteriormente, la Asamblea constituyente prefirió sostener el principio de neutralidad a expresar o declararse en forma inequívoca de tal manera que se pudiera evaluar el consenso social en uno y otro sentido.

Ahora el debate constitucional se ubica en dos polos: por un lado se discute sobre el reconocimiento de la familia como una sociedad natural —haciendo referencia al derecho natural— independientemente de que se constituya a través del matrimonio civil o del económico. Por otro, se vuelve a solicitar la consagración de la indisolubilidad del matrimonio como garantía constitucional; los que se pronuncian en este sentido lo hacen con fundamento en los artículos 7o. constitucional y 34 del concordato.

La polémica se desarrolló originalmente en el seno parlamentario para trascender al ámbito jurisdiccional. La Corte Constitucional se apresuró; aún antes del *referendum* a calificar la improcedencia, las impugnaciones a la ley del divorcio. Esta postura aunada al pronunciamiento del cuerpo electoral contrario a la abrogación de dicha ley, a través del propio *referendum* consolidó la posición de los divorcistas y se consiente de interpretación según la cual no es, ni puede ser, anticonstitucional una ley de este tipo, prevaleciendo así, este criterio sobre otros portadores de ideología diferente.

Respecto de la naturaleza de la institución diferente a la nulidad se ha llegado a la conclusión lógica: se trata de dos institutos que si bien se refieren ambos a formas de terminación del vínculo conyugal por causas diferentes a la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad está determinada por hechos anómalos existentes antes del matrimonio o al momento de su celebración, es decir, se refiere al matrimonio como acto. En cambio, el divorcio está determinado por circunstancias que surgen durante la convivencia conyugal y se refieren, por tanto, al matrimonio como estado o relación.

Entre separación y divorcio, la diferencia la ubican precisamente en los efectos de cada una de las figuras.

Desde nuestra perspectiva histórico-jurídica se nos presenta como una discusión bizantina, pero ubicada en la historia del derecho italiano encuentra su propia justificación y fuerza. Recordemos que a través de los estrechos marcos de las figuras de la separación conyugal y

[21] *Vid.* Mirabelli, Cesare, "Profili costituzionali", *Commentario sul divorzio*, Milán, 1980, pp. 78 y ss.

nulidad del matrimonio tenían que resolver toda la problemática jurídica derivada de los conflictos —muy humanos, por cierto— que surgían en la relación conyugal. En este contexto no es ocioso recordar que las estadísticas arrojan un índice más alto de demandas de nulidad de matrimonio en los lugares y épocas en que no se permite el divorcio.

Aún para los países en donde tenemos años de convivir con la institución del divorcio, la naturaleza del matrimonio genera grandes discusiones doctrinales; los italianos, a fin de aclarar y puntualizar la diferencia entre estas tres instituciones empiezan clasificando la naturaleza de la unión conyugal y señalan que una de las consecuencias más enriquecedoras de la reforma es precisamente la distinción entre acto y relación referidos al matrimonio ya que dentro del derecho canónico y su concepción sacramental el peso está recargado en el acto jurídico mismo, en cambio, ahora, y como un efecto directo de la concepción civilista empieza a desplazarse hacia la relación.[22] Ello implica, desde nuestro punto de vista, darle mayor importancia a la comunidad de vida entre los cónyuges que al acto que la genera humanizando, con ello, la perspectiva de la relación jurídica propiamente hablando. En este contexto el divorcio se presenta como una alternativa funcional de la relación cuando ésta ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido; se presenta también como estabilización de las relaciones conyugales dado que, según la opinión de los juristas italianos, tanto la nulidad como la separación, al ser usadas al límite de su interpretación, creaban inseguridad en el vínculo.

Con respecto de los efectos civiles de los matrimonios concordatarios, es decir, aquellos que se contraen bajo las normas del derecho canónico y son inscritos posteriormente en los registros del estado civil, las discusiones son más enconadas como es de suponerse. En efecto, el centro de los ataques a la reforma divorcista está en que se le considera anticonstitucional precisamente por declarar la disolución del vínculo aún en el caso de estos matrimonios.

La polémica entre los estatistas y los canonistas fue resuelta primero por la Corte Constitucional la cual, en la sentencia n. 169/71, consideró infundados los argumentos de estos últimos a cerca de la legitimidad de la norma y posteriormente el *referendum* popular ratificó esta opinión. Sin embargo, en Italia todavía se lucha por la jurisdicción de los tribunales de la Iglesia y del Estado reclamando cada uno para sí

[22] Rossi Carleo, Liliana, "Nullità, separazione, divorzio", in *Commentario sul divorzio, op. cit.*, pp. 100 y ss.

la facultad de decidir sobre las controversias en materia de los matrimonios concordatorios.

Esta polémica se deriva nuevamente de la interpretación del artículo 34 del concordato en donde se habla precisamente del reconocimiento que el Estado da a los matrimonios religiosos. Se habla de los *efectos civiles* de este tipo de matrimonios y en ese concepto podemos identificar concretamente la fuente del problema. Algunos autores[23] consideran que la indefinición del concepto se debe precisamente a la naturaleza del acuerdo, empero la interpretación técnica de la expresión debe hacerse, según la exégesis de los tratados internacionales, de conformidad con la intención de las partes. Desde nuestro punto de vista es muy difícil resolver el conflicto por esa vía dado que la intención de cada una de las partes era precisamente tener para sí el control de los matrimonios italianos y creemos que esta polémica es de tal envergadura que merecería un estudio particular y más profundo. Por el momento y para los efectos de este trabajo la dejamos apuntada.

Finalmente, ocupa un espacio considerable en los foros y publicaciones especializadas, la discusión sobre la subsistencia de algunas de las obligaciones conyugales haciéndose especial referencia a la obligación alimentaria. En este sentido su historia vuelve a matizar las formas de los análisis, críticas y evaluaciones en esta materia. El largo periodo en el que las controversias entre los cónyuges sólo tenían como opción la nulidad del matrimonio o la separación conyugal generó todo un sistema de protección a la mujer y a los hijos para garantizarles la pensión alimenticia. Al legislador italiano nunca se le escapó la realidad, aunque no quisiera hacerle frente: una vez obtenida la separación ambos cónyuges tienden a reorganizar su vida afectiva a través de uniones al margen de la legalidad, por ello era indispensable aunar una estructura sólida que no sólo fungiera como tutora sino también como incentivo para la celebración del matrimonio bajo las disposiciones del ordenamiento civil. Estas reflexiones se aplican igualmente al derecho sucesorio.

Una vez instituido el divorcio ese aparato pasó a ser aplicado, con toda su complejidad, a este nuevo instituto generando, como era de esperarse, fuertes polémicas porque no fueron adaptadas a la nueva circunstancia dejando, en apariencia, a los divorciantes en un conflicto

[23] Botta, Raffaele, *Nullità, separazione e divorzio nel matrimonio religioso con effetti civili*, Milán, Guiffrè ed., 1980. pp. 177 y ss.; también *Vid*, Punzi, Carmine, "Il riparto di giurisdizione in materia matrimoniale", *Revista di Diritto Civile*, Padova, año XXXI, núm. 6, noviembre-diciembre 1985, pp. 564 y ss.

permanente, como si sólo estuvieran separados, por razón de las pensiones alimenticias. Recordemos que el artículo 6 de la ley sobre el divorcio establece que será el tribunal que conozca la causa quién determine la forma en que ambos divorciantes han de continuar contribuyendo a la manutención, instrucción y educación de los hijos, así como el artículo 5 señala que ese mismo tribunal deberá establecer, a cargo de uno de los divorciados y de acuerdo a las condiciones económicas de ambos, una pensión alimenticia proporcional a sus recursos y a las necesidades del otro. En lo substancial retoman los textos de los artículos 155 y 156 del código civil relativos a las medidas respecto de los hijos en caso de separación y de los efectos de ésta sobre las relaciones patrimoniales de los cónyuges, respectivamente.

El segundo párrafo del artículo 156 del Código Civil Italiano establece:

> En particular el juez establece la forma y el modo en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a instrucción y educación de los hijos, así como la modalidad en la que ha de ejercitar sus derechos en relación a los hijos.

el párrafo cuarto del artículo sexto de la ley sobre el divorcio dispone:

> En particular el tribunal establece la forma y el modo en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a la instrucción y educación de los hijos y dará otras disposiciones acerca de la administración de los bienes de éstos.

En lo conducente el párrafo primero del artículo 156 del código civil dice, a la letra:

> El juez, pronunciando la separación, establece a favor del cónyuge cuanto sea necesario para su manutención en caso de que no tenga recursos propios suficientes.

Y el artículo 5, párrafo cuarto, dice:

> Con la sentencia que pronuncia la disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio, el tribunal dispone, habida cuenta de las condiciones económicas de los cónyuges y de las razones de la decisión, la obligación para uno de los cónyuges de suministrar al otro una pensión periódica proporcional a sus ingresos.

Esta similitud entre ambas instituciones es lo que ha generado, como ya se afirmó, la polémica en torno al tema.

IV. Conclusiones

Como podemos observar, en la trayectoria del derecho italiano existía una fuerte presión social para humanizar la institución del matrimonio, a pesar de la oposición enconada de la Iglesia y los conservadores. El divorcio como una verdadera alternativa de solución para las uniones conyugales mal avenidas es ya una realidad en Italia porque la propia sociedad italiana así lo requería y el derecho no puede, ni debe, establecer estructuras rígidas ajenas a las necesidades de la comunidad en donde ha de ser aplicada.

El movimiento de apertura hacia relaciones más acordes a la naturaleza humana continúa en Italia y se observa en iniciativas como la que se llevó en noviembre de 1986 a la legislatura para acortar los términos que ahora se requieren para el procedimiento.

En México no necesitamos iniciar el camino de la apertura desde el fondo, como ha sido en Italia, debemos aprovechar lo que tenemos para replantear las estructuras familiares, sobre todo las que atañen directamente las relaciones afectivas de los individuos del grupo, a fin de permitir que cada pareja, cada familia, cada individuo encuentre su propia alternativa y su propia respuesta en el establecimiento de relaciones maduras.

Ya en otra ocasión[24] incursionamos por este camino y nuevamente la reflexión nos trae a él aunque antes hablamos del matrimonio en México y hoy del divorcio en Italia: el legislador mexicano tiene en su mano la posibilidad de ayudar en la crisis que, según se afirma, atraviesa la institución del matrimonio. Si en Italia a pesar de los acuerdos con la Iglesia se pudo abrir la alternativa del divorcio dando una respuesta congruente y madura, a las desaveniencias conyugales graves, en México podemos reestablecer la confianza que las parejas debieran tener en el matrimonio con medidas como las sugeridas en aquel entonces para el divorcio, es decir: considerar la disolución del vínculo matrimonial como una resolución de la relación sin culpa de ninguno de los dos cónyuges, pues en la mayoría de los casos es así como se presenta: sin que se pueda señalar con exactitud y en justicia, un culpable,

[24] Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "Los fines del matrimonio", *Anuario Jurídico*, México, número XIII, 1986, pp. 281-294.

veamos el artículo primero de la Ley del divorcio en Italia e imitemos su ejemplo:

> El juez pronuncia la disolución del matrimonio contraído en los términos del código civil, cuando, agotado inútilmente el intento de conciliación a que se refiere el artículo cuarto, determina que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede mantenerse o reconstruirse por la existencia de alguna de las causas previstas por el artículo tercero.

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ASILADOS Y REFUGIADOS CENTROAMERICANOS EN MÉXICO

Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cuestiones preliminares.* 1. *Precisiones terminológicas.* 2. *Diferencias conceptuales.* III. *México y el problema de los refugiados.* 1. *Admisión de refugiados antes y durante la Segunda Guerra Mundial.* 2. *Recepción de refugiados después del segundo conflicto bélico mundial.* IV. *El derecho mexicano relativo a los asilados políticos.* 1. *Principios y normas constitucionales.* 2. *Legislación secundaria.* 3. *Convenciones regionales americanas.* V. *La política exterior de México en relación con los refugiados.* 1. *La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados.* 2. *La Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados.* 3. *Posición adoptada en el marco de las negociaciones del Grupo Contadora.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es el análisis del estado que guarda el derecho interno mexicano en relación con el problema de los asilados y refugiados, así como el examen de la actitud oficial asumida por el gobierno de México respecto de dicho problema, el cual este país ha debido afrontar en múltiples ocasiones a través de su historia.

Del simple enunciado de tal objetivo, salta a la vista que debemos proceder, por principio de cuentas y como una cuestión previa (parte II), no sólo a establecer el significado preciso de los términos "asilado" y "refugiado", sino, al mismo tiempo, a determinar las diferencias existentes entre ambos conceptos, dado que el término y la noción de asilado que se inscriben en el orden jurídico mexicano, no son enteramente coincidentes con la expresión y definición de refugiado admitidas en el plano del derecho internacional aplicable en la materia.

De la misma manera, y tomando en cuenta que los numerosos casos en que México ha debido encarar el problema de los refugiados, la

* Investigador de tiempo completo, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

afluencia de éstos ha obedecido a conflictos de diversa índole que han motivado la búsqueda de refugiado sea en forma individual, sea en forma colectiva. Intentaremos caracterizar en seguida (parte III), la dimensión e importancia que los diferentes casos han revestido.

Una vez recordada y descrita la actitud generosa, solidaria y humanitaria, aunque a veces no del todo exenta de contradicciones y ambigüedades, que los sucesivos gobiernos mexicanos han asumido ante los problemas planteados por los diferentes flujos de asilados y refugiados, y para constatar que las soluciones dadas a los mismos han sido más casuísticas que producto de la aplicación de un conjunto de normas específicas y coherentes, aplicables en la materia, pasaremos revista, por un lado (parte IV), a la obsoleta y deficiente legislación mexicana existente al respecto, y, por el otro, y en contraste con lo anterior, a las directrices que guían la política exterior de México en cuanto al problema que nos ocupa (V), la cual, fundada en una larga tradición humanitaria y en sólidos principios jurídicos, se ha mostrado altamente progresista en general, si bien en algunos casos concretos deja mucho que desear.

II. Cuestiones preliminares

La compleja problemática que en nuestros días plantea la existencia de asilados y refugiados, es decir, la presencia de millones de personas que por diferentes motivos huyen de su país de origen para buscar seguridad y protección en otros países, puede ser enfocada desde varios y muy diversos puntos de vista, o sea tomando en cuenta el carácter individual o colectivo de este fenómeno, sus dimensiones nacionales, regionales o mundiales, sus implicaciones jurídicas, políticas, económicas o sociales, etcétera. De ahí que, para referirse a dichas personas, encontremos en la literatura concerniente a esta materia términos o expresiones tales como las de asilados, asilados políticos, desplazados, emigrados políticos, exiliados, expulsados, inmigrantes ilegales, internados políticos, migrantes económicos, perseguidos políticos, refugiados, etcétera.

Sin embargo, cabe advertir que en el plano estrictamente jurídico, los términos por el derecho interno o internacional como por la jurisprudencia y doctrina especializadas, son los de asilado y refugiado, términos no sólo distintos lexicológicamente, sino también diferentes en cuanto al concepto y significado que uno y otro involucran, según tendremos ocasión de ver en seguida.

1. *Precisiones terminológicas*

A. El asilado

El derecho interno mexicano, los convenios regionales americanos y la doctrina en general, reconocen y distinguen dos categorías de asilados, a saber: el asilado diplomático y el asilado territorial, ambas bajo la denominación genérica de asilados o asilado político.

a) *El asilado diplomático*

Es la persona a la cual, siendo perseguida por delitos o motivos políticos y originaria del país persecutor, se concede asilo en la sede de una embajada extranjera, o en un barco, campo o aeronave militares también extranjeros.

Al asilo político en general se refiere el artículo 42, fracción V, de la Ley General de Población del 11 de diciembre de 1973; mientras que la categoría y terminología del asilo diplomático están previstas en el artículo 101, fracciones V a VII, del Reglamento de dicha Ley, del 12 de noviembre de 1976.[1]

De los convenios regionales americanos aplicables en materia, y en los que México es Estado parte,[2] la Convención sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928, adoptada por la VI Conferencia Internacional Americana efectuada en La Habana en dicho año (Convención de La Habana de 1928), emplea indistintamente los términos asilo y refugio en relación con el asilo diplomático, y aunque no utiliza esta última expresión, sino más bien la de asilo político, puede entenderse que sus artículos 1 y 2 regulan lo relativo al asilo diplomático.[3]

Por su parte, la Convención sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933, adoptada por la VII Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Montevideo en dicho año (Convención de Montevideo de 1933), en su artículo 2 utiliza el término asilo como sinónimo de asilo político, si bien tampoco emplea la expresión asilo diplomático.[4]

[1] Para el texto de estas disposiciones legislativas, véase la parte III de este trabajo, *infra*, pp. 27-31.

[2] Los cuales, por ende, forman parte del derecho interno mexicano, de conformidad con lo que establece el artículo 133 constitucional, para cuyo texto remitimos al lector a la parte III de este trabajo, *infra*, pp. 34 y 35.

[3] *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México*, México, Senado de la República, 1972, tomo V, pp. 641-647.

[4] *Idem*, tomo VII, pp. 79-86.

En cambio, una de las dos convenciones en materia de asilo adoptadas el 28 de marzo de 1954 por la X Conferencia Internacional Americana celebrada en Caracas en dicho año, no solamente se titula Convención sobre Asilo Diplomático (Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático), sino que, además, tal expresión es empleada en todo su articulado como sinónimo de la de asilo político, mientras que ésta para nada se utiliza en todo el texto de la Convención.[5]

b) *El asilado territorial*

Es la persona que, siendo objeto de persecución por delitos o motivos políticos, logra ingresar al territorio del país asilante.

Al asilado territorial se refieren, aun cuando no siempre se utilice esta expresión, los artículos 35 y 42, fracción V, de la Ley General de Población, así como el artículo 101, fracciones I a IV y VII, del Reglamento de dicha Ley, ambos ordenamientos legales antes citados.[6]

De los instrumentos internacionales de carácter regional aplicables en materia de asilo, y de los cuales México es Estado parte, ni la Convención de La Habana de 1928 ni la Convención de Montevideo de 1933 utilizan esta expresión. En cambio, es la terminología que emplea la Convención sobre Asilo Territorial, del 28 de marzo de 1954, adoptada también en la ya citada X Conferencia Internacional Americana efectuada en Caracas en ese año.[7] Por su parte, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, del 29 de noviembre de 1969, en sus artículos XXVII y 22, inciso 7, respectivamente, se refieren específicamente al asilo territorial.[8]

Comparando la anterior terminología con la utilizada en algunos instrumentos internacionales de las Naciones Unidas de carácter no obligatorio, resulta que la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 14, emplea el término asilo como sinónimo de asilo territorial. Asimismo, la Declaración sobre

[5] *Idem*, tomo XIII, pp. 353-359.

[6] Para las fechas de estos ordenamientos legales, véase *supra*, p. 4; para el texto de las disposiciones citadas, véase *infra*, pp. 27-31.

[7] Véase, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, año I, núm. 1, enero-abril 1986, pp. 331-335.

[8] Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 21-55.

Asilo Territorial (adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 2312 (XXII), del 14 de diciembre de 1967), como su propio nombre lo indica, se circunscribe específicamente al asilo territorial.[9]

De lo anterior se infiere, por lo que toca a los términos de asilo y asilado político, que ambos tienen varias acepciones tanto en el derecho interno mexicano como en los instrumentos interamericanos sobre la materia, en los cuales se les utiliza para referirse ya sea a la institución genérica del asilo, ya sea a una u otra de las dos categorías del asilo, el diplomático o el territorial.

En cambio, en los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, como acabamos de ver, el término asilo se refiere exclusivamente al asilo territorial, desconociéndose, por completo, tanto el empleo de la expresión asilo político como la categoría del asilo diplomático.

B. El refugiado

Por lo que se refiere al término refugiado, debemos precisar que, no obstante la frecuencia con la que en México tal vocablo se utiliza en el discurso político, en reuniones académicas, en publicaciones especializadas, en los medios de comunicación, etcétera, y a pesar de haberse creado una Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados y autorizado el establecimiento de una representación oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, lo cierto es que el derecho mexicano, concretamente, y para no citar sino un ejemplo, en el artículo 21 transitorio de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, del 30 de diciembre de 1944, se emplea el término refugiado pero con el calificativo de político y en tanto expresión sinónima de asilado político.[10]

Se desconoce, por tanto, el sentido amplio que el término refugiado reviste en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas aplicables en la materia, particularmente en el artículo 1A (2) de la Convención y I.2 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la primera del 28 de julio de 1951, y el segundo del 31 de enero de 1967; disposiciones ambas que, al definir al refugiado, establecen que es todo individuo que por fundados temores a ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u

[9] Véase, Naciones Unidas, *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1983, pp. 1-3, 120 y 121.

[10] Para el texto de estas disposiciones legislativas, véase la parte III de este trabajo, *infra*, p. 32.

opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de origen y no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección del mismo, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.[11]

La situación existente en el orden jurídico mexicano se explica, en parte, en virtud de que, hasta hoy día, México no ha ratificado ninguno de los dos instrumentos internacionales antes mencionados, que son los que, en el plano universal, adoptan la terminología, delimitan el concepto y establecen el estatuto del refugiado, según tendremos ocasión de ver en seguida.

Simplemente quisiéramos hacer hincapié, por último, en este apartado, que entre los convenios regionales americanos, de los cuales México es Estado parte, la Convención de La Habana de 1928, en su artículo 2, párrafos tercero, cuarto y quinto, utiliza el término refugiado como sinónimo de asilado y asilado político,[12] y la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial emplea como sinónimo las expresiones asilados políticos y refugiados políticos.[13]

2. *Diferencias conceptuales*

El concepto de asilado o asilado político y las causales que hacen aplicable a una persona, o la excluyen, del régimen jurídico establecido conforme a la legislación mexicana y los convenios regionales americanos, aunque presentan grandes analogías o similitudes, no coinciden totalmente con la definición y el reconocimiento o no de la calidad de refugiado de acuerdo con el sistema de las Naciones Unidas.[14]

A. El concepto de asilado político en el derecho mexicano

El derecho interno mexicano, en concordancia con los convenios

[11] Véase, *op. cit.*, en la nota 9, pp. 109 y 116.

[12] Véase, *op. cit.*, en la nota 3, p. 645.

[13] Véase, *op. cit.*, en la nota 7, pp. 332 y 333.

[14] Gros Espiell, Héctor, "El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradicción en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, sobre Estatuto de los Refugiados", en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 35-44 y 60-64; Rodríguez y Rodríguez, Jesús, voz "Refugiados", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, tomo VII, pp. 384-386.

regionales americanos aplicables en la materia, y a los cuales ya hemos hecho referencia con anterioridad,[15] sólo considera como asilado político al extranjero que, siendo objeto de persecución por motivos o delitos políticos o comunes conexos con los políticos en su país de origen, y para proteger su vida o libertad, es autorizado a internarse temporalmente en México.

Tales son las dos únicas causales que abren la posibilidad de otorgamiento del asilo político en sus dos variantes, diplomático y territorial, conforme a lo que disponen los artículos 35 y 42, fracción V, de la Ley General de Población y, más explícitamente, el artículo 101, fracciones I a VII, del Reglamento de dicha Ley, ordenamientos legales a las cuales ya hicimos alusión también anteriormente.[16]

En consecuencia, el asilo político no se concede ni a los extranjeros inculpados, procesados o condenados exclusivamente por delitos del orden común, ni a los desertores de las fuerzas armadas, según se desprende tanto de los términos de los artículos 15 y 119 de la Constitución; 1, 5 y 8 de la Ley de Extradición Internacional, del 25 de diciembre de 1975, y 101, fracciones I, II y V, del Reglamento de la Ley General de Población,[17] como de lo que expresamente establecen los artículos 1, de la Convención de La Habana de 1928; 1, de la Convención de Montevideo de 1933, y 3, de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático.

B. La noción de refugiado en el sistema de las Naciones Unidas

La ya citada[18] Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951), al delimitar el concepto de refugiado, estableciendo quién tiene derecho a ser considerado como tal, toma en cuenta no sólo la persecución propiamente dicha de una persona, sino, además, el temor fundado de ésta a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas.

Ahora bien, cabe señalar que dicho temor no debe ser meramente subjetivo, sino que debe responder o ser la consecuencia de medidas concretas que configuren una persecución de hecho.

[15] Véase, *supra*, pp. 4-6.

[16] Véase, *supra*, pp. 4 y 5.

[17] Disposiciones todas cuyo texto encontrará el lector en la parte III de este trabajo, *infra*, pp. 23-32.

[18] Véase, *supra*, pp. 7 y 8.

Por otra parte, debemos hacer hincapié en que este concepto de refugiado no solamente cubre a la persona que, por alguno de los motivos en cuestión, huye o se encuentra fuera del país de su nacionalidad, sino que también incluye a la persona que carece de nacionalidad es decir, al apátrida que por los mismos motivos se encuentre fuera del país donde habitualmente reside.

De lo antes expuesto resulta que el concepto de asilado político, conforme al derecho mexicano y los convenios regionales americanos aplicables en la materia, es distinto al de refugiado según el sistema de las Naciones Unidas; primero, porque las causales que permiten reconocer a un individuo su calidad de asilado político se circunscriben únicamente a la persecución por motivos o delitos políticos, mientras que refugiado se considera a toda persona que es objeto de persecución por motivos de la más diversa índole, es decir, raciales, religiosos, sociales, políticos, etcétera; segundo, porque a diferencia de la definición de refugiado en el sistema de las Naciones Unidas, el concepto de asilado político en el derecho mexicano requiere pruebas de la persecución y no simplemente el temor fundado a ser perseguido, según lo previene la Convención de 1951.

III. México y el problema de los refugiados

El problema de los refugiados, con todo y que en la actualidad reviste una enorme dimensión cuantitativa y una gran complejidad causal, no es un problema nuevo ni en el marco conflictual de la vida de relación internacional, ni en el plano de la experiencia histórica de México sobre este particular.

En efecto, los problemas relacionados con los grandes contingentes de refugiados aparecieron por primera vez al término de la Primera Guerra Mundial, y los primeros intentos para dar solución a los mismos se debieron a la iniciativa de la Sociedad de Naciones que los emprendió a partir de 1921. Sin embargo, en los años finales de existencia de esta organización internacional, cuando las violaciones al orden ginebrino cundía y las deserciones de los Estados miembros se multiplicaban, los esfuerzos desplegados y las medidas tomadas en materia de refugiados se revelaron notoriamente insuficientes para remediar la situación creada por los éxodos en masa, como, por ejemplo, el de los judíos de Alemania o el de los vencidos en la guerra civil española iniciada en 1936.

Ahora bien, si tales hechos planteaban problemas y requerían solu-

ciones insoslayables en dicha época, después de la Segunda Guerra Mundial la cuestión de los refugiados habría de agravarse y plantearse en una escala mucho mayor, dada la presencia de más de un millón de personas que se negaban a retornar a su país de origen.[19] Estas circunstancias obligarían a la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas a enfrentar, desde luego, el problema de los refugiados. Sin embargo, hechos tales como el proceso de descolonización, los movimientos de liberación nacional, las guerras localizadas, las luchas internas por el poder, etcétera, contribuirían a que dicho problema se agravara y alcanzara una magnitud sin precedentes, debiendo la ONU redoblar esfuerzos, cada vez, si tan sólo tomamos en cuenta que al inicio de la década actual el número de refugiados alcanzaba ya la cifra de diez millones.

Por otra parte, si tomamos en cuenta la agitada historia de las repúblicas latinoamericanas, en las cuales entre más frecuentes más enconadas han sido las luchas políticas, fácil es comprender por qué el asilo, en sus dos formas, diplomático y territorial, se ha ejercido con suma frecuencia, en tanto que institución legal y convencionalmente reconocida para salvaguardar la vida, libertad o seguridad de una persona, cuando en razón de sus actividades políticas se le hace objeto de persecución.

Hoy día, no obstante, la realidad ha rebasado las caducas e insuficientes fórmulas y soluciones legales, todavía contempladas tanto por el derecho positivo interno de muchos países latinoamericanos como por diversos instrumentos convencionales de carácter regional aún vigentes; cuando, de hecho, lo que se requiere es la adopción de nuevas medidas legislativas, o de cualquier otro tipo, y de mecanismos más eficaces, susceptibles, conjuntamente, de proteger a aquellas personas que, a consecuencia de conflictos internos o internacionales, u otros acontecimientos que alteren seriamente el orden público de su país de origen, de violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos, de persecuciones por motivos o delitos políticos o del temor a ser perseguidos por otros motivos, huyen de su país para buscar seguridad, asistencia y protección fuera del mismo.

De esta última situación expuesta, lo primero constituye el marco conceptual y jurídico dentro del cual, por mucho tiempo, se ha inscrito la humanitaria y ya tradicional práctica de México en materia de asilo; lo segundo representa el cada vez más complejo cúmulo de factores

[19] Stoessinger, John G., *The Refugee and the World Community*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1956, pp. 63 y ss.

determinantes que han obligado a este país a encarar, de hecho, el problema de los refugiados, ya sea mediante la creación de organismos nacionales, como por ejemplo la ya mencionada Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados (COMAR), cuyas relevantes actividades carecen, sin embargo, de un basamento jurídico adecuado que dé respaldo, coherencia y eficacia a las mismas, ya sea a través de la colaboración con organizaciones internacionales que, como el también ya citado Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), tienen su origen y fundamentan su acción en instrumentos internacionales de los cuales, pese a todo, México todavía no es Estado parte.

Sea como fuere, México, como ya hemos dicho, posee una larga experiencia y una sólida tradición en materia de asilo político. En diferentes épocas de su historia como país independiente, ha franqueado el acceso a sus sedes diplomáticas y ha abierto las fronteras de su territorio a miles de personas perseguidas, las cuales, independientemente de su origen nacional, condición económica, nivel cultural o ideología política, han encontrado una generosa y hospitalaria acogida tanto de parte del pueblo mexicano como de sus sucesivos gobiernos.

Para no remontarnos demasiado lejos, y haciendo caso omiso de los innumerables casos de otorgamiento del asilo en forma individual, como sucedió, por ejemplo, con León Trotsky, antes de la Segunda Guerra Mundial, o con Héctor Cámpora, hace apenas una década, nos concretaremos a mencionar algunos casos de recepción colectiva de refugiados, tomados entre multitud de ejemplos que podemos encontrar en la historia reciente del México contemporáneo.

1. *Admisión de refugiados antes y durante la Segunda Guerra Mundial*

Antes de la Segunda Guerra Mundial, y como resultado del conflicto bélico que se inició en España en 1936, el cual concluyó con la derrota de la Segunda República Española, México recibió a varios miles de republicanos españoles, entre quienes se contaban ilustres intelectuales, juristas, políticos, etcétera, y para cuya recepción fue creada, en julio de 1938, la Casa de España en México.

Cabe subrayar que en la época de la afluencia de los republicanos españoles, las condiciones existentes en México eran muy distintas a las que hoy prevalecen en el país. Bastaría recordar que el gobierno de Lázaro Cárdenas consideraba en su Plan Sexenal la posibilidad y conveniencia de invitar a extranjeros a colonizar algunas zonas del

país, dado lo escaso de la población y la necesidad de desarrollar todo el territorio nacional.[20]

De ahí que poco tiempo después, y una vez iniciada la segunda gran conflagración mundial, México haya recibido a otros grupos de europeos que huían de los horrores y trágicos acontecimientos que ésta desencadenó. Tal fue el caso, por ejemplo, de los más de seiscientos refugiados de nacionalidad polaca para cuya ubicación se fundó la Colonia de Santa Rosa, cercana a la ciudad de León, Guanajuato.

2. *Recepción de refugiados después del segundo conflicto bélico mundial*

Después de la Segunda Guerra Mundial, y más concretamente durante las tres últimas décadas, el problema de los refugiados que han buscado seguridad y protección en México, además de haberse latinoamericanizado se ha masificado, alcanzando paulatinamente dimensiones cuantitativas sin precedente.

En efecto, en dicho periodo podemos señalar tres grandes corrientes de refugiados, las cuales, con todo y que se circunscriben a América Latina, se distinguen entre sí por su diferente área geográfica de procedencia. Tales corrientes han sido una caribeña, otra sudamericana y una más centroamericana.

A. Grandes afluencias de ciudadanos de países del Caribe

En la década de los sesenta, el gobierno mexicano acogió a numerosos cubanos que salieron de la isla, primero, por ser opositores del régimen de Fulgencio Batista, y, después, por no estar de acuerdo ni con el régimen político ni con el sistema económico y social implantado por el gobierno de Fidel Castro; asimismo, buen número de haitianos que huían de la represión del régimen dictatorial de François Duvalier, encontraron refugio y seguridad en México; igualmente, aunque en número más reducido, el país recibió o los dominicanos que huían después de la caída del gobierno de Juan Bosh.[21]

[20] Brambila Meda, Antonio, "Organización, estructura y propósitos de la Comisión de Ayuda a los Refugiados", en *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 39-41.

[21] Organización de los Estados Americanos, "La situación de los refugiados políticos en América", Informe preparado por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *La Organización de los Estados Americanos y*

B. Flujos derivados de los acontecimientos ocurridos en el Cono Sur

En la década de los setenta, México admitió a miles de sudamericanos que escapaban de la persecución política, cuando los régimenes constitucionales de sus respectivos países fueron abatidos mediante golpes de Estado perpetrados por las fuerzas armadas, erigidas para gobernar en juntas militares de gobierno, y, en no pocos casos, convertidas finalmente en dictaduras militares unipersonales.

Tales fueron los casos de los acontecimientos ocurridos en Bolivia, en 1972; en Chile y Uruguay, en 1973; en Argentina, en 1976; etcétera.[22]

Cabe precisar, sin embargo, que el número total de refugiados que llegaron a México con ésta y la anterior corriente, no sólo fue relativamente reducido, sino que, por lo que hace a la afluencia de refugiados del Cono Sur, y desde hace ya varios años, la presencia de éstos tiende a disminuir debido al reencauzamiento por la vía democrática de buena parte de los regímenes gubernamentales sudamericanos, y al consiguiente retorno a sus países de los argentinos, uruguayos e, incluso, chilenos.

C. Presencia masiva de refugiados de América Central

Respecto de esta tercera y, con mucho, más importante corriente de refugiados hacia México, cabe advertir aquí, previamente, que de tiempo atrás y antes de las convulsiones políticas que hoy día aquejan a diversos Estados de la América Central, este país ya había recibido significativas afluencias de refugiados centroamericanos. Tal fue el caso, por ejemplo, de los guatemaltecos que, a partir de 1954, y para huir de los efectos del golpe de Estado que derrocó al régimen legalmente establecido de Jacobo Arbenz, solicitaron y obtuvieron el asilo del gobierno mexicano.

Con todo, este caso, como muchos otros acaecidos en la larga historia mexicana en materia de asilo, presenta diferencias substanciales respecto del flujo de centroamericanos que ha tenido lugar a últimas fechas.

Así, los ciudadanos guatemaltecos, en 1954, aparte de que sólo sumaban algunas centenas y buena parte de ellos eran distinguidos

los derechos humanos 1960-1967, Washington, D.C., Secretaría General, 1972, pp. 516-524.

[22] Franco, Leonardo, "El derecho internacional de los refugiados y su aplicación en América Latina", en *Anuario Jurídico Interamericano, 1982,* Washington, D.C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1983, pp. 208-210.

escritores, profesores e intelectuales, así como connotados dirigentes políticos, solicitaron y obtuvieron, a título individual, el asilo diplomático en la sede de la Embajada mexicana en Guatemala, a diferencia de los guatemaltecos de nuestros días, los cuales, además de sumar varias decenas de miles y provenir todos ellos de comunidades rurales indígenas, se presentaron en la frontera sur del país, siendo admitidos y proporcionándoseles una protección y asistencia más bien como refugiados *de facto*.

Ahora bien, por lo que se refiere al más reciente flujo de refugiados centroamericanos hacia México, los primeros en llegar al país fueron los nicaragüenses, quienes, en número más bien reducido, dejaron su país entre 1978 y 1979, durante la guerra civil, y, sobre todo, una vez derrocada la prolongada dictadura somocista.[23]

Una segunda afluencia de refugiados centroamericanos está constituida por los salvadoreños que, huyendo de la guerra civil y de la represión en su país, comenzaron a llegar a México en 1979, por oleadas que sumaban decenas de miles, y han seguido aumentando al paso de los años. Este flujo, por tanto, numéricamente ha sido el más importante, ya que se calcula que los salvadoreños que en la actualidad se encuentran en México suman ya varias centenas de miles.[24]

Una tercera afluencia de refugiados centroamericanos en México está integrada por los guatemaltecos que, en número de 400, llegaron a este país en mayo de 1981, los cuales, al igual que otros 2,000 que llegaron en junio del mismo año, fueron deportados en su casi totalidad por las autoridades mexicanas pocos días después de su llegada.

Pese a que todos ellos eran considerados por la COMAR y el ACNUR como refugiados, sólo a 46 les fue reconocida la calidad de asilados políticos.[25]

Tal hecho, sin embargo, no desalentó a los guatemaltecos, quienes en número cada vez mayor continuaron llegando a México hasta alcanzar, en 1984, una cifra aproximada de 46,000 refugiados, lo cual ya había conducido a las autoridades mexicanas a aplicar, desde marzo de 1983, toda una serie de medidas administrativas a fin de controlar el flujo no sólo de los guatemaltecos sino de los centroamericanos en general que continuaban llegando al país.

[23] Aguayo, Sergio, *El éxodo centroamericano*, México, Secretaría de Educación Pública, 1985, pp. 21-28.

[24] *Ibidem;* Velázquez, Miguel Ángel, "Refugiados: 1981-1984. Una cronología", en *Nexos*, México, núm. 79, julio de 1984, pp. 17-29.

[25] *Ibidem.*

En efecto, a partir de la fecha antes citada, se suprimió la facultad de las líneas aéreas para proporcionar permisos para visitas turísticas de centroamericanos a México; se aumentó el número de agentes migratorios en la frontera sur; se empezó a aplicar con mayor rigor el Reglamento de la Ley General de Población en cuanto a la renovación de los permisos de turistas, y, en general, para la obtención de cualquier documento migratorio; se incrementó la detección de centroamericanos en situación migratoria irregular dentro del área metropolitana, etcétera.

En junio de 1983, al iniicar las autoridades migratorias mexicanas una campaña de deportación de centroamericanos, tuvieron también lugar negociaciones de alto nivel entre funcionarios mexicanos y del ACNUR. Producto de estas negociaciones fue un comunicado de prensa en el que se asentaba que México no repatriaría a los guatemaltecos contra su voluntad, que se les seguiría proporcionando asistencia y que no se había tomado medida alguna para impedir el ingreso de centroamericanos.

Hoy día, los guatemaltecos ubicados o reubicados en los campamentos del sureste, tienen más o menos resuelta su situación; en cambio, los centroamericanos que se encuentran en el interior del país o en camino hacia los Estados Unidos, se enfrentan a privaciones y obstáculos de todo tipo, el primero de los cuales es de carácter legal, y se traduce en la práctica imposibilidad de que les sea reconocida la calidad de asilado político, en tanto no prueben la persecución política de que han sido objeto. Por si fuera poco, existe una acentuada inclinación por atribuir a todo centroamericano el carácter de migrante económico, con total abstracción de la guerra civil por la que todavía atraviesa El Salvador, de la situación de violencia generalizada que por muchos años ha prevalecido en Guatemala y de la inseguridad permanente que, para Nicaragua y otros países vecinos, representan no sólo las acciones bélicas de la contrarrevolución antisandinista, sino, al mismo tiempo, la amenaza latente de una intervención extranjera.

Como puede deducirse fácilmente de lo antes expuesto, el problema de los refugiados ha cambiado radicalmente en los últimos años. Ya no se trata de los asilados de antaño, cuyos contingentes, por lo general, eran reducidos y estaban formados principalmente por conocidos dirigentes políticos o sindicales o por prestigiados profesores o intelectuales, todos los cuales, en mayor o menor medida, contaban con medios económicos suficientes y con un alto nivel educacional. En la actualidad, el problema radica en que, como consecuencia de las convulsiones políticas acaecidas en la mayoría de los países latinoamericanos, de la

falta de estabilidad democrática y de las violaciones persistentes y generalizadas de los derechos humanos en algunos de ellos, gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie y, como es el caso de los guatemaltecos, no sólo con un alto porcentaje de analfabetismo sino, incluso, sin siquiera hablar el español, se trasladan al territorio de otros Estados, a causa de la situación imperante en sus países de origen.

Esta realidad no ha sido contemplada, hasta ahora, en forma adecuada ni por la legislación interna mexicana ni por las convenciones regionales americanas en materia de asilo, siendo inadecuadas tanto una como las otras para resolver situaciones de asilo o refugio masivo, tal como se presentan en la actualidad, como tendremos ocasión de ver a continuación.

IV. El derecho mexicano relativo a los asilados políticos

El derecho interno mexicano contiene un número muy reducido de disposiciones jurídicas directa y específicamente aplicables en materia de asilados políticos. De ahí que la situación de las personas consideradas por la legislación mexicana como tales, sea bastante precaria desde el punto de vista jurídico y que, al mismo tiempo, la regulación de su condición jurídica derive de una serie de normas dispersas en diferentes ordenamientos legales de diferente naturaleza y jerarquía, como son la Constitución, diversas leyes secundarias, algunos reglamentos de éstas, e, incluso, varios instrumentos internacionales de carácter regional.

Veamos a continuación cómo están concebidas las normas en cuestión.

1. *Principios y normas constitucionales*

La Constitución mexicana del 5 de febrero de 1917 no reconoce directamente la institución jurídica del asilo, y, por ende, ninguna de sus disposiciones contempla tampoco la figura del asilado político.

En cambio, en su artículo 15, al prohibir la celebración de tratados de extradición, en virtud de los cuales el Estado mexicano se comprometa con uno o más Estados extranjeros a entregarles aquellas personas a quienes dichos Estados imputan la comisión de delitos de carácter político, se infiere claramente que lo que este precepto consagra, si bien sólo en forma indirecta, es la humanitaria institución conocida en el orden jurídico internacional como el derecho de asilo.

Tal prohibición está concebida de la siguiente manera:

> *No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos,* ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.[26]

Congruente con la anterior disposición, el primer párrafo del artículo 119 constitucional señala que: "Cada Estado tiene obligación de entregar sin demora los criminales de otro Estado o *del extranjero,* a las autoridades que lo reclamen."[27]

Por otra parte, la Constitución reconoce una serie de derechos humanos enumerados en los artículos 1 a 29, bajo el título de "garantías individuales".

Ahora bien, al disponer el artículo 1o. constitucional que: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece", se infiere que por *todo individuo* la Constitución entiende todo ser humano, sin distinción de ninguna especie, lo cual incluye, desde luego, a los extranjeros en general, según lo establece expresamente el artículo 33 de la propia Constitución, y, entre éstos, a los que se encuentren en el país en calidad de asilados políticos, conforme a la legislación mexicana.

Dice así el artículo 33 constitucional:

> Son extranjeros lo que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Por su cuenta, el artículo 30 constitucional determina que son me-

[26] El subrayado es nuestro.

[27] El subrayado es nuestro. En esta disposición, el término Estado se refiere a cada una de las entidades federativas de la República Mexicana.

xicanos por nacimiento los que hayan nacido en territorio mexicano, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres, los nacidos en el extranjero, cuyos padres, o al menos uno de ellos, sea de nacionalidad mexicana, así como los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves que ostenten el pabellón de o tengan matrícula en México (artículo 30, letra *A*, fracciones I a III), y agrega que serán mexicanos por naturalización los extranjeros que obtengan su carta respectiva de parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores, así como los extranjeros que contraigan matrimonio con mexicanos y fijen su domicilio dentro del territorio nacional (artículo 30, letra *B*, fracciones I y II).

2. *Legislación secundaria*

Como señalamos al principio de esta parte, muy pocos ordenamientos legales mexicanos se refieren directa y específicamente a la figura y a la situación jurídica de los asilados políticos. Entre los que sí lo hacen, se cuenta la Ley General de Población y su Reglamento, la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, así como la Ley de Extradición Internacional, a todas las cuales ya hicimos alusión con anterioridad,[28] y cuyas disposiciones examinaremos ahora en concreto.

A. Ley General de Población

Esta Ley —cuyo objeto es regular los fenómenos poblacionales en el territorio nacional (artículo 1o.) faculta al Ejecutivo federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación, a tomar las medidas necesarias para resolver los problemas demográficos del país (artículo 2o.), entre las cuales figura la de sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que juzgue pertinentes (artículo 3o., fracción VII), independientemente de que los mismos, para entrar o salir del país, deberán satisfacer los requisitos exigidos tanto por esta ley como por sus reglamentos y otras disposiciones aplicables (artículo 13), y contiene en su capítulo III disposiciones específicas sobre los asilados políticos, en tanto extranjeros que hayan sido objeto de persecuciones políticas en su país de origen.

En efecto, el artículo 35 dispone que: "Los extranjeros que sufran persecusiones políticas serán admitidos provisionalmente por las auto-

[28] Véase, *supra*, pp. 4, 7, 9 y 10.

ridades de Migración con la obligación de permanecer en el puerto de entrada mientras la Secretaría de Gobernación resuelve cada caso". Además, el artículo 41 señala que los extranjeros podrán internarse legalmente en el país en calidad ya sea de no inmigrante, ya sea de inmigrante.

Por su parte, el artículo 42, al establecer que "no inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, dentro de alguna de las siguientes características:...", incluye expresamente en su fracción V al asilado político como el extranjero que:

> Para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran. Si el asilado político viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su caracterización migratoria, y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el asilado político se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Dependencia.

B. Reglamento de la Ley General de Población

Es propiamente este ordenamiento legal el que, en su artículo 101, establece, por un lado (fracciones I a VI), las reglas a observar para la admisión de los asilados políticos, trátese de aquellos que, huyendo de persecuciones políticas, lleguen o se presenten en los puertos o fronteras del territorio nacional, o de los que, por el mismo motivo, soliciten asilo en las embajadas mexicanas, y, por el otro (fracción VII, letras *a-h*), las condiciones o, mejor dicho, el estatuto jurídico a que quedarán sujetos todos los asilados admitidos en el país tanto de conformidad con las disposiciones de éste u otros ordenamientos legales internos, como en virtud de la aplicación de los instrumentos internacionales en materia de asilo político, sea diplomático, sea territorial, de los que México sea Estado parte.

Dicha disposición está concebida en los siguientes términos:

> Artículo 101. "ASILADOS POLÍTICOS. Para la admisión de los No Inmigrantes a los que se refieren los artículos 35 y 42 fracción V de la Ley, se observarán las siguientes reglas:

I. Los extranjeros que lleguen a territorio nacional huyendo de persecuciones políticas, serán admitidos provisionalmente por las Oficinas de Población, debiendo permanecer en el puerto de entrada mientras resuelve cada caso la Secretaría. La Oficina de Población correspondiente informará del arribo al Servicio Central, por la vía más rápida.

II. El interesado al solicitar asilo, deberá expresar los motivos de persecución, sus antecedentes personales, los datos necesarios para su identificación y el medio de transporte que utilizó.

III. La Oficina de Población, obtenida la autorización del Servicio Central para conceder Asilo Político Territorial, levantará una acta asentando en ella los datos señalados en el inciso anterior, concederá el asilo a nombre de la Secretaría, formulará la media filiación del extranjero, tomará las medidas necesarias para la seguridad de éste y lo enviará al Servicio Central.

IV. No se admitirá como asilado al extranjero que proceda de país distinto de aquel en el que se haya ejercido la persecución política, salvo el caso de que en el último sólo haya tenido el carácter de transmigrante, debidamente comprobado.

V. Las Embajadas Mexicanas aceptarán en sus residencias a los extranjeros que soliciten asilo, siempre que sean originarios del país en donde aquellas se encuentren; investigarán el motivo de la persecución, y si éste a su juicio es un delito que es de carácter político, concederán el asilo a nombre de México, asilo que, en su caso, será ratificado posteriormente por la Secretaría.

VI. Concedido el Asilo Diplomático, la Embajada informará por la vía más rápida a la Secretaría de Relaciones Exteriores y ésta a su vez a la de Gobernación y se encargará además de la seguridad y del traslado a México del asilado.

VII. Todos los extranjeros admitidos en el país como asilados en virtud de la aplicación de los convenios internacionales sobre Asilo Político, Diplomático o Territorial, de los que México forme parte, o fuera de ellos, quedarán sujetos a las siguientes condiciones:

a) La Secretaría determinará el sitio en el que el asilado deba residir y las actividades a las que pueda dedicarse y podrá establecer otras modalidades cuando a su juicio las circunstancias lo ameriten.

b) Los asilados políticos podrán traer a México a sus esposas e hijos menores para vivir bajo su dependencia económica, quienes tendrán la misma calidad migratoria y a los padres en la misma calidad cuando lo considere prudente la Secretaría.

c) Los extranjeros que hayan sido admitidos como asilados sólo podrán ausentarse del país previo permiso del Servicio Central y si lo hicieren sin éste se cancelará definitivamente su documentación migratoria, también perderán sus derechos migratorios si permanecen fuera del país más del tiempo que se les haya autorizado. En ambos casos la Secretaría podrá otorgarle otra característica migratoria que juzgue conveniente.

b) Las internaciones a que se refiere este artículo se concederán por el tiempo que la Secretaría lo estime conveniente. Los permisos de estancia se otorgarán por un año y si tuviese que exceder de éste, podrán prorrogarse por uno más y así sucesivamente. Al efecto, los interesados deberán solicitar la revalidación de su permiso dentro de los treinta días anteriores al vencimiento, la que se les concederá si subsisten las circunstancias que determinaron el asilo y siempre que hayan cumplido con los requisitos y modalidades señaladas por la Secretaría. En la misma forma se procederá con los familiares.

e) Deberán solicitar al Servicio Central, por escrito, el permiso para el cambio de actividad, presentando los requisitos que la Secretaría les señale.

f) Al desaparecer las circunstancias que motivaron el asilo político, dentro de los treinta días siguientes, el interesado abandonará el país con sus familiares que tengan la misma calidad migratoria, entregando los documentos migratorios que los amparen en la Oficina de Población del lugar de salida.

g) Los asilados deberán inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros dentro de los treinta días siguientes a la obtención de su documentación migratoria. Además, están obligados a manifestar sus cambios de domicilio y de estado civil en un periodo máximo de treinta días a partir del cambio o celebración del acto.

h) Observarán todas las obligaciones que la Ley y este Reglamento imponen a los extranjeros, salvo las excepciones expresas o las que sean contrarias a la naturaleza de su condición de asilados.

C. Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal

Este cuerpo normativo contiene dos disposiciones (artículos 16 y 21 transitorio) en relación con el ejercicio profesional de los asilados políticos.

Dice así el artículo 16:

> Sólo por excepción podrá la Dirección General de Profesiones, de acuerdo con los colegios respectivos y cumplidos los requisitos que exige esta ley, conceder permiso temporal para ejercer alguna profesión de las clasificadas en el artículo 2o., a los profesionales extranjeros residentes en el Distrito Federal, que comprueben ser víctimas en su país de persecuciones políticas.

Por su cuenta, el artículo 21 transitorio dispone que: "Los hijos de los refugiados políticos residentes en México que de acuerdo con el artículo 16 de esta Ley comprueben dicha situación y cursen su educación superior en México, al graduarse podrán ejercer, ajustándose a los requisitos de esta Ley."

D. Ley de Extradición Internacional

En consonancia con los artículos 15 y 119 de la Constitución, esta ley sólo admite la extradición por delitos del orden común (artículos 1 y 5), excluyéndola cuando la persona a extraditar pudiere ser objeto de persecución política por parte del Estado solicitante (artículo 8).

Dice así el primero de los artículos citados:

> Las disposiciones de esta Ley son de orden público, de carácter federal y tienen por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común.

El artículo 5 dispone que:

> Podrán ser entregados conforme a esta ley los individuos contra quienes en otro país, se haya incoado un proceso penal como presuntos responsables de un delito o que sean reclamados para la ejecución de una sentencia dictada por las autoridades judiciales del Estado solicitante.

El artículo 8 establece que:

> En ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante, o cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país en donde se cometió el delito [T.].

E. Otros ordenamientos jurídicos secundarios

Otras leyes, algunas de cuyas disposiciones se refieren al extranjero en general, más que al asilado político en particular, pueden ser, no obstante, aplicables en esta materia.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, del 5 de enero de 1934, cuyo artículo 6 establece quiénes son extranjeros en los siguientes términos: "Son extranjeros los que no sean mexicanos conforme a las disposiciones de esta Ley." A este respecto, cabe señalar que el artículo 1o. de esta ley, al establecer quiénes son mexicanos por nacimiento o por naturalización, no hace sino repetir exactamente los mismos términos del artículo 30 constitucional.

Otro caso, en el mismo sentido, es el de la Nueva Ley Federal del Trabajo, cuando establece limitaciones al trabajo y a las actividades sindicales de los extranjeros, de la siguiente manera: Artículo 7: "En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos... Los médicos al servicio de la empresa deberán ser mexicanos..."; artículo 154: "Los patrones están obligados a preferir en igualdad de circunstancias a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean", y artículo 372: "No podrán formar parte de la directiva de los sindicatos: ... II. Los extranjeros."

En el mismo caso se encuentra la Ley General de Salud, del 30 de diciembre de 1983, cuyo artículo 352 señala que:

> La Secretaría de Salubridad y Asistencia operará los servicios de sanidad internacional, tanto los de carácter migratorio como los relacionados con los puertos marítimos de altura, los aeropuertos, las poblaciones fronterizas y los demás lugares legalmente autorizados para el tránsito internacional de personas y carga.

Y su artículo 360 agrega: "Cuando así lo estime conveniente la autoridad sanitaria someterá a examen médico a cualquiera persona que pretenda entrar al territorio nacional."

3. *Convenciones regionales americanas*

Hasta la fecha, México ha suscrito y ratificado cinco instrumentos interamericanos aplicables en esta materia, de los cuales cuatro tratan específicamente del problema del asilo político, mientras que el otro se refiere a los derechos humanos en general.

Dichos instrumentos son, en orden cronológico: la Convención de La Habana de 1928; la Convención de Montevideo de 1933; las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y Territorial de 1954, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, de 1969, a todos los cuales ya hemos hecho alusión en varias ocasiones.[29]

Actualmente, todas estas convenciones forman parte del derecho interno mexicano, según lo establece el artículo 133 constitucional, que a la letra dice:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella *y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados,* a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.[30]

Ahora bien, la mayoría de estos instrumentos contienen una serie de disposiciones encaminadas, ya sea a regular la admisión, por parte de un Estado, de las personas procedentes de otro Estado en el cual se les hace objeto de persecuciones en razón de sus creencias, opiniones o filiación política, o por la comisión de delitos políticos, o bien de delitos de orden común conexos con los políticos, ya sea a dotar a dichas personas de un estatuto jurídico.[31]

Sin embargo, y por lo que se refiere concretamente a la situación jurídica de los asilados políticos, cabe hacer hincapié en que, independientemente de las ambigüedades, limitaciones, inconsistencias y contradicciones que se atribuyen a la mayoría de estas convenciones,[32] es poco menos que absoluta la falta de regulación en todas ellas de lo concerniente a los derechos y deberes que a los asilados asisten y obligan dentro del Estado receptor, si tomamos en cuenta que tan sólo tres disposiciones de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial se

[29] Véase, *supra,* pp. 4-6.

[30] El subrayado es nuestro.

[31] Véanse las obras y las páginas citadas en las notas 3, 4, 5, 7 y 8.

[32] Carrillo Flores, Antonio, "El asilo político en México", en *Jurídica,* México, núm. 11, Universidad Iberoamericana, julio de 1979, pp. 27-38; Sepúlveda, César, "México ante el asilo. Utopía y realidad", *idem,* pp. 9-26; García Moreno, Víctor C. voz "Asilo", en *Diccionario Jurídico Mexicano,* México, tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 121 y 213.

refieren, una, a la protección de la vida y seguridad de los asilados (artículo 2, segundo párrafo), otra, a su libertad de expresión (artículo 7), y, una más, a la libertad de reunión y asociación de los mismos (artículo 8).

Al mismo tiempo, debemos señalar que México, al momento de suscribirlas, formuló una reserva expresa a los artículos 9 y 10 de esta última Convención, por considerar que las restricciones a la libertad de tránsito y residencia que estas disposiciones implican, son contrarias al goce y ejercicio de las garantías individuales que la Constitución mexicana, en su artículo 1o., otorga a toda persona que se encuentre en el país.[33]

Las breves referencias que anteceden sobre el estado que guarda el derecho interno mexicano en relación con los asilados políticos, nos permite externar las siguientes observaciones:

El actual derecho interno mexicano en materia de asilados políticos es notoriamente inadecuado, insuficiente e injusto para dar una respuesta jurídica integral, eficaz y satisfactoria a la problemática que plantea en nuestros días la presencia masiva de cientos de miles de refugiados en el país.

Es inadecuado, porque, tal cual se presenta hoy día el fenómeno masivo de los refugiados, ya no se trata del otorgamiento del asilo en forma individual y en razón, exclusivamente, de la persecución por motivos o delitos políticos, sino de la admisión de miles, o, al cabo de pocos meses, decenas o hasta centenas de miles de personas que llegan al país en busca de seguridad, asistencia y protección, debido ya no solamente a persecuciones políticas, las cuales, por otra parte, son prácticamente imposibles de probar, sino, además de éstas, a múltiples y diversas causas como pueden ser, entre otras, un conflicto interno o internacional o cualquier otro acontecimiento que altere seriamente el orden público de su país, las violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos, el simple temor a ser perseguido por motivos distintos a los políticos, etcétera. Razones o causas de este tipo, son las que han obligado a huir de sus países recientemente a nicaragüenses, guatemaltecos, salvadoreños y a otros centroamericanos, para buscar refugio y protección en México.

Es insuficiente, porque las contadas normas específicas sobre la condición de los asilados políticos que contiene el Reglamento de la Ley General de Población, aunadas a las que incluye la Convención de

[33] Véase, *op. cit.*, en la nota 7, p. 335.

Caracas sobre Asilo Territorial, no logran conformar un conjunto armónico, sistemático y coherente de reglas en relación con el asilo político, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, y para no hablar de otras soluciones regionales como la africana o la europea, con el sistema de las Naciones Unidas, cuya Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados contiene una amplia gama de reglas, las cuales configuran un verdadero régimen jurídico aplicable a los refugiados. Esto, aunado a lo señalado en el punto anterior, explica el por qué el gobierno mexicano se vio obligado a crear una Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados, la cual colabora estrechamente con la Representación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, autorizada oficialmente a establecerse en México, según veremos en la última parte de nuestro trabajo.

Es injusto, porque, además de la serie de restricciones de todo tipo a que queda sometido el asilado político, en tanto tal y, en general, como extranjero, algunas de las cuales se antojan violatorias de las garantías individuales que la Constitución otorga, conforme a sus artículos 1o. y 33, tanto a nacionales como a extranjeros, y sin contar que sobre cada extranjero, incluido desde luego todo asilado político, pende, en todo momento, la amenaza de una expulsión en los términos del artículo 33 de la propia Constitución. La carencia de un estatuto legal como asilado político deja a éste en una muy precaria situación jurídica, y, por ende, en un alto grado de incapacitación, cuando no de completa indefención, ante toda clase de exigencias administrativas, obstáculos burocráticos y, lo que es peor, constantes arbitrariedades, abusos y corruptelas, cometidas ya sea por parte de autoridades o funcionarios menores, ya sea por parte de los particulares, prácticas sobre las cuales es amplia, detallada y casi cotidiana la información que proporcionan los diferentes medios de comunicación, especialmente los de la capital del país y los de las zonas fronterizas del territorio nacional.

V. La política exterior de México en relación con los refugiados

En materia de política exterior, México, como ningún otro país, ha defendido principios de validez universal tales como la no intervención y la autodeterminación de los pueblos; ha pugnado por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional; ha luchado incan-

sablemente en favor del desarme; ha coadyuvado en la elaboración de un nuevo derecho del mar, etcétera.

De la misma manera, en el campo particular que nos ocupa, México ha brindado de tiempo atrás y hasta nuestros días, según pudimos constatarlo en la segunda parte de este trabajo, humanitario asilo o refugio a decenas de miles de personas que han huido de su país de origen, ya sea debido a persecuciones políticas, ya sea por otros graves motivos, como pueden ser, por ejemplo, un conflicto bélico interno o uno internacional. Asimismo, muy recientemente, ha lanzado iniciativas concretas para preservar la paz y los derechos humanos comprometidos en centroamérica.

En estos últimos casos, y actuando en consecuencia y según las circunstancias, el gobierno mexicano ha procedido, unas veces, a la ruptura de relaciones diplomáticas con los regímenes opresores y dictatoriales, como fueron los casos con los gobiernos de Francisco Franco y Anastasio Somoza; otras, incluso, a una declaración de guerra como fue el caso, durante la Segunda Guerra Mundial, contra los países totalitarios del Eje, y otras más, a la declaración y apoyo de organismos internacionales, como es el caso del Grupo Contadora, abocado, como acabamos de indicarlo, a la búsqueda de soluciones pacíficas a los actuales conflictos centroamericanos.

Sin embargo, y como tendremos oportunidad de ver más adelante con mayor detalle,[34] esta postura valiente y progresista tradicionalmente adoptada por México, contrasta con la actitud, extremadamente recelosa y francamente reticente del gobierno mexicano, respecto de cualquier tipo de control o supervisión que pudieran llegar a ejercer determinados órganos internacionales, sobre la forma en que en el orden interno del país se da cumplimiento a los compromisos que México ha asumido o pueda llegar a asumir en el orden jurídico internacional, actitud que ha conducido a situaciones no sólo paradójicas sino incluso contradictorias, como podremos constatar en seguida.

1. *La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados*

Como ya lo señalamos con anterioridad,[35] el régimen o estatuto jurídico aplicable a los refugiados se encuentra establecido de manera muy

[34] Véase, *infra*, p. 43.
[35] Véase, *supra*, p. 37.

detallada en la Convención de 1951. En particular, múltiples disposiciones de este instrumento internacional se refieren a los derechos y libertades de que deben gozar los refugiados (artículos 3 a 5, 12 a 31 y 34),[36] si bien otras establecen ya sea los deberes de todo refugiado respecto del país donde se encuentra, los cuales entrañan, específicamente, la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público (artículo 2),[37] ya sea el deber de todo Estado contratante de no expulsar a ningún refugiado, salvo en los casos que se señalan y con las formalidades que prescriben (artículo 32), prohibiéndose, además, de manera terminante, la expulsión o devolución (*refoulement*) de un refugiado hacia territorios donde su vida o su libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (artículo 33).[38]

De dicho régimen jurídico queda excluida toda persona respecto de la existan motivos fundados que hagan presumir que ha cometido sea un delito de guerra o contra la paz o la humanidad, sea un grave delito común fuera del país de refugio, sean actos contradictorios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas (artículo 1F *a) -c)*).[39]

Ahora bien, hasta hoy día, México no ha ratificado ni la Convención de 1951 ni su Protocolo de 1967. Las razones para esta abstención pueden ser muchas y de muy diversa naturaleza.

Así, pueden aducirse diferencias o incompatibilidades entre algunas normas del derecho interno mexicano y algunas de las disposiciones de estos instrumentos internacionales, como sería el caso, por ejemplo, del artículo 33 constitucional, que autoriza la expulsión inmediata y sin prejuicio de cualquier extranjero —y consecuentemente de cualquier asilado político o refugiado— cuya permanencia en el país se considere inconveniente,[40] en contradicción con el artículo 32 de la Convención de 1951, el cual, entre las formalidades que prescriben para poder expulsar, en ciertos casos, a un refugiado, establece que la decisión de expulsión deberá ser tomada conforme a los procedimientos legales en vigor, permitiéndose al refugiado presentar pruebas exculpatorias, ejercer el recurso de apelación y estar representado ante la autoridad competente.[41]

[36] Véase, *op. cit.*, en la nota 9, pp. 110-114.
[37] *Idem*, p. 110.
[38] *Idem*, p. 114.
[39] *Idem*, pp. 109 y 110.
[40] Para el texto de esta disposición constitucional véase, *supra*, p. 25.
[41] Véase, *op. cit.* en la nota 9, p. 114.

Lo anterior, con ser cierto, no es un obstáculo insuperable ya que, para salvar tal incompatibilidad, o bien puede procederse a la reforma constitucional correspondiente, o bien puede formularse una reserva a la disposición convencional respectiva, tal como se hizo en relación con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, al adherirse México a este instrumento internacional, el 24 de marzo de 1981.[42]

Pueden anteponerse, asimismo, sólidos argumentos fundados en motivos de seguridad nacional o en serias dificultades económicas. Con todo, debe tenerse presente que no sólo la propia Convención de 1951, en su artículo 9, señala que ninguna disposición de este instrumento impide que un Estado contratante, para hacer frente a situaciones graves y excepcionales, tome las medidas que estime convenientes e indispensables,[43] sino que, en último caso, la admisión de refugiados por parte de un país, en el estado actual de desarrollo del derecho aplicable en esta materia, es una cuestión que depende, todavía, de la decisión soberana y enteramente discrecional del Estado respectivo.

Sea como fuere, y en relación con los mencionados recelos y reticencias del gobierno mexicano para admitir cualquier tipo de control internacional, lo cierto es que, por una parte, cuando México ratificó o se adhirió a varios instrumentos internacionales en materia de protección internacional de los derechos humanos, no se consideró procedente la adhesión al Protocolo facultativo del antes citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual atribuye competencia al Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones de individuos que se consideren víctimas de una violación a cualquiera de los derechos y libertades enunciados en dicho Pacto. Tampoco se juzgó pertinente hacer la declaración prevista por el artículo 41 de este mismo Pacto, a fin de reconocer la competencia del Comité en cuestión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro no cumple con las obligaciones que el propio Pacto le impone. De la misma manera, se estimó improcedente hacer la declaración prevista por el artículo 62 de la ya referida Convención Americana sobre Derechos Humanos,[44] con objeto de reconocer

[42] Martínez Báez, Antonio, "Correlaciones entre la Constitución y los Pactos de las Naciones Unidas", en *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 21-30.

[43] Véase, *op. cit.* en la nota 9, p. 110.

[44] Véase, *supra*, p. 6.

como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prevista en el capítulo VIII de esta Convención.[45]

Por otra parte, al comenzar a llegar a México grandes y sucesivos grupos de centroamericanos que huían de la represión o la muerte en sus respectivos países,[46] el gobierno mexicano creó de *motu propio*, mediante Acuerdo presidencial del 22 de julio de 1980, la COMAR, para pocos meses más tarde iniciar una política de colaboración con el ACNUR en materia de asistencia a los refugiados. Esta colaboración habría de ser instrumentada, primero, por medio del Acuerdo de Asistencia, suscrito el 2 de marzo de 1981, por el cual se otorga a México la ayuda internacional de las Naciones Unidas para los refugiados, y, segundo, a través del Convenio de establecimiento de una oficina del ACNUR en la capital de México, promulgado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de abril de 1982.

Tal colaboración, sin embargo, no sólo no ha sido todo lo fructífera que era de esperarse, sino que, además, se antoja un tanto paradójica y contradictoria, dado que hasta la fecha México no ha ratificado ni la Convención de 1951 ni el Protocolo de 1967, que son los instrumentos internacionales que dan base y sustento jurídico a las funciones y actividades de dicha Oficina.

2. *La Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados*

En vista de la incesante y cada vez más numerosa afluencia de centroamericanos a México, y con base en los principios y tradiciones humanitarios que sustentan la política exterior mexicana, por Acuerdo presidencial del 22 de julio de 1980[47] se creó, en tanto organismo permanente y especializado del gobierno mexicano, la COMAR, a fin de proporcionar asesoría legal, atención y asistencia a las personas consideradas como refugiados, abordando la problemática que éstos plantean de una manera integral. Por esta razón, la COMAR habría de quedar integrada con representantes de las Secretarías de Relaciones Exteriores, Gobernación y Trabajo y Previsión Social, en virtud de ser éstas las dependencias gubernamentales competentes; la primera, en materia de política exterior, tratados internacionales y asilo diplo-

[45] Rodríguez y Rodríguez, Jesús, "Derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos", en *Anuario Jurídico*, México, tomo XI, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 205-216.

[46] Véase *supra*, pp. 18 y ss.

[47] Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de la misma fecha.

mático; la segunda, en cuestiones de política interna tanto migratoria como demográfica, y, la tercera, en asuntos relacionados con la oferta y calificación para el empleo.

Las tareas inmediatas de la COMAR habrían de centrarse en la determinación de quiénes y cuántos eran los refugiados que ya se encontraban en México, así como en la fijación de criterios para decidir quiénes debían ser admitidos con el carácter de refugiados; después, se procedería a establecer las condiciones y modalidades de la ubicación, ocupación y permanencia de los refugiados en México.[48]

Desde un principio, la COMAR contó con un sólido y amplio apoyo técnico por parte del ACNUR, habiéndose suscrito, como ya lo mencionamos, un Acuerdo de Asistencia, entre el coordinador general de la COMAR y el director mundial de Asistencia del ACNUR, mediante el cual éste se comprometía a cooperar estrechamente con México para la elaboración y financiamiento de programas destinados a ayudar y atender a los asilados y refugiados, los cuales procurarán, señala el propio Acuerdo, no sólo una mejor atención a quienes, habiendo sido aceptados por el gobierno mexicano como refugiados o asilados, requieran apoyos de emergencia, sino, al mismo tiempo, la búsqueda de soluciones de autoficiencia para dichas personas, mientras permanezcan en México, sea por la situación prevaleciente en sus países de origen o en tanto se dirigen a un tercer país.[49]

Criterios divergentes entre la COMAR y la Dirección General de Servicios Migratorios de la Secretaría de Gobernación, fundamentalmente respecto a quiénes y por cuáles motivos debían ser considerados como asilados políticos y, en tal virtud, recibir asistencia y protección; renuncias y reemplazos de algunos de los sucesivos responsables de una y otra dependencias; fricciones y malentendidos entre autoridades mexicanas de Gobernación y funcionarios del ACNUR; [50] limitación, en última instancia, de las acciones de la COMAR a sólo los guatemaltecos ubicados o reubicados en los campamentos del sureste del país, a los cuales se les ha dado un reconocimiento como refugiados *de facto,* son algunos de los hechos que han marcado, desde su creación hasta hoy día, el difícil funcionamiento de este organismo mexicano.

[48] Véase, *op. cit.* en la nota 20, pp. 41-43.

[49] *Idem.,* pp. 43-46.

[50] Lo que condujo, a mediados de 1984, al retiro y a la consiguiente substitución de Pierre Jambor como representante del ACNUR en México.

3. *Posición adoptada en el marco de las negociaciones del Grupo de Contadora*

Por último, dentro de este rubro final dedicado al examen de la política exterior mexicana en relación con los refugiados, cabe hacer mención a la importancia que reviste el problema de los refugiados en el contexto de las negociaciones del Grupo de Contadora, cuyos esfuerzos están orientados a lograr una solución pacífica, y establece a los graves conflictos, armados los unos y de represión y violencia generalizada los otros, que aquejan hoy día a casi toda la región centroamericana.

Este Grupo, consciente de las repercuciones de todo tipo que para los Estados implica la presencia de miles y miles de refugiados, ha incluido en el Acta de Paz varias propuestas de compromisos en esta materia.

Así, en la parte I, capítulo IV, sección 2, de la versión revisada del Acta de Contadora sobre la Paz y la Cooperación en Centroamérica, los Estados partes se comprometen a: realizar los trámites constitucionales para adherirse a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (No. 59), adoptar la terminología establecida en estos instrumentos internacionales a fin de diferenciar a los refugiados de otras categorías de migrantes (No. 60); establecer los mecanismos internos necesarios para la aplicación de dichos instumentos internacionales, una vez instrumentada la adhesión (No. 61); apoyar la labor que realiza el ACNUR en Centroamérica y establecer mecanismos directos de coordinación para facilitar el cumplimiento de su mandato (No. 63); solicitar a la comunidad internacional ayuda inmediata para los refugiados centroamericanos, tanto en forma directa, mediante convenios bilaterales o multilaterales, como a través del ACNUR y otros organismos y agencias (No. 69); detectar, con la colaboración del ACNUR, otros posibles países receptores de refugiados centroamericanos, sin que en ningún caso pueda trasladarse al refugiado a un tercer país en contra de su voluntad (No. 70), y, finalmente, a adoptar medidas adecuadas en los países receptores a fin de evitar la participación de los refugiados en actividades que atenten contra el país de origen, respetando en todo caso los derechos humanos de los refugiados (No. 74).

Como fácilmente puede apreciarse, en todos los compromisos mencionados se encuentra implícito el principio de cooperación ya sea inter-

estatal, ya sea con los organismos internacionales cuya tarea sea precisamente la ayuda y protección a los refugiados.

VI. Conclusiones

Recapitulando entorno a las precisiones conceptuales efectuadas, a los precedentes históricos expuestos, a los análisis jurídicos realizados y a las observaciones críticas expresadas a lo largo de este trabajo, podríamos sintetizar las siguientes constataciones a manera de conclusiones.

La denominación y el concepto de asilado político, que recoge el derecho interno mexicano, y la figura y definición del refugiado, que adopta el sistema de las Naciones Unidas, no sólo son distintos terminológicamente, sino que también difieren en cuanto a las causales que permiten atribuir a una persona una u otra calidad.

México cuenta con una gran tradición humanitaria en materia de recepción de asilados y refugiados. Su historia es pródiga en ejemplos de esta práctica tanto generosa cuanto reiterada.

Sin embargo, tal cual es hoy día la compleja problemática que plantea el reciente fenómeno de la presencia masiva de cientos de miles de refugiados centroamericanos en este país, ni el actual derecho interno mexicano contempla un régimen o estatuto legal, justo y adecuado, susceptible de ofrecer garantías y seguridad jurídica a los refugiados, ni la grave crisis económica por la que atravieza desde hace ya varios años, permite a México soportar la pesada carga de tan considerable número de refugiados.

De ahí la búsqueda de soluciones, enmarcadas en el ámbito de la política exterior mexicana, ya sea a través de la colaboración con organizaciones internacionales de carácter universal competentes en esta materia, como por ejemplo el ACNUR, ya sea mediante la creación de organismos subregionales, como es el caso del Grupo Contadora, cuyas tareas están encaminadas, entre otras cosas, a encontrar otros posibles países receptores y a solicitar a la comunidad internacional ayuda inmediata para los refugiados centroamericanos.

De ahí también que para dar congruencia y actualidad a la tradición hospitalaria del país, primero, con la creación de la COMAR, segundo, con su colaboración con el ACNUR, y, tercero, con su propia política exterior, México debería proceder, o bien a ratificar, los instru-

mentos internacionales de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados, los cuales constituyen en la actualidad el progreso más sólido sobre este particular, o bien a legislar en el orden jurídico interno, a fin de eliminar restricciones injustas y colmar las lagunas existentes en materia de asilados y refugiados.

THE PROTECTION OF JUDICIAL INDEPENDENCE IN LATIN AMERICA

Keith S. ROSENN *

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Defining Judicial Independence.* III. *Measuring Judicial Independence.* IV. *Legal Measures Guaranteeing Judicial Independence.* 1. *Measures to Protect the Integrity of Judicial Decisions.* 2. *Measures Protecting Personal Independence.* V. *Forms of Interference with Judicial Independence.* 1. *Formal Abrogation of Judicial Independence.* 2. *Deprivation of Jurisdiction.* 3. *Wholesale Dismissal of Judges.* 4. *Transference of Reassignment of Judges.* 5. *The Illusory Guaranty of Irreducible Salaries.* 6. *Executive Domination.* VI. *Conclusions.*

I. INTRODUCTION

Latin American judiciaries have been frequently criticized for lacking independence.[1] Seldom, however, have the critics explained the meaning of the talismanic phrase "judicial independence", or how they know that a particular judiciary is independent or subservient. Even rarer is an explanation of why an independent judiciary is desirable. The proposition is regarded as self-evident. As Part I of this essay demonstrates, judicial independence is a concept fraught with ambiguities and unexamined premises. Part II explains the essential futility of attempts to quantify judicial independence. Part III explores the legal measures that have been utilized in Latin America to attempt to insure judicial independence. Part IV reviews the ways in which the independence of Latin American courts has been undermined. The essay concludes that formal constitutional guarantees of judicial independence have been largely ineffective in much of Latin America

*Professor of Law and Director of Graduate Foreign Law Program, University of Miami.

[1] *E.g.*, Duncan R., *Latin American Politics*, 152-3 (1976); Edelman, A., *Latin American Government and Politics*, 477-80 (Rev. Ed. 1969); Wiarda T. & M. Kline (eds.), *Latin American Politics and Development* 66, 89 (1979); Needler, M., *Latin American Politics in Perspective* 155 (1965); Lazar, A. Von, *Latin American Politics* 41 (1971); Moreno, *Justice and Law in Latin america: A Cuban Example*, 12 *J. Inter-Am. Stud. & World AFF*, 367, 373-78 (1970).

because of certain structural features of Latin American politics and legal institutions. Until there is a much greater commitment on the part of both governments and the governed to constitutionalism and the rule of law, lack of judicial independence will continue to plague Latin America.

II. Defining judicial independence

What does judicial independence mean? Independent from whom and independent of what? Why does it mater whether a judiciary is independent? Is an independent judiciary always better than a non-independent judiciary? Is judicial independence critical to insuring observance of constitutional guarantees? To what extent is judicial independence a function of a court's ability to avoid deciding highly controversial cases?

Judicial independence is a relaitive rather than an absolute concept. All judiciaries are to some extent independent and to some extent subservient.[2] Courts simply do not come packed like tennis balls, hermetically sealed from their environment. Regardless of whether they are popularly elected, appointed by some combination of the executive, legislature or the judiciary itself, or selected buy competitive examination, judges are likely to have a belief system in tune with the dominant political culture.

Surely, judicial independence does not require that judges remain oblivious to all political considerations when deciding cases. Political factors, such as whether a nation is at war, whether granting a requested remedy will indicate disrespect for a coordinate branch of government, or whether a problem is likely to be satisfactorily resolved by the political processes, obviously do and should influence decisions of independent judiciaries. Moreover, one can even find independent judiciaries in authoritarian regimes. Toharia's intriguing study of the Spanish judiciary under Generalisimo Franco reveals that the ordinary

[2] This point was made cogently by Jerome Cohen, former Professor of Law at Harvard, in the context of the judiciary in Communist China:

> "Judicial independence' is not something that simply exists or does not exist. Each country's political-judicial accommodation must be located along a spectrum that only in theory ranges from a completely unfettered judiciary to one that is completely subservient. The actual situation in all countries les somewhere in between.

Cohen, "The Chinese Communist Party and 'Judicial Independence': 1949-1959", 82 *Harv. L. Rev.* 867, 972 (1969).

courts functioned with a high degree of independence, largely because politically sensitive cases were consistently diverted from the regular courts into special tribunals.[3]

Nor does judicial independence signify that judges must be free to decide cases in accordance with their personal predilections. An independent judge need not sit like a kadi under a banana thee, dispensing justice as he or she sees fit that day. A judge is not expected to act independently of the law or in disregard of ethical considerations and the positions taken by counsel in the case at bar. An independent judiciary does not signify an irresponsible judiciary; judges have a responsibility to decide cases in accordance with preestablished rules of procedural and substantive lew.[4]

One of the most commonly cited definitions of judicial independence is that of Professor Theodore Becker:

> Judicial independence is *a)* the degree to which judge believe they can decide and do decide consistent with their own personal attitudes, values, and conceptions of judicial role (in their interpretation of the law), *b)* in opposition to what others, who have or are believed to have political or judicial power, think about or desire in like matters, and *c)* particularly when a decision adverse to the beliefs or desires of those with political or judicial power may bring some retribution on the judges personally or on the power of the court.[5]

While setting out the core concept of judicial independence, Becker's definition needs further refinement. One problem is that it simplistically amalgamates independence from political authorities with the complex issue of independence from other judges. Quite different considerations pertain where the issue is the independence of the judiciary as a corporate body from where the issue is the internal independence of the individual judge from his judicial colleagues. Modern legal systems typically arrange courts in hierarchical fashion. Lower court judges are expected or required to adhere to decisions of higher for reasons of predictability, uniformity, and soud judicial administration. Even in countries that do not formally adhere to the doctrine of *stare*

[3] Toharia, "Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain", 9 *Law & Soc. Rev.* 475 (1975).

[4] Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence, 9 *Scandinavian Stud. in Law*, 9, 17 (1965).

[5] Becker, T., *Comparative Judicial Politics*, 144, (1970).

decisis, courts are not only theoretically required to adhere to decisions of higher courts on remand,[6] bult in practice they generally follow decisions of the higher courts as well as their own decisions.[7] If one applied Becker's definition literally, the only countries with truly independent judiciaries would be those that permitted judges to ignore decisions of higher courts. One can, of course, find judges who feel their independence would be compromised if they were obliged to follow decisions of higher courts.[8] Nevertheless, judicial independence surely does not require a system in which lower courts are free to ignore decisions of the higher courts. Nor does it prevent use of a system in which promotion, removal, transfer, and salaries of judges are left to more senior judges, who normally take into account the quality of judicial performance. On the other hand, a higher court can misuse its supervisory powers to discipline the independence of lower court judges for ideological reasons. Yet this possibility should not require insulation of judges from the influence of other judges as a condition of judicial independence. Judicial independence does not imply judicial irresponsibility. On the contrary, an independent judiciary wields substantial power and must be held accountable for misuse of that power. Judicial accountability can be achieved through a variety

[6] Panama has made clear in Article 207 of its 1983 Constitution that this basic principle does not violate judicial independence.

> Magistrates and Judges are independent in the exercise of their functions and are submitted only to the Constitution and the Law; but lower court judges are obliged to obey and carry out decisions of their hierarchical supervisors revoking or reforming, by virtue of legal appeals, their decisions.

The classic exception is France, where decisions of the highest ordinary court, the *Cour de Cassation*, are technically not binding on the Courts of Appeal, even in the particular case on appeal, until the third *renvoi*. David, R., *French Law: its Structure, Sources, and Methodology*, 43-44 (M. Kindred trans., 1972); Herzog, P., *Civil Procedure in France*, 158-64 (1967); Yiannopoulos, "Jurisprudence and Doctrine as Sources of Law in Louisiana and in France", in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, 69, 73 (J. Dainow ed. 1974). As a practical matter, however, French judges pay careful attention to decisions of higher courts.

[7] Glendon, M., M. Gordon, & C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 208-10 (1985).

[8] Judge Aldisert tells of an Italian trial judge, who upon hearing a lecture explaining common law notions of precedent, leaped to his feet and passionately declared: "My independences as a judge would be completely undermined if I had to follow the decisions of the court of appeals." "Rambling through Continental Legal Systems", 43 *U. Pitt. L. Rev.* 935 (1982). For an unusual decision by a U.S. judge expressing his philosophical adherence to his Italian counterpart, see Judge Cambell's decision in *United States v. Wiley*, 184 F. 679 (N. D., Ill., 1960).

of techniques, including supervision by higher courts or judicial councils.[9] If there is no internal judicial accountability, pressure for intervention by the executive or legislative branches is impossible to resist. Historically, the threat to judicial independence from outside interference has been far greater than from in house interference.

A second problem with Becker's definition is that it ignores the crucial role of courts in finding and interpreting the facts as well as the law. If judges or juries are induced to determine the facts in a skewed manner, judicial interpretation of the law may not matter. More importantly, failure of the political authorities to cooperate with the courts in finding the facts may wholly frustrate efforts by the judiciary to operate effectively and independently.[10] Similarly, if the political authorities intimidate witnesses and lawyers, the independence of the judiciary will be severely compromised.[11]

A third problem with the definition is that it ignores private parties' undermining judicial independence by bribery or intimidation. A judge whose vote can be purchased by money, gifts or favors is

[9] See, Cappelletti, "'Who Watches the Watchmen?' A Comparative Study on Judicial Responsability", in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, 550 (S. Shetreet & J. Deschenes, eds. (1985).

[10] The Supreme Court of Argentina was totally frustrated by the military authorities' refusal to cooperate in providing any facts about the whereabouts of thousands who mysteriously disappeared in Argentina during the 1970s. Consequently, the writ of habeas corpus ceased to be an effective remedy for protection of the constitutional rights of life and liberty. The Argentine Supreme Court was reduced to admitting openly that the country was suffering from an "absence of justice" because the "judges are being deprived of those necessary conditions to enable them to exercise their jurisdictional powers... ." *Pérez de Smith y otros*, 300 Fallos 1282, 1283 (1978), 1979-A La Ley 429. *See generally* Garro, *The Role of the Argentine Judiciary in Controlling Governmental Action under a State of Siege*, 4 Human Rights L. J. 311, 332-37 (1983); Snyder, "State of Siege and Rule of Law in Argentina: The Politics and Rhetoric of Vindication", 15 *U. Miami Inter-Am. J. Int'L L.* 503 (1984). During the early 1980s, the Guatemalan judiciary encountered similar lack of cooperation from the military government when issuing writs of *habeas corpus* for *desaparecidos*. *Americas Watch, Guatemala: A Nation of Prisioners*, 21-22 (1984).

[11] There is evidence that this phenomenon has been happening this year in Chile in connection with the investigation into the murder of Rodrigo Rojas De Negri, a 19 year old U.S. resident who died in Chile in July 1986, after he and a teenage girl were doused with gasoline and set afire, allegedly by members of the Chilean military. The investigation also casts considerable doubt about the independence of the Chilean judiciary. See OAS, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1985-1986*, 135-139 (1986). The practice of intimidating witnesses and lawyers occurred regularly in Argentina, Brazil, and Uruguay during the 1970s during the height of campaigns by military regimes to eliminate subversive elements.

hardly independent. Nor is a judge independent if his decision is motivated by fear for his personal safety or that of his family. In a country like Colombia, where fifty-seven judges have been murdered in the past five years, the bribes of drug traffickers, often accompanied by all to real death threats, have seriously compromised judicial independence.[12]

Therefore, I would define judicial independence simply as the degree to which judges actually decide cases in accordance with their own conceptions of the evidence, law and justice, free from the coercion, blandishments, interference, or threats of governmental authorities or private citizens. Judicial independence is indispensable for the administration of justice and the protection of individual rights from arbitrary deprivations. As Judge Kaufman has explained: "Adjudication based upon the noble precept 'equal justice under law' requires impartiality, and impartiality demands freedom from political pressure." [13] Societies characterized by an absence of justice are highly unstable. Moreover, the personal and transactional insecurity stemming from the type of justice delivered by a dependent judiciary is likely to retard socio-economic development.

The desirability of judicial independence often depends upon whether one agrees or disagrees with the outcome of judicial decisions, particularly those involving constitutional interpretation. Judicial independence to be lauded by liberals and decried by the conservatives when the decisions follow a liberal bent; conversely, judicial independence tends to be deplored by the liberals and lauded by the conservatives when the decisions take a conservative tack. If the formal legal system is universalistic (*i.e.*, the same rules apply to everyone), judicial independence is desirable only if one is seriously committed to the ideal

[12] See Riding, "Cocaine Billionaires: The Men Who Hold Colombia Hostage", *New York Times*, Mar. 8, 1987, Sec. 6, at 27, 28-32; "Deaths Mount as Drug War Rages", *Miami Herald*, Feb. 11, 1987, at 1, 8. The violence has claimed not only lives of 36 lower court judges, but of a dozen members of the Supreme Court as well. Eleven members of Colombia's Supreme Court were killed on November 5, 1985, when the army stormed the Palace of Justice after its seizure by leftist guerrillas. Another Supreme Court Justice, Hernando Baquero Borda, was assassinated on July 30, 1986. Not even Ministers of Justice can be protected from asassins bullets. Rodrigo Lara Bonilla, then Minister of Justice, was killed by motorcycle assassins on April 30, 1984. Former Colombian Minister of Justice, Enrique Parejo Gonzalez, was made ambassador to Hungary for safekeeping. Yet even in Budapest, he was shot five times by an assassin who barely missed killing him. If the country is unable to protect the lives at the top of the judicial hierarchy, how can one expect trial judges to resist the blandishments and threats of drug traffickers?

[13] Kaufman, "Chilling Judicial Independence", 88 *Yale L. J.*, 681, 684 (1979).

of equal justice under law for all persons. On the other hand, if one is committed to maintenance of class privileges and the feudal notion of one law for the elite and another for the masses, an independent judiciary is undesirable.

III. Measuring judicial independence

Not only is judicial independence a question of degree, but it is also something extraordinarily difficult to ascertain or measure. Judicial opinions can sometimes be helpful in revealing independence, but they seldom reveal lack of independence. Subservient judges ar unlikely to write opinions indicating that the result would have been different had they been independent. Instead, the opinion will attempt to rationalize the result reached as one compelled by law rather than by outside influence. Judges may be independent in certain kinds of cases but not in others. Judges may also be independent during certain periods but subservient in others. The perception of Judicial independence can easily change even though a court may regard itself as possessing the same degree of independence. For example, the Chilean Supreme Court was widely regarded as very independent because it openly clashed with the Allende regime, which it accused publicly of violating the Constitution. After Pinochet's overthrow of Allende, the Chilen Supreme Court was widely regarded as subservient because it failed to stand up to the military and defend individual constitutional rights. Because the Chilean Supreme Court, openly sympathized with the Pinochet regime, the Court's perceived loss of independence was more apparent than real.[14]

Perhaps the only people who really know the degree to which they are independent are the judges themselves, and even they may have no clear idea until circumstances arise that test their independence. On a multijudge tribunal, some judges may be unaware that the independence of one or more of its members has been compromised by bribery, threats, or other forms of pressure.

Attempts to quantify judicial independence suffer from serious methodological infirmities. Professor Kenneth Johnson has attempted to gauge political democracy in Latin America by asking a select group of social scientists specializing in Latin America to fill out questionnaires rating the twenty republics with respect to fifteen factors, one

[14] See Alexander, R., *The Tragedy of Chile*, 349-51 (1978).

of which is judicial independence.[15] Johnson defines judicial independence in terms of "extent of respect for the court's decisions, the extent to which the court has the courage of its convictions" and "is free from executive domination", whether "decisions are dignified and founded on law", and the extent to which the people and political leaders rely "on judicial processes rather than arbitrary executive or legislative action or military force." His methodology produces a rank ordering of judiciaries with respect to independence, with Costa Rica at the top and Haiti at the bottom.[16] Nevertheless, it is essentially only the quantification of the collective impressions of eighty-four social scientists, most of whom are historians and political scientist rather than lawyers. Indeed, it is doubtful that any of these responses are based upon an actual examination of court decisions.

A more ambitious attempt at quantification was made by Pablo Gonzalez Casanova, a sociologist who analyzed 3 700 *amparo* decisions rendered by the Supreme Court of Mexico between 1917 and 1960 in which the President of the Republic was named as the defending authority. Gonzalez Casanova found that the claimants were granted *amparo* in 34 percent and denied *amparo* in 34 percent of the cases; in 24 percent the cases were discontinued or not ruled upon, and in 9 percent other types of rulings were entered. This data was then further refined by determining the social class tho which the *amparo* claimant belonged. Ultimately, Gonzalez Casanova concluded that:

> ...[T]he Supreme Court of Justice operates with a certain degree of independence with respect to the executive power, sometimes exercising a controlling action over the President or his assistants. The Court subjects to judgment certain acts coming from the Executive. Its main political function is to provide hope for those groups and individuals who are able to utilize this recourse to protect their interests or rights...
>
> There is no doubt that the Supreme Court of Justice is endowed with power, yet it does generally follow the policy of the Executive, and in fact it serves to make the Executive more stable.[17]

[15] "Scholarly Images of Latin American Political Democracy in 1975", 11 *Lat. Am. Res. Rev.* 129, 136 (núm. 2, 1976). *See also* Johnson, "Measuring the Scholary Image of Latin American Democracy", 17 *Statistical Abstract of Latin America* 347-66- (J. Wilkie ed. 1978).

[16] See Appendix I, *infra*.

[17] *Democracy in Mexico*, 21-24 (Salti translation, 1970).

Query wheter Gonzalez Casanova's data really supports his conclusions? His data tell us nothing about the importance of the challenged acts or laws to the Executive. Indeed, in constitutionality *amparo* actions, the President must be named as a party because he signed the law, not because he is interested in the outcome. Nor do they tell us how many of the cases involved the same act or law, how many challenges were avoided on procedural grounds, how many patently unconstitutional governmental actions were sustained, or how many statutes were reinterpreted to make them constitutional?

These questions cannot be answered without much more sophisticated data. Looking only at the percentage of *amparo* cases decided for against the claimant does not give one much feel for judicial independence in Mexico. Moreover, it can be quite misleading. Mexican presidents, as signers of laws, are routinely included in all constitutionality *amparo* actions. Just because the president has been named as a defendant does not mean that he has any real interest in the outcome.

A more ambitious attempt at massaging the Mexican data was made by Professor Carl Schwarz, who compared the percentage of *amparo* actions decided in favor of the nongovernmental party in penal cases before the Mexican Supreme Court with the percentage of *habeas corpus* cases decided in favor of the nongovernmental party in the United States Supreme Court in a 33 month period.[18] Unfortunately, the comparisons are misleading because the jurisdictional requirements for the two kinds of cases are very different. Since every claim of misapplication of state law by the courts can be converted into a federal constitutional issue under Article 14 of the Mexican Constitution, *amparo* often serves as the functional equivalent of a direct appeal from the state courts to the federal courts.[19] Moreover, one has to distinguish between pretrial *habeas corpus* or *amparo* cases, which may involve tension between the executive and the judiciary and post-conviction *habeas corpus or amparo* cases, where the appelate court is generally reviewing the conduct of the lower court. It is by no means clear that a relatively low percentage of *habeas* or *amparo* cases decided against the government indicates anything about the degree to which judicial independence exists. Judicial independence

[18] Schwarz, "Judges under the Shadow: Judicial Independence in the United States and Mexico", 3 *Cal. West. Int'l L. J.* 260 (1973).

[19] Rosenn, "Judicial Review in Latin America", 35 *Ohio St. L. J.* 785, 797-98 (1974).

becomes a critical factor only in those relatively few cases in which the political authorities are deeply concerned that a particular result obtain and that result differs from the one the judges would reach if left to their own devices.

Judicial independence is too complex and too subtle a concept to be measured by such crude techniques as calculating the percentage of *habeas corpus* or *amparo* cases decided against the government. The volume of cases decided one way or another is likely to be a misleading indicator. If a country scrupulously observes the law and the constitution in the administration of criminal justice, *habeas corpus* should never be granted. Indeed, a low percentage of *haber corpus* petitions decided against the government may signify a high degree of compliance with the law and constitutional guarantees. On the other hand, it might also signify judicial impotence in the face of a regime that makes people disappear without any legal process and which refuses to acknowledge any information about the whereabouts of persons on whose behalf writs of *habeas corpus* are filed.[20] In terms of sheer volume of cases, corruption is more likely to pose a greater threat to judicial independence than political influence. The incentive to bribe is present in virtually every case, while the incentive for political authorities to apply pressure is present only when one of the parties is politically well-connected or the case is deemed to have some important political implication.

If we had perfect information about the judicial decision-making process and the mental state of each judge in every country, we could plot the positions of judiciaries on a spectrum between the poles of total subordination and total independence. Each country's judiciary would undoubtedly fall somewhere in between these two poles. Unfortunately, nothing close to perfect information on judicial decision-making is available for any country. Even if it were, we would still have to interpret it in light of the intense doctrinal debates that frequently rage about how activist a role the judiciary should play in exercising its powers.[21]

[20] See *Pérez de Smith, Ana M. et al., supra* note 10, where the Supreme Court of Argentina called to the attention of the Executive the absence of justice in Argentina resulting from the inability of the courts effectively to exercise their habeas corpus jurisdiction because the military government refused to acknowledge that it had secretly detained numerous persons.

[21] Compare Bickel, A., *The Least Dangerous Branch*, 127-33 (1962) *with* Gunther, "The Subtle Vices of the 'Passive Virtues' — A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review", 64 *Colum. L. Rev.* 1 (1964).

IV. Legal measures guaranteeing judicial independence

The constitutions of all Latin American countries provide for independent judiciaries. Some do so in formalistic fashion, simply declaring that the judiciary shall be independent.[22] Others have inserted into their constitutions a panoply of measures designed to insure the independence of the judiciary. Analytically, these prophylactic measures can be divided into two broad overlapping categories: (1) protection of the integrity of the judicial decision-making process from outside pressures, and (2) protection of the personal independence of the judge.

1. *Measures to Protect the Integrity of Judicial Decisions*

A. Guaranty of Noninterference with Judicial Proceedings

One of the most common measures to insure the integrity of the judicial process is a constitutional prohibition against any interference by other branches of government with judicial proceedings. One of the most explicit statements of this form of guaranty is found in Peru's 1980 Constitution:

> Art. 233. The following are guarantees of the administration of justice:
>
> ... 2. Independence in its exercise. No authority may assume jurisdiction in cases pending before the judiciary or interfere in the exercise of its functions. Neither can court cases that are *res judicata* be unenforced, ongoing court proceedings be cut off,

[22] *E.g.*, Bolivian Const., art. 117 (1967) ("Judges are independent in the administration of justice and are subject only to the laws."); Cuban Const., art. 125 (1976) ("Judges, in their funstion of dispensing justice, are independent and should obey only the law."); Dominican Const., art. 4 (1966) ("These three branches [the legislative, evecutive, and the judiciary] are independent in the exercise of their respective functions."); Guatemala Const., art. 203 (1985) ("Magistrates and judges are independent in the performance of their functions and subject only to the Constitution of the Republic and the law."); Haitian Const., art 136 (1983) ("The President of the Republic Const., art. 136 (1983) ("The President of the Republic guarantees the independence of the Judiciary."); Nicaraguan Const., art. 165 (1986) ("In their judicial activity, Supreme Court Judges and other Judges are independent and must obey only the Constitution and the law..."); Panamanian Const., art. 170 (1946) ("Magistrates and Judges are independent in the exercise of their functions and are subject only to the Constitution and the law."); Paraguayan Const., art. 199 (1967) ("The independence of the judicial power is guaranteed.").

> judgments modified, nor their execution delayed. This provision does not affect the right to a pardon.

The Constitutions of Argentina, Chile, and Paraguay contain similar guaranties preventing the President or Congress from exercising judicial functions or interfering with judicial decisions.[23]

B. Jurisdictional Monopoly

Latin America has had a long tradition of creating special tribunals to decide certain classes of cases, particularly those involving labor law, military justice, administrative law, and electoral disputes.[24] This practice has undermined judicial independence where these special tribunals have been exempt from any form of control by the regular judiciary. A related technique for undermining judicial independence has been transference of jurisdiction normally exercised by the regular courts to specially created *ad hoc* tribunals. Only rarely do Latin American constitutions restrict such practices in the interest of safeguarding of judicial independence. An exception is the Peruvian Constitution of 1980, which provides for the unity and exclusivity of the judiciary's jurisdiction and denies the other branches the power to establish any other independent jurisdiction except for military and arbitral tribunals.[25] More typical are provisions merely stating that only the judiciary may decide contentious disputes[26] or that only tribunals established by law may decide criminal and civil cases.[27]

C. Requiring a Reasoned Opinion

A third technique for protecting the integrity of the decision-making process is to require judges to write reasoned opinions explaining their decisions.[28] Obviously, this requirement does not immunize judges from bribes and political pressures, but it does have the virtues of making

[23] Argentine Const., art. 95 (1853); Chilean Const., art. 73 (1980); Paraguayan Const., art. 199 (1967).

[24] Clagett, H., *Administration of Justice in Latin America*, 55-56 (1952).

[25] Peruvian Const., art. 233 (1) (1980).

[26] Paraguayan Const., art. 199 (1967).

[27] *E.g.*, Chilean Const., art. 73 (1980). The Honduran variation is that the judging of cases and enforcement of judgements is the exclusive province of the courts, Honduran Const., art. 314 (1982).

[28] *E.g.*, Peruvian Const., art. 233 (4) (1980); Costa Rican Code of Civil Procedure, arts. 81-86 (1982 ed.).

it more difficult to rationalize the result in such cases and exposing the decision to public scrutiny. Moreover, the requirement of the reasoned opinion improves the judicial process even when no undue pressures have been brought to bear by helping to insure that courts decide in accordance with the law.

D. Requiring Public Trials

Publicity can be an effective curb on judicial arbitrariness and corruption. It is easier to fix cases that are never exposed to public scrutiny. Therefore, several Latin American countries require that certain kinds of cases be decided in open court. For example, Peru requires that most criminal cases, and all cases of the responsibility of public officials, delicts involving the press, and constitutionally protected fundamental rights be tried in open court.[29]

2. *Measures Protecting Personal Independence*

A. Irreducibility of Judicial Salaries

Many Latin American constitutions have followed the example of the United States in protecting judicial independence by providing that a judge's compensation may not be diminished during his term of office.[30] The policy underlying such a provision is to protect judges from financial retribution for rendering decisions that displease the legislature or the executive. Article 127 of the Mexican Constitution used to go one step further and also prohibit raising the salaries of Supreme Court members during their term in office. This idea, which originated in the original draft of the Compensation Clause of the U. S. Constitution, was designed to promote judicial independence by insulating judges from the blandishment of salary increases.[31] Severe

[29] Peruvian Const., art. 233 (3), (1980), *Compare* Haitian Const., art. 141 (1983, requiring all political and journalistic offenses to be tried in open court, and providing for open hearings in all other cases unless public order or morality dictate a closed trial.

[30] Argentine Const., art. 96 (1853); Brazilian Const., art. 113 (III) (1969); Colombian Const., art. 160 (1886, as amened); Mexican Const., art. 94 (1917).

[31] The Framers of the U. S. Constitution rejected this form of protection of judicial independence on the grounds that increased caseloads and inflation might decrease judicial compensation, and that alterations in the state of society migth require more attractive judicial salaries to maintain the same calibre of personnel. Rosenn, "The Constitutional Guaranty against Diminution of Judicial Compensation", 24 *U.C.L.A L. Rev.* 308, 312-18 (1976).

inflation forced Mexico to replace this prohibition against salary increases with a privision calling for adequate compensation that shall be increased annually in an equitable manner.[32]

An alternative formulation or this aspect of protection of judicial independence is contained in Peru's 1980 Constitution, which guarantees its judges "a remuneration that assures them a standard of living in accord with the dignity of their mission and hierarchy".[33] In isolation this vague standard would appear to provide little protection for judicial compensation; it is, however, more meaningful because it is coupled with a constitutional provision guaranteeing the judiciary a minimum percentage of the country's budget.[34]

Uruguay has one of the most effective guaranties of judicial salaries in a chronically inflationary environment. Since 1981, the salaries of the members of the Supreme Court, which in practice determine the salaries of the rest of the judiciary, cannot be inferior to Ministers Secretaries of State.[35] Since the Ministers are well paid, this measure has assured adequate judicial compensation in Uruguay.[36] A similar measure has been adopted in Panama.[37]

B. Guaranteeing the Judiciary a Fixed Percentage of the Government's Budget

A second technique for guaranteeing financial independence is a constitutional requirement that a fixed percentage of the country's total budget be allocated to the judiciary. The most generous (arguably overly so) of these provisions is Costa Rica's which grants the judiciary at least two percent of the nation's ordinary annual receipts.[38] Honduras assures the judiciary an annual appropiation of at least 3 percent of the nation's annual receipts, excluding loons and grants.[39] Peru's Constitution guarantees the judiciary of least two percent of current expenditures of the Central Government.[40] Guatemala and Panama combine the Costa Rican and Peruvian approaches, constitutio-

[32] Mexican Const., art 127 (1917, as amended Dec. 28, 1982).
[33] Art. 242 (3).
[34] See note 40 *infra*, and accompanying text.
[35] Institutional Act N° 12 of Nov. 10, 1981, art. 6.
[36] Vescovi, "Uruguay", in *Judicial Independence: The Contemporary Debate* 374, 377 (S. Shetreet & J. Deschenes eds. 1985).
[37] Panamanian Const., art. 210 (1983).
[38] Costa Rican Const., art. 177 (1949).
[39] Honduras Const., art. 306 (1982).
[40] Peruvian Const., art. 238 (1980).

nally mandating that the judiciary's budget will be at least two percent of the nation's ordinary annual receipts.[41] The Bolivian Constitution simply provides that each year the nation's budget will allocate a sufficient, albeit unspecified amount, to the judiciary.[42]

Unfortunately, these constitutional guarantees have sometimes been honored in the breach. Still they perform a useful function in providing the judiciary with useful leverage at budget time. The lack of a similar constitutional guaranty has had dire consequences for the Argentine judiciary. In 1900, Argentina devoted 3.8 percent of the federal budget to the judiciary. That figure has fallen steadily, so that by the end of 1984, only 0.79 percent of the federal budget went to the judiciary.[43] Complaints about the inadequacy of judicial salaries in Latin America are widespread.[44]

C. Tenure in Office

A third technique for insuring personal judicial independence is the constitutional guaranty of tenure in office. Argentina and Mexico follow the model of the U. S. Constitution, assuring federal judges lifetime tenure pending good behavior.[45] The constitutions of several other Latin American countries protect tenure in office pending good behavior only until a specified retirement age.[46] This should be nearly as effective a guaranty as lifetime tenure, provided that the judicial retirement system is satisfactory. Unfortunately, chronic inflation has wreaked havoc with many retirement programs, thereby undermining the guaranty of judicial independence. As will be seen in the next

[41] Guatemalan Const., art. 213 (1985) y Panamian Const., art. 211.

[42] Bolivian Const., art. 119 (1967).

[43] Mercedes Serra, "Poder Judicial: Su presupuesto", 1985-C *La Ley* 1230, 1231.

[44] See notes 89 and 90 *infra*, and accompanying text; Explanation of Motives for a Draft Judicial Reform Bill, in Burgoa, I., *El juicio de amparo*, 1011 (17th ed. 1981); Fernandez Sandoval, H., *Bases para una reforma integral de la justicia*, 22-23 (1986); Ovalle Favela, "La independencia judicial en el derecho mexicano", 49 *Bol. Mex. Der. Comp.* 55, 68-69 (1984).

[45] Argentine Const., art. 96 (1953). Mexico has a slight variation. The Supreme Court justices hold office for life pending good behavior, but the Circuit and District Court judges originally have a four-year term. If re-elected or promoted, they acquire litetime tenure, Mexican Const., art. 97 (1917, as amended Dec. 28. 1982).

[46] Brazilian Const., art. 113 (I) and para. 2 (up to retirement age of 70); Colombian Const., art. 149 (1886) (members of the Supreme Court and the Council of State have tenure until compulsory retirement, fixed by statute at age 75); Chilean Const., art. 77 (1980) (up to retirement age of 75); Peruvian Const., art. 242 (2) (up to retirement age of 70).

section, the majority of Latin American countries limit the terms of office members of their Supreme Courts to four to ten years.[47]

Removal of a judge for cause is generally entrusted to other members of the judiciary, either in the form of an appellate court or a council of magistrates.[48] There are, however, important exceptions, such as Argentina and Mexico, which follow the U. S. model of impeachment by the legislature.[49] Brazil and Paraguay provide for impeachment by the Senate only for members of the Supreme Court; other members of the judiciary are tried before the Supreme Court.[50] At least in theory, although certainly not in practice, no Latin American country permits the executive to remove or transfer judges.

D. The Selection and Reappointment Process

The selection process can be critical to assuring an independent judiciary. If the selection process is entrusted to the executive without constraints on its exercise, the risk of appointment of unqualified candidates or persons selected principally on the basis of political or personal loyalty becomes exceedingly high. Consequently, most Latin American countries have attempted to set out minimal qualifications for membership on the Supreme Court.[51] Below the Supreme Court level, many Latin American countries have career judiciaries with entry by competitive examinations and comparison of credentials administered by the judiciary itsel.[52] Even in countries with a career judiciary, such

[47] See notes 61-64 *infra*, and the accompanying text.

[48] Costa Rican Const., art. 165 (1949) (Supreme Court Justices can be removed only by secret vote of two-thirds of the members of the Supreme Court); Peruvian Const., art. 248 (1980) (granting the Supreme Court disciplinary and removal power over all judges, including its own members).

[49] Argentine Const., arts. 45, 51, and 52 (1853, as amended); Mexican Const., arts. 97 and 110 (1917, as amended).

[50] Brazilian Const., art. 42(II) (1969); Paraguay Const., arts. 151(3) and 196 (1967).

[51] A typical set of qualifications is contained in Article 201 of Panama's 1983 Constitution. To be a member of the Supreme Court, a candidate must be (a) a native born Panamanian, (b) at least 35 years old, (c) in full enjoyment of his political and civil rights, (d) possess a duly registered law degree, and (e) have at least ten years experience as a practicing lawyer, judge, or law professor.

[52] *E.g.*, Colombian Const., art. 162 (1886, as amended) and Decree-Law 250 of 1970: El Salvadorean Const., arts. 182(9) and 186 (1983); Brazilian Const., art. 113(I) and (III), para. 1, and art. 136 (I) and (II) (1969, as amended by Amendment No. 7 of Abril 13, 1977); Bolivian Law of Judicial Organization, arts. 207-216 (1972 ed.); Uruguayan Institutional Act No. 12 of Nov. 10, 1981, art. 1. See also Quintero, "La independencia judicial", 10 Anuario de Derecho 15, 25-27 (1972).

as Brazil, there my be a certain percentage of lateral appointments on appellate courts are reserved for practicing lawyers or state attorneys to provide a different perspective.[53]

Members of the Supreme Court are selected in accordance with one of the following four models: (1) free executive selection with some form of legislative or judicial approval as a check (2) free executive selection. (3) executive selection from a list of prescreened candidates prepared by the judiciary or the legislature, or (4) legislative selection. Curiously, popular election of judges is eschewed on the ground that such a measure would compromise judicial independence by forcing a judge to engage in political activity.

The presidential selection model has been borrowed from the U.S. Constitution by Argentina, where the president appoints all the federal judges with the consent of the Senate.[54] Paraguay has adopted a similar model with an important variation: the President, with the consent of the Senate, appoints the Supreme Court, but only for a five-year term. The President also appoints the other judges, with the consent of the Supreme Court.[55] Haiti has been the only country that formally gave its President unfettered discretion to appoint the judiciary,[56] but the Haitian 1983 Constitution is about to be replaced by a new one. Chile has adopted a presidential selection model in which the president fills vacancies on the Supreme Court and the Courts of Appeals from a list of names proposed by the Supreme Court itself.[57] The Mexican President, with the approval of the Senate, appoints the members of the Supreme Court, wich in turn selects the Circuit Court and District Court judges.[58] In Panama, members of the Supreme Court are appointed for ten-year terms by the Cabinet Council (the President and his Cabinet Minister). The Supreme Court appoints the appellate courts, which in turn appoint the judges immediately below in the hierarchy.[59] The Peruvian President appoints the judges upon the recommendation of the National Council of the Magistracy.[60]

A majority of Latin American countries make members of their

[53] Tacito and Barbosa Moreira, "Judicial Conflicts of Interest in Brazilian Law", 18 *Am. J. Comp. L.* 689, 690-91 (1970).

[54] Argentine Const., art. 86(5) (1853, as amended).

[55] Paraguayan Const., arts. 180(8), 195, and 196 (1967).

[56] Supreme Court judges are appointed for ten-year terms, while appellate court judges have seven-year terms. Haitian Const., art. 114 (1983).

[57] Chilean Const., art. 75 (1980).

[58] Mexican Const., arts. 96 and 97 (1917, as amended).

[59] Panamanian Const., arts. 200 and 206 (1983).

[60] Peruvian Const., art. 245 (1980).

highest courts dependent upon legislative pleasure for continuance in office. A common pattern is for the Supreme Court to be elected by the legislature for terms of office that vary between four and ten years.[61] In Costa Rica, a justice is automatically reelected to an additional eight-year term unless at least two-thirds of the legislature vote affirmatively for removal.[62] A similar system is used in El Salvador, where Supreme Court members automatically continue to hold office for renewable five-year terms unless expressly voted out by the legislature.[63] On the other hand, once they have completed a ten-year term, members of Uruguay's Supreme Court may not be reelected until a five-year waiting period has elapsed.[64] Such measures leave judges vulnerable to legislative pressures. Since Latin American legislatures are often themselves dominated by the executive, Latin American judges are also vulnerable to threats or blandishments by the executive.

[61] The Supreme Court of Bolivia is elected for ten-year renewable terms by the Chamber of Representatives from a list prepared by the Senate. District Court judges have six-year terms, while other judges have only four-year terms. Bolivian Const., arts. 125 and 126 (1967). Members of Costa Rica's Supreme Court are elected by the legislature for staggered eight-year terms. Costa Rican Const., arts. 157 and 158 (1949). Cuba's Supreme Court consists of 26 professional judges elected by the National Assembly for five-year terms. There are also 156 lay judges elected by the National Assembly as co-judges on the Supreme Court, each serving two months per year during a 30 month term. Berman & Whiting, "Impressions of Cuban Law", 28 *Am. J. Comp. L.* 475, 479 (1980). The Dominican Supreme Court and all lower court judges are elected by the Senate for four-year terms. Dominican Const., art. 23 (1966). Ecuadoran Supreme Court Justice are elected by the House of Representatives for renewable six-year terms. Ecuadoran Const., art. 101 (1979). The Supreme Court of El Salvador is elected by the legislature for a five-year term. El Salvadorean Const., art. 186 (1983). Members of the Supreme Court in Honduras are elected by the legislature for four-year renewable terms. Honduran Const., art. 305 (1982). Guatemala has a six-year term for members of its Supreme Court; five members of the Supreme Court are elected directly by the Congress, and five are selected by the Congress from a list of 30 names submitted by a Commission of law school deans, representatives of the bar association, and a representative of the judiciary selected by the Supreme Court. Guatemalan Const., art. 215 (1985). The Supreme Court of Nicaragua is elected for a six-year term by the National Assembly from slates of three candidates submitted by the President. Nicaraguan Const., art. 163 (1986). The Supreme Court of Uruguay is elected by the Council of the Nation for ten-year terms. Uruguayan Const., Sec. XV, art. 2 (1967), as amended by Institutional Act No. 12 of Nov. 10, 1981, art. 2. The Supreme Court of Venezuela is elected by the legislature for nine-year terms. Venezuelan Const., art. 214 (1961).

[62] Costa Rican Const., art. 158 (1949).

[63] El Salvadorean Const., art. 186 (1983).

[64] Institutional Act No. 12 of Nov. 10, 1981, art. 2.

E. Transferability of Judges

A few Latin American constitutions protect judges against being transferred involuntarily.[65] Others give the nations highest court the unrestricted power to transfer judges.[66] Since an involuntary transfer can be punitive and is often regarded as tantamount to an invitation to resign, the lack of any constraints on transference can seriously compromise personal judicial independence.

F. Avoidance of Conflicts of Interest

It is also common to prohibit judges from engaging in any other form of economic activity, other than writing or teaching, in order to avoid conflicts of interest.[67] Many countries also prohibit judges from engaging in any political activities.[68] Brazil bars judges from participating in any commerce or being a or a director or administrator of any firm,[69] while Chile prohibits judges from owning any mining interests within the judge's territorial district.[70]

G. Judicial Immunity

Judicial independence can be threatened by vexatious lawsuits by litigants who claim they have been injured by judges who have either

[65] *E.g.*, Brazilian Const., art. 133(III) para. 3 (1969) (Judges can be transferred only by a secret two-thirds vote of a higher tribunal); Colombian Const., art. 160 (1886, as amended) (Judges may not be transferred to other employment of a different branch without leaving their positions); Panamanian Const., art. 208 (1983) (Magistrates and judges may be transferred only for reasons provided for by law). *See also* Bolivian Law of Judicial Organization, art. 19 (1972) (Neither can a judge be transferred without his express consent.)

[66] *E.g.*, Mexican Const., art. 97 (1917, as amended).

[67] *E.g.*, Brazilian Const., art. 114 (1969) (prohibits judges from engaging in any other professional or political activity except teaching at the university level or serving on the electoral court); Colombian Const., art. 160 (1886) (prohibits judges from holding any other paid office or practicing law; university teaching is the sole exception); Honduran Const., art. 311 (1982) (prohibits judges from the practice of law and all other governmental employment except teaching or diplomat at large); Peruvian Const., art. 243 (1979) (prohibits judges from engaging in any other professional or political activity except university teaching, and prohibits judges from unionizing or striking).

[68] Ecuadorean Const., art. 104 (1979); Panamanian Const., arts. 205 and 209 (1983) (prohibition on all political activity and any other employment, with the exception of university teaching).

[69] Lei Complementar No. 35 of Mar. 14, 1979, art. 36 (I) and (II).

[70] Código Orgánico de Tribunales, art. 322 (1977).

maliciously or negligently applied the laffl. Curiously, one does not generally find in Latin America a well developed notion of judicial immunity from such lawsuits. On the contrary, most Latin American countries regard judges as fully exposed to criminal and civil liability for maliciously or negligently applying the law.[71]

V. Forms of Interference with Judicial Independence

Some countries, such as England and Israel, have managed to achieve independent judiciaries without a written constitution. Even though it does not permit judicial review after a law has been enacted, France not only has an independent judiciary, but it also has an independent system of administrative courts that are technically part of the executive. On the other hand, a number of Latin American countries with elaborate constitutional guarantees of judicial independence have subservient judiciaries. The sad reality is that the citadel of judicial independence has been perennially besieged in Latin America. On occasion, the citadel has been seized, and the judges sacked.

1. *Formal Abrogation of Judicial Independence*

Interference with judicial independence has taken many forms. The most obvious is the formal abrogation of judicial independence. In 1977, a *de facto* military regime in Uruguay, wich used to enjoy a well-deserved reputation for judicial independence, promulgated an astrounding Institutional Act that overtly abolished the independence of the judiciary.[72] This Act discarded the theory of a tripartite separation of powers, which it debunked as "a thesis incorrectly attributed to Montesquieu", and eliminated the judiciary as a separate branch of government. The Act placed the Uruguayan courts under the Executive, which for four years was granted unrestricted power to dismiss any judge for any reason.All court administrative functions were transferred to the Minitry of Justics, which was granted full power to set

[71] See, *e.g.*, Bustamante Alsina, J., *Teoria general de la responsabilidad civil,* 383-84 (2d ed. 1973); Lei Organica da Magistratura Nacional, art. 49 (Brazilian Lei Complementar No. 35 of Mar. 14, 1979; Código Orgánico de Tribunales, arts. 324-331 (Chilean Law No. 7.321 of June 15, 1943).

[72] Institutional Act No. 8 of July 1, 1977. See generally, Cortinas Peláez L., *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional* (1982), and *Lawyers Committee for International Human Rights, Uruguay: The end of a Nightmare?* (1984) for a detailed analysis of the military's destruction of judicial independence in Uruguay.

judicial salaries. Not only did the Act drastically diminish the powers of the Supreme Court of Justice; it even removed "Supreme" from the court's name.

Since the Castro takeover, Cuba has also formally abrogated judicial independence. Castro's unhappiness with an acquittal of 45 members of Batista's air force on a charge of genocide led to the convening of a special pane ito reverse the acquittal over protests from the bench and bar, and the reliance on "revolutionary courts" for political trials.[73] Judicial independence was formally abolished by the 1973 Judicial Organizational Law, which explicitly subordinated the judiciary to the Council of Ministers.[74] This subservience was confirmed by the 1976 Constitution and the 1977 Judicial Organization Law, both of which explicitly subordinate the judiciary to the National Assembly and the Council of State.[75] The National Assembly elects the Supreme Court, and People's Assemblies elect their respective local courts. Judges must give accounts of their work to the bodies that elected them, and the judges are subject to recall.[76]

2. *Deprivation of Jurisdiction*

A second way in which judicial independence has been undermined in Latin America has been the reduction of the jurisdiction of the regular courts. The most dramatic and serious interference with the jurisdiction of the courts has been the transference of offenses against national security to military tribunals. Occasionally, a courageous court declares the trial of civilians by military courts unconstitutional, as the Colombian Supreme Court did earlier this year. In many countries, however, particularly those ruled by *de facto* military governments, civilians accused of terrorism or subversión have been tried before special or military tribunals rather than the ordinary courts. Moreover, the ordinary courts have been denied jurisdiction to intervene by issuing *habeas corpus* or *amparo*, or to review the proceedings on appeal. This was done in Brazil in by Institutional Act No. 2 of 1965, which permitted extension of the military tribunals to civilians accused

[73] Salas, "The Judicial System of Postrevolutionary Cuba", 8 *Nova L.* J. 43, 45 (1983).

[74] Ley de Organización del Sistema Judicial, G. O., June 23, 1973, art. 3.

[75] Cuban Const. of 1976, art. 122; Ley de Organización del Sistema Judicial, Law No. 4, Aug. 10, 1977, G.O., Aug. 12, 1977, art. 3.

[76] Comment, "Cuba's 1976 Socialist Constitution and the Fidelista Interpretation of Cuban Constituional History", 55 *Tulane L. Rev.* 1223, 1275-76 (1981).

of national security crimes. The Institutional Act also included a provision excluding from judicial review all governmental actions based upon the First and Second Institutional Acts, a provision that became standard in subsequent institutional acts. Institutional Act No. 5 of 1968 made *habeas corpus* inapplicable to cases where detention was ordered pursuant to charges based upon the National Security Law, crimes against the social and economic order, or against the popular economy. Institutional Act No. 6 cut back on the Supreme Court's jurisdiction to hear ordinary appeals from cases denying *mandado de seguranca* (writ of security) and eliminated ordinary appeals from decisions of military tribunals trying civilians for violations of national security.[77]

The military government in Guatemala in 1982 enacted a decree-law setting up Tribunals of Special Jurisdiction to deal with persons accused of violating the state of siege or other subversive activity. Procedure was summary, no appeal was permitted, judges could be army officers with no formal legal training, and the death penalty was mandated for certain offenses.[78] Similiar legislation was been passed in Argentina,[79] Chile,[80] Colombia,[81] El Salvador,[82] and Uruguay.[83]

Two related problems have been the proliferation of special administrative courts and the development of a broad political question doctrine. Many Latin American countries have set up special administrative tribunals, outside the control of the regular judiciary, to which a substantial portion of normal judicial jurisdiction has been delegated. The most common special courts have been labor courts, tax tribunals, and election tribunals. A few countries, such as Colombia, Ecuador, and Uruguay, have gone forther and set up separate systems of administrative courts following the French Model.[84] Where administrative

[77] See Karst K., & K. Rosenn, *Law and Development in Latin America*, 214-219 (1975); Nadorff, "Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brazil: 1962-1978", 14 *Law Am.* 279 (1982).

[78] Decree-Law No. 46 of July 1, 1982. For harsh criticism of the operation of this law, *see Americas Watch Report, Human Rights in Guatemala: No Neutrals Allowed*, 85-99 (1982).

[79] Law No. 21.461 of No. 19, 1976.

[80] Decree-Law No. 5 of Sept. 22, 1973; Law No. 18.314 of May 15, 1984.

[81] Decree No. 2260 of 1976; Legis. Decree 1923 of 1978.

[82] Decree No. 507 of Dec. 3, 1980.

[83] Law No. 14.493 of Dec. 29, 1975; Institutional Act No. 8 of July 1, 1977; Institutional Act No. 12 of Nov. 10, 1981.

[84] See Fix-Zamudio, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", in UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (ed), *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, 9, 21-25 (1977).

judges lack the guarantees of independence of the ordinary judiciary, the transference of jurisdiction has the effect of diminishing judicial independence.[85]

Many of the Latin American judiciaries have voluntarily relinquished important components of their jurisdiction by developing an exceedingly broad political question doctrine. Many of the issues that are regarded as political questions are simply political acts of the executive with no particular reason other than judicial timidity for treating them as nonjusticiable. While the doctrine of political questions has been substantially narrowed by the United States Supreme Court in the past 25 years,[86] Latin American courts have generally remained timid about contracting their broad concept of nonjusticiable political questions.[87]

3. *Wholesale Dismissal of Judges*

Probably the most devastating attack on judicial independence has been the wholesale purging of courts pursuant to institutional acts issued *de facto* regimen. Often the courts are left intact after a *golpe*, but this general rule has conspicuous exceptions. Most conspicuous have been Argentina, Brazil, El Salvador, and Peru. Despite a constitutional guaranty of lifetime tenure, the Argentine Supreme Court has been replaced *en masse* six times in the past 31 years. In 1946, all but one of the Court's membership were impeached by a Perón-dominated Congress on trumped charges. In 1957, the military regime that ousted Perón two years earlier summarily ousted the entire Perón-appointed Supreme Court. The entire Court was again ousted in 1966 in the wake of another military takeover. The entire Supreme Court resigned in 1973 after election of a Peronist regime. The entire Supreme Court was once again ousted in 1976 after another military takeover.[88] In addition, the Junta that assumed power in 1976 suspended the

[85] For discussion of this point in the context of Argentina, See Dromi, J., *El Poder Judicial*, 105-26 (1982).

[86] *E.g.*, Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Powel v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969); United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

[87] Fix-Zamudio, *supra* note 84, at 38-39; Ovalle Favela, "La independencia judicial en el derecho mexicano", 49 *Bol. Mex. Der. Comp.* 55, 74 (1984); Garro, "The Role of the Argentine Judiciary in Controlling Governmental Action under a State of Siege", 4 *Human Rts.* L. J. 311, 326-336 (1983); Pérez Guilhou, "La Corte y el gobierno de facto argentino", in J. Carpizo (ed.), II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional 811 *(Anuario Jurídico* IX 1982).

[88] *See* Rosenn & Katz, "Book Review", 68 *Calif. L. Rev.* 565, 573 n. 30 (1980).

tenure of all federal judges and permanently removed 24 of them from office, along with the judges of the supreme courts of the provinces. The return of democracy in 1983 resulted once again in the replacement of the entire Supreme Court.[89]

The Brazilian Supreme Court, whose independence in granting *habeas corpus* was a major irritant to the *de facto* military regime, was treated like a suitcase. In 1965, the military issued aninstitutional act permitting it to pack the Court by increasing its size from 11 to 16 judges. Three years later, it was unpacked by the forced retirement of three highly independent judges, the protest resignation of the Chief Justice, and a retirement because of age. At this point, another institutional act reduced the Court's size from 16 to 11 judges.[90]

The military junta that took over El Salvador in 1979 replaced the entire Supreme Court with appointees sympathetic to the regime.[91] In 1969, the military government that took over Peru the prior year formed a National Council of Justice with power to appoint all judges. The same statute that created the Council also dismissed the entire Supreme Court, permitting the military-dominated Council to appoint judges more congenial to the government. In 1973, at the instigation of President Velasco, the Council dismissed the entire criminal division of the Supreme Court because the President was unhappy about the outcome of a case. Several times during the course of the Velasco regime, the judicial retirement age was modified to permit appointment of new judges or replace those deemed unacceptable to the military government.[92]

4. *Transference or Reassignment of Judges*

Another way of interfering with judicial independence has been the transference or reassigment of judges. Judges who have made politically unpopular decisions in certain countries have been reassigned to less desirable posts as punishment for assertion of their independence. This happened in El Salvador with respect to Judge Bernardo Rauda Murcia, who sentenced five members of the National Guard to long prison terms after a jury found them guilty of the 1980 murders of four Amer-

[89] Garro, *supra* note 87, at 314-15.

[90] Karst, K. & K. Rosenn, *supra* note 77, at 214-215.

[91] Americas Watch Committe & Aclu, *Report on Human Rights in El Salvador* 45 (Supp., 1982).

[92] Rose, S., *The Peruvian Revolution's Approach: Investment Policy and Climate 1968-1980,* 321 (1981).

ican nuns. In apparent retaliation for his courageous behavior, the Supreme Court of El Salvador transferred Judge Rauda to northern Chalatenango Province, an area of frequent clashes between leftists guerrillas and army units and a four hour bus ride from his home.[93] Of course, in certain circumstances transference may be necessary for administrative reasons, but one must be careful to differentiate between transfers that are in accordance with sound administrative practices and those which are plainly punitive.

5. *The Illusory Guaranty of Irreducible Salaries*

In most Latin American countries, constitutional guarantees of irreducibility of judicial salaries have been rendered illusory by chronic inflation. The average annual inflation rate in 1985 for Latin America (excluding Cuba) was a whopping 704.8 percent. (This rate falls to 91.6 percent if one excludes Bolivia, whose inflation rate of 11,743 percent substantially distorts the picture.)[94] Argentine inflation so reduced the real economic value of judicial salaries that waiters in restaurants in Buenos Aires were earning more than the President of the Supreme Court.[95] Many Argentine judges have been forced to resign for economic reasons. In recent years the Argentine Supreme Court has made several public pronouncements calling attention to the problem and requesting that the Executive and the Legislature remedy the problem by substantially increasing judicial compensation to keep pace with inflation.[96] Even in the United States, where inflation has been far less chronic and severe than in most countries of Latin America, the value of judicial salaries has declined sharply in real terms, resulting in a substantial number of judicial resignations as well as lawsuits by judges challenging the constitutionality of Congressional failure to raise salaries.[97] Only if this constitutional guaranty is interpreted to require maintenance of the real, as opposed to the nominal,

[93] LeMoyne, "The Case of a Judge Who Imprisoned Salvador Soldiers: Does Valor Pay?", *N. Y. Times,* May 3, 1985, p. 10, cols. 1-6.

[94] Computed from Inter-American Development Bank, *Economyc and Social Progress in Latin America Report* 22 (1986). Only two countries, Panama and Honduras, had single digit inflation rates in 1985. *Id.*

[95] De Onis, "Isabelita's Terrible Legacy", *N. Y. Times, Magazine,* Mar. 21, 1976, at 15, 54.

[96] Acordada No. 30 of June 12, 1985, 1985-D La Ley 170; Acordada No. 6 of 1984, 1984-D La Ley 425; Acordada No. 55 of 1984, 1984-D La Ley 572.

[97] See Rosenn, *supra* note 31, at 310.

value of judicial salaries is it a meaningful protector of judicial independence in an inflationary economy.[98]

6. *Executive Domination*

Despite the constitutional form of three coequal branches of government, the historical experience of Latin America has been that governments are dominated by the executive. The checks built into the system are far from being equally balanced. Consequently, any judge who attempts to frustrate the wishes of the executive on an issue the executive feels strongly about does so at great peril to his position. The instances in which strong executives have simply run roughshod over the courts are legion. Trujillo, who ruled the Dominican Republic with an iron fist, reportedly held undated letters of resignation from each person he nominated to the Supreme Court. In the event he was displeased with any decision, he exercised those letters of resignation.[99] In 1964, Duvalier (Papa Doc) summarily dismissed Douyon, the Chief Justice of the Supreme Court and chastised the remaining justices because the Supreme Court had been too slow to praise the President-for-Life. Under the rule of both Duvaliers (Papa Doc and Baby Doc), judicial decisions strictly adhered to the wishes of the Duvaliers.[100] In Paraguay, the courts are totally dominated by President Stroessner.[101] Former Ecuadorean President Velasco Ibarra's response to the Supreme Court's invalidating several controversial executive decrees was to abrogate the 1967 Constitution, reform the Supreme Court, and seize dictatorial powers.[102]

[98] *Id.* at 339-42.

[99] Wiarda, H., *Dictatorship and Development: The Methods of Control in Trujillo's Dominican Republic*, 64-65 (1968).

[100] Verner, "The Independence of the Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature", 16 *J. Lat. Am. Stud.* 463, 500-501 (1984).

[101] Although the Supreme Court theoretically has the power to declare statutes and presidential acts unconstitutional, it has never dared to exercise the power since Stroessner has been in power. Judges are appointed for terms of only five years, and renewal depends upon currying presidential favor. Moreover, no constitutional provision prevents the Stroessner-dominated Congress from reducing their salaries during their term in office or from impeaching them. Lewis, P., *Paraguay under Stroessner*, 110-11 (1980), Americas Watch Report, *Rule by Fear: Paraguay After Thirty Years Under Stroessner*, 44-45 (1985).

[102] Martz, J., *Ecuador: Conflicting Political Culture and the Quest for Progress*, 80 (1972).

V. Conclusions

Lack of judicial independence is chronic problem in Latin America. The most recent assessment of the situation by two eminent and knowledgeable commentators on Latin American law, writing in 1985, singled out Costa Rica as the only Latin American country in which the judiciary is truly independent. Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Peru, and Venezuela weer considerad to have independent judiciaries but subject to interference by the executive. Guatemala, Honduras, Panama, Paraguay, and Uruguay were regarded as definitely lacking judicial independence.[103] One may, of course, take issue with certain of the assessments in this incomplete impressionistic survey. Nevertheless, the undelying message —that Latin America as a region suffers from a judicial independence deficiency— seems undeniable.

On the other hand, this does not mean that Latin American judiciaries are corrupt, incompetent, or poorly trained. As a rule, Latin American judges are dedicated, scrupulous professionals. Indeed, many Latin American jurists deservedly enjoy considerable international repute for their scholarship and dedicated work on international legal projects. Nor does it mean that the great bulk of cases will not be resolved on the merits in accordance with what the judge honestly believes to be the governing law.

Any assessment of judicial independence must take into account that Latin America comprises twenty countries that differ substantially. Moreover, the degree of judicial independence has differed substantially over time. Nevertheless, certain important structural aspects of Latin American legal culture and political experience seem to be critical for the region as a whole.

First, Latin America is heir to the civil law tradition. This a tradition in which the judge has historically been weak. In no civil law country does the judge have the power, prestige, and deference enjoyed by the judge in the United States, particularly at the federal level. Unlike his common law counterpart, a civil law judge does have the power to punish disregard of his orders by jailing the recalcitrant party for contempt of court. Civilians have historically regarded judges as expert clerks whose sole function is to apply the law to the facts. An independent, creative role for the judge in the civil law tradition has long

[103] Carpizo & Fix-Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", 51 *Bol. Mex. Der. Comp.* 31, 50 (1985).

been denied.[104] Yet virtually all Latin American countries have grafted the institution of judicial review on this civil law trunk.[105] Judicial review pressupposes a strong judiciary with the independence, prestige, and experience to perform the delicate balancing of individual and societal interests that inevitably goes into constitutional adjudication. This is particularly true when courts are given the power to declare statutes unconstitutional *erga omnes*. Asking Latin American judges to perform this function is to plunge them into a political role for which they are illprepared by both temperament and experience. Most are career judges, with no independent political base or contacts and with relatively narrow experience.

Second, the legitimacy of the judiciary, like that of the legal order, stems from the constitution. But Latin American constitutions are notoriously short-lived and violated. Since independence, the twenty Latin American republics have promulgated 267 constitutions, an average of 13.4 per country. Each *golpe* ruptures the preexisting constitutional order, leaving the judiciary in the unenviable position of trying to be a *de jure* institution in a *de facto* regime. A regime that has come to power by extraconstitutional means is unlikely to brook any active interference with the exercise of the extraordinary powers it has assumed, and even less so from a holdover from the *ancien regime*. Revolutions generally play havoc with judicial independence, and revolutions have been in conspicuously abundant supply in Latin America ever since 1808, when Napoleon began Latin America's chronic legitimacy crisis by placing his brother Joseph, a commoner, on the throne of Spain.[106] One lesson that is ineluctably clear from the Latin American experience is that constitutional guarantees of judicial independence do not by themselves produce an independent judiciary.

Third, Latin American constitutions provide for suspension of a number of important constitutional guarantees during states of emergency.[107] The most abused of these states of emergency is the state of siege.[108] Although supposedly a temporary juridical situation reserved for great emergencies, states of siege have been maintained for

[104] Merryman, J., *The Civil Law Tradition* 36-39 (lst ed. 1969).

[105] Rosenn, *supra* note 19, at 785.

[106] Karst, K., & K. Rosenn, *supra* note 77, at 184-86.

[107] See generally, International Commission of Jurists, *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (1983).

[108] Inter-American Commission on Human Rights (OAS), *Preliminary Study of the State of Siege and the Protection of Human Rights in the Americas* 1 (1963).

years in a number of Latin American countries despite the absence of any external threat to the nation. Declaration of a state of siege does not necessarily prevent a judiciary from functioning independently, but its practical effect is to reduce considerably the judiciary's sphere of action in protecting constitutional rights from executive abuse. Consequently, long-term usage of the state of siege or its functional equivalents have substantially reduced judicial independence in many Latin American countries by making protection of individual constitutional rights impossible.

Fourth, the political tradition of Latin America is heavily authoritarian. The pattern of executive domination is not accidental. Rather it reflects corporativism and patrimonialism of colonial rule, and the hierarchical structure of the Catholic church. The notion that the government should be subject to the rule of law does not come naturally to most of Latin America, despite constitutional rhetoric. The underlying notion that the government is above the law bodes ill for judicial independence.

Fifth, corruption is an endemic problem in many Latin American judicial systems.[109] In some countries, court personnel, particularly the clerks, are so poorly paid that acceptance of bribes is a regular practice. This badly skews the decision-making process. Judicial independence ceases to exist where the quality of justice depends upon the wealth of the briber.

Sixth, the formal legal system of Latin American countries are universalistic and egalitarian. But the commitment of the elites that dominate much of Latin America to equality under the law is skin deep. The judicial system is an area where elites have been zealously fighting a rearguard battle to preserve their power and privileges, oftentimes from attacks by subversive groups who, if and when they come to power, would also reject a universalistic legal system with an independent judiciary. Without a spirit of moderation and a willingness to compromise with conflicting societal groups, it is difficult for a judiciary to be truly independent.

Overcoming these structural obstacles to judicial independence is an enormously difficult task. As the experience of Costa Rica indicates, the task is not impossible.[110] But Costa Rica has a long tradition of

[109] See *e.g.*, Helfeld, "Law and Politics in Mexico", in *One Spark from Holocaust: The Crisis in Latin America*, 81, 91 (E. Burnell ed. 1972); Cooper, "Law and Medicine in Peru", 24 *Chitty's L. J.* 5, 6 (1976); Rosenn, "Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited", 1 *Fla. Int'l L. J.* 1, 36 (1984).

[110] For a recent study illustrating the delicate balance in Costa Rica, see Barker,

effective democratic government without military interference and a long history of respect for the rule of law. Because these conditions are not readily replicable in many parts of Latin America, the path to judicial independence is likely to continue to be slow and tortuous.

APPENDIX I

Ratings of Judicial Autonomy of Latin American Countries 1945-1975

Country	*1945*	*1950*	*1955*	*1960*	*1965*	*1970*	*1975*	*Total*
Argentina	40	25	19	42	40	30	35	231
Bolivia	17	23	19	23	23	25	20	150
Brazil	30	38	40	40	36	25	21	230
Chile	41	44	44	44	45	40	19	277
Colombia	42	37	32	40	40	37	37	265
Costa Rica	44	45	44	44	46	40	43	306
Cuba	31	39	29	18	13	14	18	162
Dominican Republic	15	16	14	12	25	26	24	132
Ecuador	21	23	28	34	29	28	24	197
El Salvador	24	24	26	29	29	29	26	187
Guatemala	25	27	23	29	26	27	23	180
Haiti	19	18	23	18	12	13	12	115
Honduras	17	21	25	26	25	26	21	161
Mexico	30	31	36	38	38	34	33	240
Nicaragua	18	18	15	20	23	24	18	136
Panama	36	28	19	30	31	24	24	192
Paraguay	18	17	16	16	18	21	16	122
Peru	30	26	21	34	34	29	24	198
Uruguay	45	47	48	45	45	39	19	288
Venezuela	31	27	20	35	37	36	39	225

Verner, Joel G., "The Independence of Supreme Court in Latin America: A Review of the Literature", 16 *J. Lat. Amer. Stud.* 463, 479 (1984).

"Constitutional Adjudication in Costa Rica: A Latin American Model", 17 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 249 (1986).

REFLEXIONES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE LA HISTORIA DEL DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ *

SUMARIO: I. *Concepto de la historia del derecho.* II. *Contenido de la historia del derecho.* III. *Importancia de la historia del derecho.* IV. *Concepto de derecho comparado.* V. *Finalidades del derecho comparado y la historia del derecho.* VI. *Conclusiones.*

I. CONCEPTO DE HISTORIA DEL DERECHO

El primer problema que debemos resolver es el determinar si el derecho es susceptible de ser historiado, lo cual implica el precisar si el derecho es sujeto de la historia y si el fenómeno jurídico es relevante para la misma disciplina, es decir, objeto de la historia. Para ello, analizaremos previamente algunas ideas en torno a lo jurídico, que necesariamente tenemos que tener presentes antes de abordar la cuestión antes apuntada.

Tratándose de la materia que ahora nos ocupa, considero que resulta más adecuado hablar de "sistema jurídico" que de "derecho", ya que este último es un término equívoco, pues lo mismo se refiere a la totalidad de las normas jurídicas como únicamente a las relacionadas con un grupo social en un momento determinado; lo mismo que, en otra dimensión, podemos utilizar dicho término referido a un conjunto de normas, como a la facultad o potestad particular que tiene una persona para realizar una conducta diferenciada (o sea derecho objetivo y derecho subjetivo). Por ello, para estudiar el derecho como sujeto y objeto de la historia, pienso que es más apropiado utilizar el concepto "sistema jurídico".

Entendemos por tal sistema al conjunto de normas que regulan armónicamente la vida gregaria de una comunidad determinada, por lo cual inferimos que no solamente existe uno, sino varios, muchos, sistemas jurídicos.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

No vamos a entrar a estudiar aquello que de común y perenne tienen todos los sistemas jurídicos, como lo serían sus valores propios (justicia, seguridad, etcétera), sino precisamente lo contrario, es decir, lo mutable, lo cambiante, lo que diferencia a un sistema jurídico de otro.

Téngase presente que el derecho es más que una manifestación cultural de una sociedad (que también lo es), ya que supera a la sociedad misma, pues es quien le da forma, a veces adelantándose (en lo que recientemente ha sido denominado como instrumento del cambio social) o yendo a la zaga del fenómeno social para reglamentarlo.

Por tal motivo, cualquier comunidad humana, fundándose en eso que hemos llamado común denominador de todos los sistemas jurídicos, va construyendo su propio y específico sistema, el cual siempre estará referido a una comunidad determinada, bien concreta, y a un tiempo igualmente bien determinado y concreto.

Habiendo apuntado los conceptos preliminares que en los párrafos de arriba hemos consignado, ahora, aunque resulte una perogrullada, es bueno apuntar que las sociedades viven una constante evolución, son esencialmente cambiantes, el inmovilismo social no se puede dar, la sociedad se encuentra en movimiento con mayor o menor celeridad. Ahora bien, el derecho es la forma de lo social, como señalara acertadamente Preciado Hernández, o dicho en otras palabras: existe una profunda relación entre una sociedad y el sistema jurídico que la reglamenta, ya que este último es su conductor; consecuentemente, podemos afirmar que en la medida que una comunidad cambia o evoluciona, el sistema jurídico que la regula cambiará o evolucionará, de tal suerte que el derecho es esencialmente cambiante y por consiguiente digno de ser estudiado por la historia.

Pero no nos podemos quedar únicamente con esta afirmación, ya que, como decíamos antes, el derecho es la forma de lo social y, por lo tanto, la vinculación entre la sociedad y su sistema jurídico es de tal profundidad y trascendencia que no podemos cambiar una sin el otro.

Pasando a otra idea, ahora nos corresponde preguntarnos: ¿qué es la historia?, a lo cual tendremos que responder diciendo que es el estudio sistemático, crítico e interpretativo de hechos del pasado que han tenido relevancia y trascendencia social; de esta forma, el estudio de la historia no puede, ni debe, ignorar el fenómeno jurídico, bajo pena de construir una disciplina histórica mutilada, y muy seriamente mutilada, vamos, incompleta. Por ello, el fenómeno jurídico del pasado

no sólo es sujeto, sino también objeto del quehacer histórico, desde cualquier postura historiográfica que se adopte, en unos casos con mayor entidad y en otros menor, pero siempre objeto de la disciplina.

Por todo lo anterior, podemos decir que la ciencia de la historia del derecho es la disciplina que estudia de manera sistemática, crítica e interpretativa los fenómenos jurídicos del pasado que han tenido verdadera importancia y trascendencia en la sociedad.

De ese concepto de historia del derecho queremos destacar un elemento que para nosotros es particularmente valioso, nos referimos al carácter interpretativo que tiene esa disciplina, lo cual le da la enjundia de ciencia, pues de la misma manera que la sociedad actual es el producto o resultado de su propia historia (no podemos negar que somos hijos de nuestros padres), un sistema jurídico es el producto o resultado de su propia evolución; de esta suerte, el desentrañar y explicar dicha evolución —es decir interpretar—, corresponderá precisamente a la historia del derecho, siendo tal interpretación su objetivo más importante.

II. Contenido de la historia del derecho

Antes de seguir adelante creemos oportuno hacer una aclaración: No se trata de trasplantar instituciones jurídicas del pasado a nuestros días y casi mediante "calzador" tratarlas de embonar en el sistema vigente. En efecto, la historia no se repite, lo que se dan son líneas de continuidad entre el ayer y el mañana, las cuales son puestas al descubierto por la historia y nunca se dan calcas o repeticiones de lo que fue y, por supuesto, nunca volverá a ser.

Existen dos grandes formas de interpretación histórico-jurídica: la particular, de una o varias instituciones en un lapso determinado, junto con la global o general de todo un gran sistema jurídico, la cual, además, nos permite adoptar una postura filosófica y tomar conciencia del momento histórico (eslabón) que nos tocó vivir.

Por otro lado, la historiografía jurídica (o sea la historia de la ciencia de la historia del derecho) nos enseña que son dos las maneras principales como hasta ahora se ha realizado dicha ciencia: investigando la evolución de las fuentes externas de un sistema jurídico, lo que comúnmente se llama historia de las fuentes, o investigando particularmente una institución jurídica, lo que también comúnmente se denomina historia de las instituciones. No se piense que ambos métodos son incompatibles entre sí, sino todo lo contrario, ya que se complementan mutuamente.

Más recientemente, la historia de las instituciones se ha visto enriquecida con las aportaciones fundamentales de la historia económica y social, así como de la historia de las ideas, que nos están ayudando enormemente a comprender los fenómenos jurídicos del pasado.

III. Importancia de la historia del derecho

Si nos preguntamos acerca de la utilidad práctica de la historia del derecho, podemos dar varias respuestas válidas; pero desde nuestro personal punto de vista, creemos que todas se reducen a destacar el carácter interpretativo de esa disciplina.

Como resultado del positivismo jurídico del siglo pasado y principios del presente, se pensó que el estudioso del derecho era algo así como una computadora que almacenaba en su memoria el contenido de todas las leyes en vigor para después aplicarlas al caso concreto, en un increíble ejercicio hermenéutico; de ahí que hasta hace poco tiempo se destacara el carácter memorístico de la carrera de derecho; parecía como si se hubiera olvidado que el derecho no está formado únicamente por leyes vigentes, sino por otras muchas cosas más. Frente a esa manera de ver el derecho, vemos cómo recientemente el legislador nos ha llenado y rellenado de una tan ingente producción legislativa, que es absolutamente imposible registrar en la memoria tal cúmulo de disposiciones, de ahí que nuevamente se esté cayendo en cuenta que el verdadero jurista no es el que "sabe" leyes sino el capacitado para interpretar el derecho, es decir, el que tiene criterio jurídico; por ello, la función de las facultades y escuelas de derecho se contempla, ya no tanto en "dar información", sino en "dar formación" a los que pretenden ser juristas.

Dentro de este orden de ideas, veremos que resulta de gran importancia la historia del derecho dentro de la formación del jurista contemporáneo.

En efecto, como decíamos antes, la sociedad, al ser una realidad en constante evolución, hace que el sistema jurídico que la rige viva en permanente cambio; por otro lado, observamos que el derecho no es más que un eslabón de la interminable cadena de ese interminable evolucionar del derecho, pues el mismo se construye sobre los sistemas jurídicos del pasado a la vez que sirve de asiento a los del porvenir. Así pues, para entender una institución jurídica vigente, habrá que estudiar sus antecedentes históricos, ya que la misma, como hemos venido repitiendo, no es el resultado de la casualidad o de una genera-

ción espontánea, sino precisamente de su herencia histórica. Por todo ello, podemos concluir que el método de interpretación histórico-jurídica es de gran relevancia en el quehacer de los juristas.

Ahora bien, la disciplina de la historia del derecho no concluye su labor con el desentrañar los antecedentes históricos de una institución determinada; sus afanes van mucho más allá al exponer el devenir histórico de todo el sistema jurídico, para comprenderlo en su totalidad, es decir, finca los cimientos de una interpretación global del derecho, afirmando la naturaleza unitaria del mismo y permitiendo a los juristas tomar conciencia del momento histórico del cual son protagonistas, dando los elementos para fundamentar su propia postura filosófica. No en balde a la historia del derecho se le da el carácter de disciplina jurídica auxiliar. Como se verá, también en este caso se resalta la finalidad eminentemente interpretativa de nuestra ciencia.

En otra dimensión, la historia del derecho presta servicios inestimables a la historia en general, sea desde el punto de vista político, económico, social ideológico, o el que se quiera, si finalmente lo que se persigue es buscar la "historia total", pues el profesional de la historia, sea cual fuere su postura historiográfica, debe recurrir a nuestra materia si no quiere quedar condenado a hacer una historia mutilada, como señalamos páginas atrás.

Cuando a los estudiantes que se inician en esta disciplina los interrogamos sobre la función de la misma, suelen apuntar que la historia del derecho ayuda a descubrir el futuro; esta respuesta no deja de causarnos cierto temor, pues nos imaginamos a nosotros mismos como agoreros, adivinos, o, en el mejor de los casos, profetas; lo cual, afortunadamente, no somos. Sin embargo, no podemos dejar de pensar que los planificadores del derecho deben de tener sólidos conocimientos históricos, pues, aunque el hombre es el único animal que comete el mismo error dos veces, no olvidemos la famosa frase de que el pueblo que desconoce su propia historia está condenado a volverla a vivir; con lo cual queremos decir que para darle el verdadero sentido ciceroniano a nuestra materia, es el considerarla como un instrumento utilísimo al planificador legislativo.

No queremos dejar estas breves reflexiones sobre la función de la historia del derecho sin mencionar también el papel cultural de la misma, al ser ella un elemento indispensable y delicado de la cultura jurídica de todos los tiempos, considerando ésta en su significado y trascendencia más amplios.

Finalmente, diremos que la ciencia histórico-jurídica es un valor es-

piritual en sí, independientemente del servicio práctico que a historiadores y juristas puede prestar, y en consecuencia digna de ser estudiada por ella misma.

Hasta aquí hemos pergeñado algunas ideas sobre el concepto, contenido e importancia de la ciencia de la historia del derecho, pasemos ahora a considerar la vinculación, que a nuestro modo de ver es estrechísima, con otra disciplina jurídica auxiliar, o sea el derecho comparado.

IV. Concepto de derecho comparado

Las disciplinas jurídicas se pueden clasificar en informativas o formativas, las primeras serían aquellas que de manera sistemática nos describen una rama específica del derecho, para lo cual se cuenta con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, mientras que las segundas, es decir, las formativas, son las que le dan carácter científico al derecho, dentro de las cuales destacan en primerísimo plano la filosofía del derecho, la historia del derecho y el derecho comparado. No nos equivocaríamos si decimos que estas tres últimas vienen a ser como las tres dimensiones del derecho: anchura, largura y profundidad del mismo, por lo cual son disciplinas que siguen cursos estrechamente vinculados.

No deja de llamar la atención el hecho de que así como la historia del derecho adquiriera entidad intelectual y autonomía académica a raíz de la Escuela Histórica del Derecho Alemán en el siglo XIX, de igual manera el derecho comparado surge con tales características en el último año de ese mismo siglo, precisamente en 1900, cuando se celebró el *Congrès International de Droit Comparé*, en la ciudad de París, ya que es unánime la opinión doctrinal en el sentido de que ese hito marca el nacimiento de esa disciplina.

Al término "derecho comparado" le sucede lo mismo que al de "derecho social", que si bien ha sido y son muy criticados por no expresar debidamente su contenido, han tomado carta de naturaleza en la jerga jurídica contemporánea, pues el común de los especialistas están de acuerdo con lo que los mismos términos quieren indicar; por ello resultaría un tanto cuanto absurdo a los comparativistas que hablan romance, a estas alturas, el querer cambiar la frase "derecho comparado" por alguna otra con pretensiones de mayor precisión.

El derecho comparado, como la historia del derecho y la filosofía del derecho, no son "derechos" en el sentido de ramas de un sistema

jurídico, como lo son el derecho civil o el constitucional, sino más bien son disciplinas jurídicas, que finalmente lo que pretenden es que se conozca bien el derecho y lo utilicemos mejor.

V. Finalidades del derecho comparado y la historia del derecho

El distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio —a quien dedicamos este modesto trabajo y nos sumamos de manera entusiasta a su homenaje— señala, con la claridad que le es característica, en seis puntos los fines que persigue el derecho comparado.

a) Obtención del verdadero nivel científico de los estudios jurídicos.
b) Mejor conocimiento del derecho nacional.
c) Perfeccionamiento del lenguaje jurídico.
d) Comprensión internacional del derecho.
e) Unificación de los ordenamientos jurídicos.
f) Conocimiento dinámico de los ordenamientos jurídicos.

La lectura y análisis de esas seis finalidades del derecho comparado nos han inspirado la redacción del presente ensayo, pues no nos cabe ninguna duda que esos mismos objetivos se pueden atribuir a la historia del derecho.

Así como Fix-Zamudio, citando a René David, señala que el carácter universal de toda ciencia es alcanzado por el derecho gracias al derecho comparado, nosotros agregaríamos que el mismo carácter siempre lo ha tenido gracias a la filosofía del derecho; además apuntaríamos que ambas ideas vienen a ser demostradas de manera irrefutable precisamente gracias a la historia del derecho, de ahí que esas tres disciplinas se engarcen perfectamente constituyendo una unidad, para dar, como apuntábamos antes, el nivel científico a los estudios jurídicos.

En segundo lugar, el maestro Fix-Zamudio nos dice que el derecho comparado ayuda a un mejor conocimiento del derecho nacional, pues sin el auxilio del método comparativo el jurista se acostumbra a considerar a las soluciones de su propio derecho nacional como las únicas posibles, estrechando su criterio; lo mismo, pero en otra dimensión, se puede decir de la historia del derecho, en abono de lo cual remitimos al lector a la primera parte de este trabajo cuando hablamos de la función interpretativa de esa disciplina.

Lo propio lo podemos decir del perfeccionamiento del lenguaje ju-

rídico, la comprensión internacional del derecho, el logro de la unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos y su conocimiento dinámico, pues cuando líneas atrás veíamos la función interpretativa de la historia del derecho, dentro de una evolución social, quedó eso mismo demostrado, no tenemos más que traer esas ideas nuevamente a esta oportunidad.

VI. Conclusión

Como se ve, la vinculación entre ambas disciplinas es estrechísima, lo cual resulta lógico debido a que se trata de dos perspectivas de un mismo objeto: el derecho; pues mientras la historia del derecho nos da una visión vertical, el derecho comparado lo hace de manera horizontal, partiendo de un mismo punto de referencia que es el sistema jurídico.

En el fondo, lo que vienen a hacer los comparativistas, como dice Tamayo, es a confrontar dos sistemas jurídicos. Ahora bien, por sistema jurídico no podemos restringirnos únicamente a las normas del derecho positivo, como apuntamos al principio de este trabajo, ya que se merecerá alguna explicación, misma que será proporcionada, entre otras, por la historia del derecho. Así pues, el comparativista, si quiere que su trabajo tenga alguna trascendencia, lo que tendrá que hacer es no solamente confrontar dos o más ordenamientos jurídicos, sino dos o más historias de esos derechos.

EL "LITIGIO" EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES DE GUANAJUATO Y FEDERAL

(JUSTIFICACIÓN DE UN RETORNO A CARNELUTTI)

Salvador SOTO GUERRERO *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El "litigio".* III. *Concepto "litigio".* IV. *Crítica a la teoría del litigio.* V. *Corriente renovadora del "litigio".* VI. *Proceso sin litigio.* VII. *Proceso integral y proceso parcial.* VIII. *Valor del "litigio" en los códigos federal y de Guanajuato.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La precisión técnica del concepto litigio, su alcance, valor y aplicación real en nuestro país, son algunos de los problemas que nos planteamos en este trabajo. Para apuntar una solución fue necesario buscar el origen de la noción que aceptaron lo códigos procesales civiles de Guanajuato (1934) y de la Federación (1942) la cual fue localizada en la doctrina científica italiana concretamente en obra de uno de los procesalistas más geniales de la "época de oro": Francesco Carnelutti. Otro ilustre jurista, esta vez mexicano, guanajuatense de origen el doctor Adolfo Maldonado, sintió la influencia de aquél, y tuvo la oportunidad de plasmarla en los dos ordenamientos arriba mencionados. El "concepto de litigio", el "proceso sin litigio" y las figuras "proceso parcial y proceso integral", son algunas de las instituciones de factura netamente carneluttiana que el profesor Maldonado incorporó en su obra legislativa y sobre las cuales hablaremos en este trabajo. Sin embargo, el valor que otorga nuestro legislador al "litigio" no es el mismo que concede el jurista italiano en el *Progetto Carnelutti* y su obra doctrinal. En nuestros dos ordenamientos no se concibe la función jurisdiccional como aquella actividad del Estado dirigida exclusivamente a la solución de controversias, ni se acepta que el contenido del proceso sea únicamente un litigio; la concepción que nuestros códigos tienen es más amplia. No obstante, es preciso subrayar la necesidad de acudir al sistema procesal carneluttiano para estar en po-

* Miembro del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. Universidad de Guanajuato.

sibilidades de entender adecuadamente las disposiciones relativas contenidas en los códigos señalados; de esto también desprendemos que, con ciertos ajustes, los conceptos de la doctrina procesal italiana en comento tienen aún plena vigencia en el derecho procesal.

2. Nos preguntamos ¿por qué en el Código Federal desaparecieron los artículo 71 (concepto de litigio) y 72 (proceso sin litigio) si los contiene su "hermano" y antecedente el Código Procesal de Guanajuato? y ¿cuál fue el motivo para que el legislador no rechazara en ambos ordenamientos las figuras del proceso parcial y del proceso integral? Para contestar estas cuestiones acudimos, además de la obra procesal da Carnelutti, a las de sus diferentes críticos. Pór otro lado, consideramos que bajo la perspectiva que ha presentado la corriente que nosotros hemos denominado renovadora o revalorizadora de la teoría del litigio, que con ajustes importantes, pero siempre sobre el camino marcado por Francesco Carnelutti, el concepto puede tener pleno significado y aplicación en nuestro ordenamiento, además de la importancia que le daría la teoría general del proceso. Por último, reconocemos el valor de la obra legislativa del profesor Maldonado, pues en ella confluyeron armónicamente el procesalismo científico italiano (moderno), el procesalismo español (tradicional) y el talento mexicano; juristas nacionales [1] y extranjeros [2] la consideran como una de las obras más importantes en la legislación nacional.

[1] *Cfr.*, Medina Lima, Ignacio, "Pasado y presente de nuestro proceso civil (1910-1985)" en *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduria General de la República, 1981, II, p. 1138. "Dos años después que el código distrital, el 9 de enero de 1934, entró en vigor el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, cuyo proyecto redactó el eminente abogado y profesor: Adolfo Maldonado, inspirado en la corriente publicista y acorde con las directrices de la doctrina italiana. El mismo jurista fue también autor del proyecto del Código Federal de Procedimientos Civiles, que alcanzó su destino al ser promulgado el 31 de diciembre de 1942. Este cuerpo de preceptos con sólo 542 artículos (el de Guanajuato consta de 762 artículos), es decir, un poco más de la mitad de los que componen el distrital, con una estructura mucho más técnica, juicio único, simplificación de formalidades, prevalencia del principio de oralidad y del consiguiente de inmediación entre el juzgador y las partes, amplios poderes de dirección del proceso y de valoración de las pruebas y de otros valiosos elementos, fue recibido con aquiescencia en su momento y una prueba de su bondad ha sido su larga vida, que hasta hoy cuenta ya con cuarenta y tres años durante los cuales no ha sido objeto de severa crítica ni de reforma alguna." Por su parte, el Código guanajuatense, al incorporársele el "Procedimiento sumario" (libro quinto) en el año de 1971, se le dio el "tiro de gracia" a la intención manifiesta del legislador de regular los conflictos con un solo tipo de juicio. *Cfr.*, Soto Guerrero, Salvador, "Consideraciones sobre el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato", en *Boletín del Poder Judicial*, núm. 11, agosto-septiembre, p. 293.

[2] Couture consideró al Código Federal "el más interesante de los nuevos Códigos

II. El "litigio" en México

3. La palabra "litigio", derivada de la voz *lite* de origen italiano, que en nuestro país ha tenido mayor aceptación y que es la más frecuentemente utilizada, es un término que tiene el mismo significado genérico de las palabras "controversia", "causa", "proceso", "juicio", de los cuales los prácticos y los teóricos se sirven indiferentemente para designar el proceso en sentido propio o la relación substancial objeto del proceso.[3]

4. Sostiene el profesor Humberto Briseño Sierra [4] que ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, ni en la legislación mexicanas, se le ha otorgado al concepto "litigio" un alcance e importancia definida, técnica, científica que pueda dar a entender con toda claridad en qué dimensión se puede presentar como supuesto del proceso. En especial —señala—, nuestra legislación lo regula desordenadamente, citandose el vocablo con total indiferencia respecto de su significado científico.

5. Según Briseño Sierra [5] el primer ordenamiento que concedió importacia al concepto "litigio" en México fue el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1942 (vigente), el cual rubricó con este término el título III de su libro primero. Sin embargo, añade, la idea que este código tiene de "litigio" debe inferirse, pues no la señala ni en el artículo 70 ni en los siguientes ni en la exposición de motivos. La explicación más cercana, dice este autor, se desprende de las "ideas fundamentales" del ordenamiento procesal federal, cuando se afirma que los órganos judiciales deben intervenir para componer coactivamente los conflictos, si los interesados no pueden o no quieren resolverlos voluntariamente. "Con estas expresiones, agrega,[6] es difícil recono-

de América"; *cfr.*, Couture, Eduardo, J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1945, pp. 127 y 128. Alcalá-Zamora, por su parte, lo calificó como el de "mejor factura técnica" de entre los códigos procesales mexicanos; *Cfr.*, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Informe acerca de la legislación procesal promulgada en México durante el periodo 1938-1951", en *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976, I, p. 471; también Ovalle Favela, José, *Bases para un nuevo Código Procesal Civil del estado de Durango*, ponencia presentada en el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado en Durango, Dgo. del 28 al 31 de mayo de 1986, p. 12.

[3] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, 1972, pp. 122-124: Medina Lima, Ignacio, voz "Litigio", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1984, VI, p. 117; Cabanellas, Guillermo, voz "Litigio", en *Diccionario de Derecho Usual*, 11a. ed., Buenos Aires, Heliasta, II, p. 579.

[4] *El juicio ordinario civil (doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana)*, México, Trillas, 1977, I, pp. 8 y 9.

[5] *Idem.*

[6] *Ibidem.*

cer la doctrina inspiradora del código federal, pues se ha precisado el litigio a la manera de Carnelutti, ni se han omitido sus conceptos sobre la pacificación entre las partes."

6. Nosotros no compartimos las afirmaciones anteriores, pues no fue en el vigente Código Federal de Procedimientos Civiles donde por primera vez se le dio importancia al concepto litigio, ya que ocho años antes el Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato (1934) rubricaba con esta palabra el título III de su libro primero.[7] Situación explicable, pues ambos ordenamientos fueron compuestos o inspirados por el ilustre jurista guanajuatense Adolfo Maldonado, y los dos forman, al decir de Alcalá-Zamora y Castillo, una "familia".[8]

7. Pero, aun cuando ambos códigos procesales regulan el "litigio", el estadual señala expresamente esta noción en su artículo 71; lo que no sucede con el federal, que la suprimió. Quizá por esto resulte comprensible la crítica que se hace al ordenamiento procesal de la Federación, pues efectivamente en él no se precisó el concepto litigio. Sin embargo, creemos que para encontrarlo bastaba remitirse a su antecedente legislativo: el Código de Guanajuato.

8. El genial Francesco Carnelutti es el inspirador directo del concepto litigio expresamente plasmado en el ordenamiento procesal guanajuatense, pues el artículo 71 de este Código no es sino una traducción del artículo 87 del *Progetto del Codice di Procedura Civile* que el profesor italiano elaboró entre los años 1924-1925.[9] También el título III del

[7] También el vigente Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (1936) titula de igual manera su capítulo I, título III, libro segundo. *Cfr., infra* nota 11.

[8] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua,* Chihuahua, s/e, 1959, p. 2.

[9] La historia comienza cuando en el año de 1906 Giuseppe Chiovenda inicia un movimiento tendiente a reformar radical y profundamente el sistema del entonces vigente *Codice di Procedura Civile,* que regía en Italia desde el año de 1866, ordenamiento éste que había sido creado en base a la legislación napoleónica y de acuerdo a los principios doctrinales de la escuela exegética francesa. Sin embargo, fue hasta el año de 1922 cuando el ministro de Justicia, Luigi Rossi nombró una comisión para que se abocara al estudio de la reforma del Código de Procedimientos Civiles; pero tal reforma no se llevó a efecto en virtud de los acontecimientos políticos acaecidos en esos tiempos. Con el advenimiento del régimen fascista, el nuevo ministro de Justicia, Aldo Oviglio formó una subcomisión encargada de los trabajos de reforma, de la cual fue presidente Ludovico Mortara y vicepresidente Giuseppe Chiovenda, integrándola también, entre otros, Calamandrei, Carnelutti y Redenti. La subcomisión inició sus labores en junio de 1924, continuándolas ininterrumpidamente hasta el 24 de junio de 1926, fecha en que se entregaron los trabajos realizados al entonces ministro de Justicia, Alfredo Rocco. Para facilitar sus labores la subcomisión había formado en su seno un comité, y éste había encargado a Carnelutti

libro primero de este *Progetto,* rubricado: *Della Lite,* es el antecedente del título denominado: Litigio, existente tanto en el Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato (artículos 71-81) como en el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículos 70-78).

9. Es indiscutible la influencia que la doctrina de Carnelutti ejerció sobre el autor de los dos códigos mexicanos mencionados, pues además de otras importantes instituciones de factura netamente carneluttiana incorporadas en ellos, basta leer esa pequeña, pero interesantísima obra doctrinal del doctor Maldonado: *Fundamentos del proceso civil* (1934),[10] para no dudar de la presencia del jurista italiano en nuestra doctrina y legislación nacionales.[11]

10. En los *Fundamentos...,* don Adolfo, siguiendo a Carnelutti,

la preparación de un esquema de proyecto. De septiembre de 1924 a mayo de 1925, Carnelutti elaboró el interesantísimo *Progetto* que lleva su nombre, y que representa, de entre la serie de trabajos que condujeron a la reforma actual del proceso civil italiano (proyectos Chiovenda, 1920; Mortara, 1923; Redenti, 1936, p Solmi, 1937 y 1939) el intento más original de todos. *El Progetto Carnelutti* tiene una característica fundamental, que no se sabe si es su mérito o su defecto: el ser un Código *personal,* expresión fiel y coherente del peculiar pensamiento de su autor. Este *Progetto* fue dado a conocer por el propio Carnelutti en una edición no oficial, mediante dos suplementos en la *Rivista di Diritto Processuale Civile:* "Progetto del Codice di Procedura Civile", parte I: Del Processo di Cognizione (1-426 artículos), y parte II: Del Processo di Esecuzione (427-720 artículos) (Padua, CEDAM, 1926). Una última anotación: no se debe confundir el *Progetto Carnelutti, stricto sensu,* con el texto revisado por la subcomisión para la reforma del Código de Procedimiento Civil, la cual dejó fuera del primitivo *Progetto* artículos en los cuales se encontraban explícitamente formuladas las más características proposiciones de la teoría de la *litis. Cfr.,* Calamandrei, Piero, "Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti", en *Studi sul Processo Civile,* Padova, CEDAM, 1939, IV, pp. 88-96; también, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Francisco Carnelutti nota biobibliográfica", en *Sistema de derecho procesal civil* de Francesco Carnelutti, Buenos Aires, UTHEA, 1944, I, pp. IX y X.

[10] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil* (prólogo de José Hernández Delgado), Guanajuato, Talleres Linotipográficos del Gobierno del Estado, 1934, pp. 79. Esta obra, que es contemporánea del Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato, ha sido considerada como base y fundamento doctrinal de este ordenamiento. La obra fue reeditada en el año de 1985 por la Universidad de Guanajuato. Véase también mi reseña a este trabajo, publicada en el *Boletín del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho,* Universidad de Guanajuato (número especial homenaje a Adolfo Maldonado), 1984, pp. 56-59.

[11] Es interesante encontrar que el capítulo I: *Litigio,* del título III, libro segundo (artículos 572-579) del vigente *Código de Procedimientos Civiles del Estado de México* (1936), incorpora en su artículo 572 la noción carneluttiana de "litigio", letra por letra igual al 71 guanajuatense y al 87 del *Progetto.* También coinciden los artículos 573, 574, 575, 576, 577, 578 y 579 del ordenamiento procesal mexiquense, con los artículos 72, 73, 75, 76, 77, 78 y 79 del Código Procesal Civil de Guanajuato, y 70, 72, 73, 74, 75 y 76 del Código de la Federación.

señala la existencia de conflictos de intereses entre los hombres, de los cuales la justa composición de algunos de ellos es el objeto primordial del proceso. Al incorporar el elemento formal al conflicto de intereses, el tratadista mexicano obtiene como resultado el concepto mismo de litigio, el cual define como "...el que uno de los contendientes sostenga que el Derecho apoya en su favor, un interés en conflicto con otro de su contendiente, y éste se oponga a la pretensión del primero, o que, aún no oponiéndose, no se allane a dicha pretensión".[12] Maldonado indica que la protección de los bienes del hombre es el objetivo fundamental del derecho; pero, para que ellos sean eficientemente defendidos, es necesario que "alguien esté autorizado para proveer al cuidado y defensa de cada bien protegido";[13] en fin, estas y otras ideas plasmadas en la obra que comentamos, reflejan que el profesor guanajuantense en 1934 ya conocía con profundidad las más avanzadas doctrinas procesales europeas, y en forma especial las elaboradas por Francesco Carnelutti.[14] Podríamos decir, siguiendo la clasificación que hace Jaime Guasp[15] del estado actual del pensamiento científico entorno al concepto del proceso, que la obra jurídica del doctor Maldonado, al tratar de fijar las instituciones procesales sobre la base de una misión social que a ellas se les ha asignado, pertenece al grupo de las "teorías sociológicas" y no al grupo de aquellas otras denominadas "teorías jurídicas", las cuales colocan el centro de gravedad de tales instituciones en las figuras estructurales del derecho puro.

11. Piero Calamandrei[16] afirma que en los artículos 86 al 90 del *Progetto Carnelutti* es donde se encuentran explícitamente formuladas las más características proposiciones de la teoría del litigio, considerando que ellas son: objeto del proceso (artículo 86), noción de litigio (artículo 87), relevancia del litigio (artículo 88), proceso sin litigio (artículo 89), proceso integral y proceso parcial (artículo 90). El Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato recoge algunas de dichas proposiciones en sus artículos 71, 72 y 73, los cuales correspon-

[12] *Op. cit., supra* nota 10, p. 79.

[13] *Ibidem.*

[14] Sobre la obra de don Adolfo Maldonado, el licenciado Cipriano Gómez Lara dio una conferencia en la Universidad de Guanajuato el 21 de abril de 1986, la cual tengo entendido se publicará en esta obra del homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio.

[15] *La pretensión procesal,* Madrid, Civitas, 1981, pp. 20 y ss.

[16] "El Concepto de 'litis' en el pensamiento de Francesco Carnelutti", en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1961, p. 294.

den al 87, 89 y 90 del *Progetto* carneluttiano; por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 70, incluye los conceptos de "processo integrale e processo parciale" contenidos en el artículo 90 del ordenamiento italiano. Como vemos, ninguno de los dos códigos mexicanos incorpora el contenido de los artículos 86 y 88 del *Progetto*, con los cuales Carnelutti reafirma la sólida estructura legislativa fundada en su pensamiento teórico. Sin embargo, dice Alcalá-Zamora,[17] el epígrafe "litigio" contenido en ambos códigos sirve de denominador común a diversas instituciones y conceptos: así, a la posibilidad de demandar (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículo 73; Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 70); litispendencia, aunque sin llamarla por su nombre (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículo 74; Código Federal de Procedimentos Civiles, artículo 71); acumulación objetiva (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículos 74-79; Código Federal de Procedimientos Civiles, artículos 71-76); a la tercería (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículo 81; Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 78), tanto la provocada (llamamiento) como la espontánea (intervención). La serie se completa con un singular precepto, señala el jurista español,[18] al tenor del cual el juzgador puede dirigirse a las partes "para que amplíen el litigio" a cuestiones no propuestas por ellos, cuando estime que sin su conocimiento no es posible resolver la controversia (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículo 80; Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 77).[19]

III. Concepto "litigio

12. Ya dijimos en el parágrafo anterior que entre lo más significativo de la teoría carneluttiana del litigio se encuentra precisamente la definición de éste, la cual es íntegramente aceptada por el Código Procesal de Guanajuato en su artículo 71, y aun cuando la noción no la contiene expresamente el Código Federal, implícitamente la acepta. Esto hace necesario que para entender y desarrollar algunas otras ins-

[17] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Síntesis de derecho procesal (civil, mercantil, penal)", en *op. cit., supra* nota 2, II, pp. 489 y 490.

[18] *Ibidem.*

[19] *Cfr.*, Maldonado, Adolfo, *Derecho procesal civil (teoría y legislación federal, del Distrito y mercantil)*, México, Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, 1947, pp. 91, 92, 95, 136, 137, 207 y 268.

tituciones y conceptos contenidos en ambos ordenamientos, debamos analizar los elementos doctrinales que componen o influyen en la existencia de ese presupuesto procesal, además de ir avanzando en la dilucidación del problema de los fines del proceso.

PROGETTO CARNELUTTI

ARTICOLO 87
(Nozione della lite)

Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tute li immediatamente in suo interesse un conflitto con un interesse dell' altra e questa contrasta la pretensa o, pur non contrastandola, nonvi soddisfa.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE GUANAJUATO

ARTÌCULO 71

Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés de la otra y ésta se opone a la pretensión, o, aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.

13. La llave de la sistematización del proceso civil, cuya arquitectura fue diseñada por Francesco Carnelutti en sus *Lezioni di Diritto Processuale Civile*[20] y en su *Progetto* (esta expresión práctica de su pensamiento teórico) es el concepto de litigio, que en la doctrina del jurista italiano asume un específico significado. Carnelutti le da un alcance estrictamente técnico, definiéndolo como un "conflicto de intereses regulado por el derecho",[21] que, como arriba se puede apreciar, los artículos 71 del Código de Guanajuato y 87 del *Progetto* dan menos concisamente la noción. En su *Sistema de derecho procesal civil*[22]

[20] Esta obra fue editada en siete volúmenes: los cuatro primeros se refieren al proceso de conocimiento y salieron entre los años de 1920-1923, reeditados en 1930; en este trabajo acudimos a la reedición. Los tres siguientes volúmenes tratan del proceso de ejecución y fueron editados entre los años de 1929-1931, Padova, CEDAM (no hay traducción al español).

[21] *Idem*, I, p. 128. "Si tratta di un conflitto di interesi regolato ocomposto dal diritto."

[22] Traducción en cuatro volúmenes de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y San-

nuestro autor perfeccionó la doctrina sobre el litigio, pues el *Sistema* respecto de las *Lezioni* no representa tan sólo su reedición, sino el lógico desarrollo de las novedosas instituciones jurídicas que ya con anterioridad había dejado incorporadas en éstas.[23]

14. Del específico significado que da al litigio, Carnelutti se sirve para determinar el contenido propio de la función jurisdiccional y el objeto característico del proceso, dejando fuera con esta perspectiva al proceso ejecutivo,[24] y señalando que el objeto del proceso es "la justa composición del litigio".[25] El proceso sirve a la composición del litigio como la curación a la enfermedad.[26] Distinguir el proceso del litigio ha sido la línea fundamental del sistema carneluttiano, pues, como hemos dejado asentado, frecuentemente se les ha confundido. La distinción consiste, dice el tratadista italiano,[27] en que el proceso no es el litigio, sino que lo *reproduce o representa* ante el juez. El litigio no es proceso, pero *está* en el proceso; debe estar en el proceso si éste ha de servir para componerlo. De ahí que entre proceso y litigio medie la misma relación que entre *continente* y *contenido*. Cuando la pretensión encuentra resistencia, se necesita el proceso para poner el remedio, es decir, para componer el litigio. Este punto de vista se puede resumir en la fórmula siguiente: "El proceso se desenvuelve para la composión del litigio";[28] esta es su finalidad específica.

15. El litigio debe considerarse como un presupuesto del proceso; es su situación originadora, pues "...es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación *extra* o *meta* procesal, que él está llamado a canalizar y a resolver".[29]

16. Nos enseña Carnelutti que, para que el litigio se dé, hace falta, ante todo, que existan dos personas y frente a ellas un bien: son estos

tiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTHEA, 1944. (La obra en italiano, Padova, 1936, 38 y 39). Nosotros utilizamos la traducción.

[23] Allorio, Enrico, "El proceso civil en el pensamiento de Carnelutti", en *Problemas de derecho procesal* (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1963, I, pp. 154-156.

[24] *Op. cit.*, supra nota 16, p. 267.

[25] *Op. cit., supra* nota 20, p. 130.

[26] Carnelutti, Francesco, "Lite e Processo", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. V, parte I, Padova, 1928, p. 99.

[27] *Op. cit., supra* nota 22, II, p. 3.

[28] *Idem*, I, p. 287.

[29] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, p. 12.

los elementos simples del conflicto de intereses; sus elementos genéricos. Pero el conflicto de intereses es litigio solamente cuando una de esas dos personas formule una *pretensión* (exija la subordinación del interés ajeno al interés propio) y la otra le oponga *resistencia* (niegue la subordinación del interés propio, al interés hecho valer mediante la pretensión).[30] Como los intereses en el litigio sólo pueden ser *dos,* los sujetos del mismo son necesariamente *dos:* partes en sentido material, y también nos recuerda el autor que existen partes en sentido formal, las cuales han sido llamadas sujetos del proceso. El objeto del interés es un *bien,* tal es el objeto del conflicto de intereses, y, por lo tanto, también de la relación jurídica y del litigio. Los intereses son ilimitados y los bienes limitados, de aquí que nos expliquemos el motivo del surgimiento de conflictos entre los hombres.[31]

17. *Pretensión.* El jurista italiano la considera como un *acto,* no como un *poder,* algo que el titular del interés *hace* y no algo que *tiene;* es una *declaración de voluntad*[32] mediante la cual manifiesta querer tener el prevalecimiento de su interés. Pero la pretensión no solamente no es un derecho, sino que ni siquiera *lo supone;* ella puede formularse por quien tenga el derecho, pero también por quien no lo tenga. De aquí Carnelutti desprende lo que llamó *pretensión fundada* y *pretensión infundada.* De la misma forma que la pretensión no supone el derecho, tampoco el derecho requiere necesariamente de la pretensión, y de ello los conceptos: *pretensión sin derecho* (infundada) y *derecho sin pretensión* (derecho inerte).

18. No por el hecho de que la pretensión sea infundada, deja de ser pretensión, y hasta puede tener éxito si, por ejemplo, en la contraparte prevalece el miedo o la bondad; sin embargo, en el campo del derecho a tal pretensión se le debe reputar como *inerte* o *inútil.* De aquí que la *razón* sea el arma con que la pretensión actúa en el campo jurídico. Al concepto *razón* no siempre se le ha dado el mismo significado, y con frecuencia es confundida con la pretensión, y en tal virtud es necesario distinguir entre *pretensión sin razón* y *pretensión razonada.* Francesco Carnelutti define la razón de la pretensión como "la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige", o en otras palabras: la *afirmación* de la conformidad de la pretensión con el derecho objetivo.[33] Pero esta afirmación debe consi-

[30] *Op. cit., supra* nota 22, II, p. 13.
[31] *Idem,* p. 4.
[32] *Idem,* pp. 7 y 8.
[33] *Idem,* pp. 8 y 9.

derarse como una *declaración,* no como una *opinión,* de lo cual se deduce que la razón consiste en un *decir* y no en un *creer* que el derecho existe. Si la afirmación (decir) y la opinión (creer) del derecho coinciden, nos encontramos ante una *pretensión de buena fe;* pero si hay afirmación sin opinión, estamos frente a una *pretensión de mala fe.* En fin, si hay opinión sin afirmación, nos encontramos en el caso de la *opinión inerte del derecho.*[34] La pretensión puede ir acompañada de una *razón* material (que "x" esté obligado con "y") y de una *razón procesal* (que mediante el proceso "y" obtenga el reconocimiento y cumplimento de la obligación por parte de "x"); hay, además, lo que Carnelutti llamó razones de *hecho* y razones de *derecho.*

19. La *resistencia a la pretensión* puede consistir en que, *sin lesionar el interés,* el adversario discuta la pretensión (pretensión discutida), o bien, que *sin discutirla, lesione el interés* (pretensión insatisfecha); puede también la pretensión ser discutida e insatisfecha al mismo tiempo (el que no paga porque afirma que no debe pagar). Todas son formas de comportamiento; pero la pretensión discutida es una *declaración,* en tanto que la pretensión insatisfecha es una *actuación:* el deudor dice "no quiero cumplir" (discutida) o "no cumple" (insatisfecha). La noción de *discusión* (de la pretensión): "negación de la subordinación del interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión", es análoga y complementaria de la pretensión. La discusión de ésta es una actitud *negativa;* su reverso (actitud positiva) es el *reconocimiento* de la pretensión, que extingue el litigio. La pretensión y la discusión son independientes de su razón; con la discusión se niega la *razón* de la pretensión. Si la razón de la pretensión consiste en afirmar la existencia de una norma o de un hecho del cual deriva la tutela, en la discusión se niega simplemente la existencia de los mismos, es decir, se plantea una *defensa* (y fiar el éxito de ésta a que el sujeto de la pretensión no acredite la existencia de la norma o del hecho, que el sujeto de la contestación niega). La noción de *defensa* es complementaria de la razón de la pretensión, no de la pretensión misma; quien se defiende, más que discutir la pretensión, da razón de la discusión.[35]

20. Hay además una segunda razón de la discusión: *la excepción.* Ésta no se limita a negar pura y simplemente la existencia del derecho o del hecho en que se funda la pretensión. La *excepción* es una *razón* (de discusión) que *desplaza* la contienda del campo en que se encuentra la razón de la pretensión; la *excepción* es distinta de la *defensa*

[34] *Ibidem.*
[35] *Idem,* pp. 13 y 14.

porque en ésta, además de implicar una pura y simple negativa, no hay el desplazamiento que se sufre en la excepción. Quien se excepciona no discute tanto la pretensión sino que aduce una determinada razón para discutirla (que no se firmó el contrato, que el mismo es nulo o que ya se pagó, etcétera).

21. Dijimos que la resistencia a la pretensión se puede dar en forma de *discusión* o de *lesión* a la misma. Ahora tratamos de esta última, viendo así aparecer la figura de la *pretensión insatisfecha*. La lesión a la pretensión consiste en este caso, no ya en una *declaración*, sino en una *actuación* de la voluntad, o sea en una *conducta* que puede ser comisiva (hacer) u omisiva (dejar de hacer) encaminada a lesionar el interés cuyo respeto se exige con la pretensión.[36] El profesor italiano dentro de este mismo tema del litigio se refiere al concepto de *cuestión:* "punto dudoso a verificar, de hecho o de derecho", sobre el cual regresaremos al tratar de las figuras del proceso parcial y proceso integral *(infra,* núms. del 39 al 49). En fin, Carnelutti, en relación al concepto litigio, desarrolla algunas otras importantes instituciones procesales, entre las cuales tenemos a la contrapretensión, identidad del litigio y conexión entre los litigios.[37] Con lo hasta ahora expuesto apenas hemos ingresado al "arsenal" carneluttiano, y aunque su concepto base: el litigio, haya sido duramente criticado por su carácter privatista, crítica que consideramos procedente, la estructura de la teoría se mantiene firme. Inclusive, con las mismas bases, una importante corriente ha afinado el concepto y pretende reflejarlo como elemento fundamental de la teoría general del proceso. A nosotros se nos hace indispensable adentrarnos un poco más en el mundo jurídico creado por Carnelutti para poder interpretar debidamente las normas que son ahora objeto de nuestra investigación.

IV. Crítica a la teoría del litigio

22. Como ya ha quedado expuesto, en el pensamiento de Carnelutti el litigio es el elemento que da origen al proceso[38] y, en tal sentido, factor esencial para el desarrollo de la función propiamente

[36] *Idem,* p. 15.

[37] *Idem,* pp. 15-20.

[38] *Progetto Carnelutti:* Art. 86. "Obbieto del processo). Nessuno puó domandare che il giudice pronunci intorno a una questione, se da questa non dipendala decisione di una lite e se questa non sia rilevante per lo Stato." "(Objeto del proceso). Nadie puede demandar que el juez se pronuncie en torno a una cuestión, si de ésta no depende la decisión de un litigio y si el mismo no es relevante para el Estado."

jurisdiccional, pues la jurisdicción *siempre* recae sobre una controversia y a través del proceso pretende solucionarla. A estas afirmaciones le fueron dirigidas críticas importantes, de las cuales a continuación hacemos referencia:

23. *a)* Se dice que los planteamientos en relación a la teoría que comentamos en el fondo no fueron muy originales y parece, señala Calamandrei, que al reducir la jurisdicción a pura decisión de litigios, Carnelutti a vuelto a aquella vieja y superada concepción de la doctrina y de la práctica jurisdiccional del proceso italiano medieval, que no veía dicha función sino allí donde hubiese necesidad de resolver una controversia. La idea parecía superada por la doctrina procesal moderna,[39] y de entre otros, Chiovenda,[40] para refutarla, había ya planteado la existencia de verdaderos procesos jurisdiccionales en los cuales la controversia no hacía acto de presencia.

24. Nos parece que el argumento que nosotros hemos llamado de la "antigüedad" de la teoría caraneluttiana del litigio no es suficiente para devaluarla; del hecho de que una teoría constituya un retorno a lo antiguo, no se puede desprender que la misma, por sólo eso, sea necesariamente infundada. Además, los planteamientos que presentó Chiovenda fueron en general refutados por la idea carneluttiana del "contradictorio" en el proceso, idea que ya había planteado el autor de las *Lezioni* en esta su primera gran obra. En cuanto a la originalidad de la teoría, me parece oportuno transcribir palabras pronunciadas por el propio Francesco Carnelutti: "... el Señor me perdone este acto de verdadera soberbia, que era también original de Cristóbal Colón cuando se obstinaba en hacer aquel viaje que tuvo como resultado el descubrimiento de América." [41]

25. *b)* La segunda crítica, que en este apartado exponemos, curio-

[39] Wach, Adolf, *Manual de derecho procesal civil* (trad. alem. Tomás A. Banzhaf), Buenos Aires, EJEA, 1977, I, pp. 23 y 24; Jaeger, Nicola, "Processo, Lite, Controversia Penale", en *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti,* Padova, CEDAM, 1950, II, p. 421; Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil* (trad. it. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Buenos Aires, EJEA, 1957, I, pp. 6 y ss. Una amplia exposición sobre el tema en Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil,* Madrid, Aguilar, 1966, pp. 69 y 70.

[40] Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil* (trad. it. José Casais y Santoló), Madrid, REUS, 1941, I, p. 100. Carnelutti con el concepto del "contradictorio", que desde sus *Lezioni* (II, pp. 168-183) había expuesto, coherentemente echó abajo algunas de las hipótesis que Chiovenda presentaba: juicios en rebeldía, reconocimiento por parte del demandado, etcétera.

[41] "... il Signore mi perdoni anche quest'atto di vera superbia, che era originale Cristoforo Colombo, quando si ostinava a far quel giro, che gli fruttó la scoperta dell'America!" *Op. cit., supra* nota 26, p. 104.

samente proviene del mismo autor de la teoría del litigio, quien al plantearla en forma implícita, sin quererlo rompió la coherencia de su obra doctrinal. Carnelutti admite la existencia de verdaderos procesos que no tienen como fondo la controversia: los *procesos sin litigio,* aunque esta concepción difiere substancialmente de aquellos que había presentado el profesor Chiovenda, y a los cuales nos hemos ya referido. A los procesos sin litigio Carnelutti los llamó posteriormente, como arrepintiéndose, *procesos impropios.* Dice Alcalá-Zamora y Castillo[42] que: "...desde el punto de vista lógico, el proceso impropio o sin litigio, que correspondería asimismo a una clasificación de tipo procesales por razón de contenido, representa un *absurdo y suicida torpedo* dirigido por el propio Carnelutti contra el cimiento de su construcción procesal." Pero, afortunadamente, "el torpedo es de escasa potencia..." y la construcción ha resistido; consecuencia de ello es que al quedar en pie el edificio, podemos afirmar que son aprovechables los conceptos doctrinales que sobre el litigio había presentado el jurista italiano autor del mismo. Sin embargo, es necesario aclarar que entre el proceso con litigio y el (seudo) proceso voluntario, no hay lugar para un proceso sin litigio.[43] Aplicando el principio lógico del tercero excluido, concluimos lo siguiente: el proceso o es contencioso o es voluntario, ¡no hay otra posibilidad! Al final, Carnelutti desapareció de su sistema procesal la figura del proceso sin litigio, dejando así sepultado, para siempre, el "caballo de Troya" que él mismo había metido en su "fortaleza conceptual" (*infra,* núms. 37 y 38).

26. *c)* Parece que la crítica de más peso es la que Calamandrei dirige desde la perspectiva de los llamados procesos civiles inquisitorios. Por cuestión de método describimos, en primer término, a los procesos denominados civiles del tipo dispositivo, que son aquellos en los cuales se encuentra el verdadero y propio litigio en el sentido carneluttiano. En éstos es de trascendencia para el juicio que el juez en su sentencia haga constar la renuncia de la acción proveniente del actor, o que asiente el reconocimiento hecho por el demandado; la sentencia en estos casos sirve claramente para *homologar* un acuerdo que las partes hubieran podido válidamente concluir fuera del proceso. El interés de obrar deriva siempre de la *existencia objetiva del litigio,* y la legitimación para obrar de la existencia en el agente de una *situación subjetiva respecto del propio litigio.*[44] Se podría decir, para aclarar aún

[42] *Op. cit., supra nota* 29, p. 144.
[43] *Ibidem.*
[44] *Op. cit., supra* nota 16, p. 284.

más el punto, que para Carnelutti en los procesos civiles dispositivos el campo de acción de la *jurisdicción* coincide plenamente con el campo de acción del *contrato*.[45]

27. Pero, en el área civil, los procesos dispositivos tienen frente a sí otra clase de procesos: los *inquisitorios*. En éstos aun cuando pueda también resolverse un litigio, su finalidad típica no consiste en ello, sino —principalmente— en lograr un efecto jurídico que las partes no podrían alcanzar fuera del proceso, *ni aun estando ellas de acuerdo;* aquí el litigio, con el alcance que Carnelutti le otorga, es jurídicamente irrelevante: *litis* y sentencia (constitutiva necesaria) no son conceptos correlativos y coincidentes. La necesidad de ocurrir al juez nace de la naturaleza misma de la relación jurídica, no de la actuación de la parte contraria, quien, aun sin que se oponga a la pretensión, *no puede satisfacerla* sin el pronunciamiento del juzgador. De esto se entiende perfectamente que sea obligación del juez de llevar a cabo de oficio todas sus investigaciones, pues las manifestaciones de conformidad que hagan las partes no lo exoneran del deber de buscar la verdad en sus afirmaciones. Es indiscutible, de acuerdo con todo lo que hemos dejado expuesto, que en estas hipótesis la voluntad de las partes no puede lograr los efectos que se alcanzarían a través de la formulación de un contrato.[46]

28. Y no es que Carnelutti no haya reflexionado sobre las implicaciones que los procesos inquisitorios tenían para la teoría que él sustentaba; pero la respuesta que dio a ellas no convence, pues aun en estos casos de los procesos civiles inquisitorios, sigue sosteniendo que es la voluntad de las partes la determinante para que se dé o no el acto jurisdiccional. En efecto, afirmar que cuando en un juicio de nulidad de matrimonio el marido resiste a la pretensión, entonces nos encontramos frente a un litigio y, por ende, la resolución que dicte el juez tendrá naturaleza jurisdiccional; pero si, en caso contrario, marido y mujer están de acuerdo, la misma sentencia que declara la nulidad ya no tiene más naturaleza jurisdiccional, sino ahora dicha sentencia tiene carácter esencialmente administrativo. Explicación ésta que, como dijimos, no convence. Certeramente, Calamandrei señala que ningún juez con buen sentido práctico aceptaría que su sentencia de acto jurisdiccional y por efecto de un deseo de las partes, se transforme *mágicamente* en acto administrativo.[47] La crítica se extiende al mismo proceso penal, en

[45] *Idem*, pp. 274-282.

[46] Calamandrei, Piero, "Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio", en *op. cit., supra* nota 16, pp. 241 y 242.

[47] *Op. cit., supra* nota 16, pp. 276-278.

donde el conflicto entre ofensor y ofendido pasa a segundo plano en virtud de que la acción delictiva supone un ataque a un bien o interés de la *vida social*. El conflicto aquí surge entre la sociedad que reclama la actuación del *ius puniendi* del Estado y el presunto autor de la acción penalmente antijurídica. Para alcanzar el efecto del castigo al reo, se tiene en estas hipótesis también el mismo carácter de necesidad que encontramos en los procesos civiles inquisitorios (*nulla poene sine judicio*), siendo ello explicable, pues, como dijimos, hay en la base un interés de tipo social que el Estado tiene el deber de proteger.[48]

V. Corriente renovadora del "litigio"

29. Si bien este último argumento expuesto en los parágrafos anteriores debilitó notablemente un punto esencial de la teoría del litigio (su carácter iusprivatista), quedó intacta su base doctrinal, y siguiendo esos principios, el ilustre jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,[49] ampliando la perspectiva del concepto a fin de que pudiera ser aprovechable en todas las ramas del derecho procesal, definió al litigio como "...un conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica, mediante el proceso, la autocomposición o la autodefensa". Alcalá-Zamora ha encabezado una corriente que nosotros hemos llamado "renovadora o revalorizadora de la teoría del litigio", contándose entre sus filas otros distinguidos procesalistas como, y por sólo mencionar a algunos, Héctor Fix-Zamudio,[50] Sergio García Ramírez,[51] Cipriano Gómez Lara[52] y José Ovalle Favela.[53] Quedó ya reiteradamente expuesto que el litigio es la situación de conflicto que da origen al proceso y que a través de éste se encamina y resuelve. La palabra litigio es entendida por esta corriente revalorizadora en la misma dirección que lo hace Carnelutti: "Conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro"; pero es necesario que dicho conflicto de intereses tenga *trascendencia jurídica*, es decir, que afecte al orden jurídico; además de esto, que sea planteado en *términos tan amplios* que permita

[48] *Idem*, p. 281; *cfr.*, también Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos del derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 21 y 22.

[49] *Op. cit., supra* nota 29, p. 12.

[50] "Derecho procesal", en *Las Humanidades del siglo XX* (núm. 1), México, UNAM, 1975, pp. 83 y 93.

[51] *Curso de derecho procesal penal*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 6.

[52] *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1974, pp. 13, 14, 44 y 115; también *Derecho procesal civil*, México, Trillas, 1984, p. 241.

[53] *Derecho procesal civil*, 2a. ed., México, HARLA, 1985, pp. 380-382.

sin dificultad extenderse a los distintos órdenes del enjuiciamiento: sea civil, penal, mercantil, laboral, administrativo, etcétera, en los cuales necesariamente hay que arrancar de un estadio que aún no puede calificarse de procesal.

30. La noción de litigio a que nos hemos referido en el punto anterior, reiteramos, debe exponerse con total amplitud, y si se quiere, hasta con la vaguedad intencional que sugiere Alcalá-Zamora y Castillo; [54] ello, con la finalidad de que sea plenamente aprovechable por la teoría general del proceso, pues es una de sus nociones fundamentales.[55] Resulta por tanto inexplicable, por todo lo que hasta ahora hemos expuesto sobre el tema, que el procesalista que convirtió el litigio en base de su sistema —Francesco Carnelutti—, al extenderlo al proceso penal, lo haya hecho mediante una fórmula iusprivatista a todas luces inaprovechable en ese campo; sin embargo, actualmente, dice García Ramírez,[56] inclusive la oposición de los procesalistas penales a la idea del litigio se diluye "...al través de una caracterización mejor, de amplio espectro, como la que Alcalá-Zamora sugiere...". Con este enfoque sí tiene pleno sentido lo que al respecto expresa Ovalle Favela:[57] "...la jurisdicción, por *definición*, es una atribución de los Órganos del Estado para solucionar conflictos o litigios, por lo cual en ausencia de éstos no puede hablarse en sentido estricto, de jurisdicción." Reafirmando la idea, tajantemente Gómez Lara [58] manifiesta su posición afirmando: "Para nosotros el contenido de todo proceso es *siempre un litigio.*"

31. Si nos detenemos ahora un momento, podemos desprender de lo hasta aquí dicho las siguientes conclusiones: *a)* El legislador federal, dadas las críticas que le fueron formuladas a la concepción carneluttiana del litigio en virtud de su acentuada naturaleza privatista, términos en los que la recoge el artículo 71 del Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato, optó por no incluir tal disposición en el Código Procesal de la Federación; *b)* Por las mismas razones, el artículo respectivo del Código guanajuatense, en la actualidad, y dados los avances de la ciencia del proceso, ya no tiene razón de existir: *debe ser suprimido; c)* Con el alcance que le otorga la corriente renovadora o revalorizadora, el litigio en sentido carneluttiano tiene todavía plena

[54] *Op. cit., supra* nota 29, p. 17.

[55] *Cfr.*, Díez Picazo, Luis, *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, pp. 5-25.

[56] *Op. cit., supra* nota 51, p. 6.

[57] *Op. cit., supra* nota 53, p. 380.

[58] *Derecho Procesal Civil, op. cit., supra* nota 52, p. 241.

significación en la estructura de los códigos procesales que nos ocupan, pues es indiscutible que la doctrina italiana que los nutrió, sigue aún vigente en ellos; además de que la corriente renovadora o revalorizadora le ha dado plena significación en la actualidad al concepto "litigio", el cual puede ser aprovechado por la teoría general del proceso.

VI. Proceso sin litigio

32. Esta figura, también de origen técnicamente carneluttiano, es igualmente aceptada por el Código Procesal de Guanajuato y rechazada por el Código de la Federación; seguramente que la evolución del pensamiento doctrinal de Carnelutti, que al final desapareció de su sistema al "proceso sin litigio", además de las críticas que le fueron dirigidas, influyeron en el legislador para que ella no fuera incorporada en el ordenamiento procesal civil federal; en el Código guanajuatense, ahora sin razón alguna, sigue todavía con vida. A continuación presentamos la evolución histórica del concepto, desarrollo que nos servirá para conocer e interpretar debidamente al proceso sin litigio, institución que tiene aún fuerza legal en el estado de Guanajuato.

PROGETTO CARNELUTTI	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE GUANAJUATO
ARTICOLO 89	ARTÍCULO 72
(Processo senza lite)	
Quando intorno alla produzione di un effetto giuridico le parti sono d'accordo, ma la legge non consenteche l'effetto si produca senza la pronunzia del giudice, si procede secondo le norme contenute nella parte terza.	Cuando las partes están de acuerdo respecto a la producción de un efecto jurídico; pero la ley no consiente que el efecto se produzca sin resolución de la autoridad judicial, necesitan ocurrir a ésta para que el efecto se produzca.

33. Ha quedado ya expuesto que la piedra angular de la doctrina procesal de Carnelutti ha sido el concepto litigio; sin embargo, ya desde su primera gran obra: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*,[59]

[59] *Cfr., op. cit., supra* nota 20.

acepta, incongruentemente, la existencia de un proceso sin litigio que tiene como finalidad producir la modificación de una relación jurídica acerca de la cual las partes están de acuerdo (proceso constitutivo), o la creación de un título ejecutivo por una deuda que el demandado reconoce (proceso de condena). En estos casos, dice el autor italiano, falta el elemento sustancial (el litigio) para reconocer lo que en la terminología carneluttiana se llama *función procesal* (función jurisdiccional). Este fenómeno lo podemos considerar análogo a aquel otro que se encuentra entre los confines de la función legislativa y la función administrativa; se refiere Carnelutti a las denominadas *leyes formales* (leyes impropias), las cuales presentan el continente característico de las leyes, pero no su contenido propio. Por lo tanto, no debe maravillarnos que esta anomalía se nos presente con seductora simetría, en el campo procesal, y entonces no encontraríamos dificultad alguna para hablar de un *proceso impropio,* o de un *proceso formal,* o, aun, de un *seudo proceso,* o en fin: de un *proceso sin litigio.*

34. La explicación de fondo de este singular fenómeno del proceso sin litigio lo encontramos en lo siguiente: *a)* En que consideraciones de política legislativa aconsejan utilizar formas del proceso contencioso para un objeto diverso de la normal composición de los litigios, en vista de las importantes garantías de control que las mismas proporcionan; *b)* aun cuando en el proceso normalmente los fines accesorios (constitución de una relación jurídica u obtención de un título ejecutivo) coexisten con el *fin principal* (justa composición del litigio) puede ocurrir excepcionalmente que el fin accesorio subsista sin el fin principal y sostenga por sí solo el proceso, siendo entonces cuando nace el proceso sin litigio. Este planteamiento teórico encuentra cabal expresión práctica en los artículos 89 del *Progetto* Carnelutti y 72 del Código Procesal del estado de Guanajuato; no así en el Código Procesal Federal, por no incluir la disposición.[60]

35. En el *sistema,*[61] ya sin manifestar el convencimiento que en su obra anterior había expresado sobre el proceso sin litigio, Carnelutti le reitera el calificativo de *proceso impropio* y casi llega a reconocer que pertenece al campo de la jurisdicción voluntaria.[62] No obstante, precisa algunos puntos sobre esta figura procesal señalando que no se debe confundir el *proceso sin litigio* con el *proceso sin discusión:*

[60] *Idem* I, pp. 130-138.

[61] *Op. cit., supra* nota 22, I, pp. 276-285.

[62] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Prólogo" a las *Lecciones sobre el proceso penal* de Francesco Carnelutti (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1950, I, p. 4.

el litigio no es lo mismo que la discusión, pues frecuentemente existen casos en que el proceso civil, e inclusive el proceso penal, actúan sin discusión (el demandado que no se opone al pago o el imputado que confiesa el delito, e incluso reclama su propio castigo), y es obvio que en estas hipótesis falta ciertamente el *litigio de pretensión discutida*, mas no el *litigio de pretensión insatisfecha*, puesto que el deudor o el imputado *sin discusión* alguna llegan a aceptar plenamente que han violado el interés que debían haber respetado, pero no están en condiciones de satisfacer la pretensión, y hasta puede suceder que la falta de discusión determine la conveniencia de ciertas variaciones en la estructura del proceso en comparación con los que sí la tienen.

36. Es fácil ver, dice Carnelutti, que el auténtico proceso sin litigio se da cuando el juzgador no dispone o provee frente a dos partes cuyos intereses se hayan en pugna para componerlos, sino en el caso de que el propio juez se encuentre frente a un interés solo, cuya tutela reclama o aconseja su intervención (interdicción, inhabilitación, nulidad de matrimonio, por ejemplo). La existencia de los procesos sin litigio también se puede explicar si tenemos en cuenta un fenómeno común que se da en las ciencias: la divergencia entre estructura y función, con base en la cual el hombre y la naturaleza emplean, en casos especiales, ciertas estructuras (órganos) características de una función para el cumplimiento de otra función distinta. Confrontando el proceso sin litigio con el proceso voluntario, nos encontramos con que ellos tienen identidad de funciones (administrativas), pero diversidad de *estructura* (formas del proceso contencioso en aquél, y formas propias del proceso voluntario, en éste); por otro lado, entre proceso *sin* litigio y proceso *con* litigio, hay identidad de estructura (formas del proceso contencioso) y diversidad de *funciones* (administrativas del primero; jurisdiccional del segundo).[63]

37. En las *Instituciones del proceso civil*,[64] Carnelutti ya no trata del proceso sin litigio, y desaparece, inclusive, el título mismo; mantiene, sin embargo, los epígrafes referentes a los procesos contencioso y voluntario, ahora aplicándole a este último el adjetivo de proceso *impropio*. El proceso contencioso, dice, "...me ha parecido durante mucho tiempo, si no la única por lo menos la verdadera figura del

[63] *Op. cit., supra* nota 22, I, pp. 278 y 279.

[64] Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil* (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1973, en tres vols. (la primera edición en italiano, Padova, 1941, 1 vol.; la tercera edición, Roma, 1942, 2 vols.). Nosotros citamos la traducción.

proceso, de manera que su figura complementaria (proceso voluntario) merecería ser denominada *proceso impropio*",[65] y con un método recién definido, el jurista italiano ensancha el concepto proceso voluntario hasta incorporar, inclusive, las antaño típicas figuras del proceso sin litigio: interdicción, inhabilitación y procesos sobre el estado civil,[66] además de señalar que la diferencia entre el proceso contencioso y el proceso voluntario se funda en la distinción de conflicto actual y conflicto potencial de intereses; en fin, afirma que la finalidad del primero es típicamente represiva en tanto que la del segundo es específicamente preventiva.[67] Esta radical nueva posición de Carnelutti frente a la inexistencia del proceso sin litigio, refleja claramente al genio temperamental en su eterno construir y destruir en el mundo del derecho.

38. Tampoco en una de sus últimas obras sistemáticas, *Derecho y proceso,*[68] aparece el epígrafe de la figura sin litigio. En dicha obra afirma su autor que "el proceso, en el cual se ejercita la jurisdicción voluntaria es típicamente proceso sin *litis*".[69] Sostiene nuevamente que la interdicción y la inhabilitación pertenecen a la jurisdicción voluntaria, y asemeja estas hipótesis al proceso penal; en base al concepto *desobediencia,* ahora afirma que la jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción.[70] La crítica de fondo a la concepción de la figura

[65] *Idem* I, p. 43; *cfr.,* también *op. cit., supra* nota 62, p. 5.

[66] *Op. cit., supra* nota 64, I, pp. 50-52.

[67] *Idem* p. 25; *cfr.,* también, Calamandrei, Piero, "Sobre el sistema y el método de Francesco Carnelutti", en *Los estudios de derecho procesal en Italia* (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1959, pp. 176 y ss.

[68] Carnelutti, Francesco, *Derecho y proceso* (trad. it. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1971. (La primera edición italiana es del año de 1958.) Nosotros utilizamos la traducción. Realmente, el volumen citado integra una introducción al estudio del derecho procesal, o, más bien, los lineamientos generales sobre los que habrá de alzarse un tratado completo, en varios tomos, a redactar por un equipo formado por importantes juristas. Carnelutti escribe el primero y fundamental de la serie, con agilidad sorprendente, pues un hombre como él, a los ochenta años y cargado de prestigio como poquísimos de los juristas de nuestros días, lejos de vegetar a la sombra de sus laureles, asume con entusiasmo juvenil la dirección del *Trattato del Processo Civile,* el cual ha sido dedicado a la memoria de los ilustres procesalistas Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei. *Cfr.,* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Miscelánea procesal,* México, UNAM, I, 1972, pp. 451, 454, 549 y 550.

[69] *Derecho y proceso,* nota anterior, p. 71.

[70] "... la jurisdicción voluntaria es verdaderamente jurisdicción y resulta tanto del fin como del medio, porque la reacción se cumple mediante la declaración de certeza, respecto de la cual ya sabemos consiste en una declaración oficial que sustituye a la elección del particular; y precisamente es una elección hecha *supra partes* y por eso imparcial." *Op. cit., supra* nota 68, p. 74.

proceso sin litigio ha quedado ya expuesta en los párrafos anteriores (*cfr., supra* núms. 24, *b)*, 28 y 29); pero es indispensable reiterar que, de acuerdo a lo dicho, entre el proceso contencioso y el (seudo) proceso voluntario no cabe un tercero: el proceso sin litigio. Por último, también repetimos la sugerencia en el sentido de que el artículo 72 del Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato sea suprimido, por las razones que ya hemos dejado asentadas.

VII. Proceso integral y proceso parcial

39. Al haber incorporado el legislador los conceptos de proceso integral y proceso parcial en el artículo 70 del ordenamiento procesal civil de la Federación, este Código acepta que el concepto "litigio", con que inclusive denominó el epígrafe, es de origen indiscutiblemente carneluttiano; ello repercute doctrinalmente en todos y cada uno de los artículos que componen el título correspondiente. El dispositivo legal mexicano no es más que una traducción del artículo 90 del *Progetto* Carnelutti; en él encontramos su antecedente directo. Incorpora este artículo el concepto de *cuestión*, que, como enseguida podremos apreciar, es de importancia trascendental para el sistema del profesor italiano; sin dicho concepto resultaría imposible explicar la existencia de las figuras que Carnelutti denominó proceso integral y proceso parcial. El ordenamiento guanajuatense también las acoge en su estructura.

PROGETTO CARNELUTTI	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE GUANAJUATO	CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
ARTICOLO 90	ARTÍCULO 73	ARTÍCULO 70
(Processo integrale e processo parziale)		
Una domanda puó essere proposta al giudice cosi per la soluzione di tutte come per la soluzione si alcune tra la questioni, che possono sorgere per la decisione di una lite.	Puede ser propuesta al juez una demanda tanto para la resolución de todas como para la resolución de algunas de las cuestiones que puedan surgir para la decisión de una controversia.	Puede ser propuesta al tribunal, una demanda, tanto para la resolución de todas, como para la resolución de algunas de las cuestiones que puedan surgir para la decisión de una controversia.

40. Como lo hemos dejado asentado, para entender el contenido de los dispositivos legales que arriba transcribimos, es necesario co-

nocer inicialmente lo que es la *cuestión* en sentido carneluttiano, su importancia y alcance. Por *cuestión* se entiende, dice Carnelutti,[71] "todo punto *dudoso* de hecho o derecho, toda incertidumbre en relación a la realidad de un hecho o en torno a la eficacia jurídica". La cuestión no es ni el litigio ni uno de sus elementos; es su *causa* o *condición*. El litigio existe porque hay una cuestión entorno a los presupuestos de hecho o de derecho de la tutela que pretende cada uno de los contendientes; el proceso compone al litigio resolviendo las cuestiones que lo alimentan. La cuestión es tan distinta del litigio, que no puede existir litigio sin cuestión (porque las partes están de acuerdo sobre la existencia de la obligación y, eventualmente, del derecho); pero, en cambio, sí se pueden dar cuestiones sin litigio (pero el disenso es puramente teórico). La cuestión es un elemento del proceso, no del litigio, pues es preciso recordar que los elementos de éste son: *a)* las partes; *b)* el bien; *c)* los intereses en oposición. En fin, cuestión y litigio son distintos porque la primera es una *pugna de opiniones*, en tanto que el segundo es una *pugna de intereses*.[72]

41. Cuando la afirmación contenida en la razón (de hecho o de derecho) ha ya engendrado dudas: *una cuestión*, es necesario que dicha afirmación sea probada, de aquí la distinción entre *prueba de las razones de hecho* y *prueba de las razones de derecho*. Y una vez que el juez decide el litigio, o mejor, resuelve las cuestiones del litigio, tales cuestiones resueltas se convirten en razones de su decisión. Entonces, es claro que los conceptos *razón* y *cuestión* guardan una muy estrecha correlación: las *razones* de la pretensión o de la discusión se transforman en *cuestiones* (del proceso) y éstas se traducen en *razones* (de la decisión). Como el número de cuestiones de un litigio puede ser diverso y no siempre se deducen en el proceso todas ellas, la *cosa juzgada* tiene su límite lógico y jurídico circunscrito solamente a las cuestiones que ya fueron resueltas, y por lo tanto sólo a ellas debe referirse.[73]

42. Como apuntamos arriba, es preciso entender que se puede llevar un litigio al proceso para que en éste se resuelvan *todas* sus cuestiones o solamente *algunas* de ellas, dependiendo del número que se haya establecido en la demanda: el litigio entra en el proceso en aquella porción que indica la demanda; la demanda señala los límites respecto del litigio.[74] De estos planteamientos Carnelutti desprendió

[71] *Op. cit., supra* nota 20, IV, pp. 3-5.
[72] *Op. cit., supra* nota 22, II, p. 15.
[73] *Idem* I, pp. 216 y 217.
[74] *Op. cit., supra* nota 20, IV, pp. 17 y 18.

el problema relativo a la *continencia del proceso,* fundado en una otra idea también expuesta por él mismo, en la que señalaba que "el proceso es el *continente* y el litigio su *contenido*".

43. De la afirmación anterior se deducen los conceptos de *proceso simple:* cuando un solo proceso sirve para la composición de un solo litigio; *proceso acumulativo:* en el caso de que un solo proceso sirva para resolver dos o más litigios juntos; *proceso parcial:* el proceso contiene solamente una parte de las cuestiones del litigio, es decir, una parte del litigio; *proceso integral:* todas las cuestiones son llevadas al proceso, o sea la hipótesis en que el proceso contiene la totalidad del litigio.

44. Señala Carnelutti que mientras que la distinción entre proceso simple y proceso acumulativo es muy conocida, la referente al proceso integral y proceso parcial ha escapado hasta ahora a toda observación. El nacimiento del proceso parcial tiene como fundamento el hecho indiscutible que el proceso sirve para componer controversias en la medida en que son planteadas por las partes, y al quedar sin solución aquellas otras cuestiones que no se llevaron al proceso, ocurre la necesidad de resolverlas intentándose un nuevo proceso respecto del mismo litigio. En estos casos, son las partes quienes mejor conocen la conveniencia y medida en que el juzgador deba intervenir en su conflicto. Los códigos procesales civiles de la Federación (artículo 71) y del estado de Guanajuato (artículo 74) regulan expresamente las situaciones a que nos referimos.[75]

45. Son varias las causas que pueden determinar la limitación del proceso en relación con el litigo. Ejemplificativamente, Carnelutti menciona algunos supuestos: *a)* El acuerdo de las partes sobre otras cuestiones diferentes a las implicadas en el proceso; *b)* la conveniencia de anticipar la resolución de algunas cuestiones, en confronto con otras; *c)* la ignorancia de parte de uno o de ambos contendientes en

[75] *Código Federal de Procedimientos Civiles:* "Art. 71. Después de que se haya admitido, por un tribunal, demanda para la decisión total o parcial de un litigio, y en tanto éste no haya sido resuelto por sentencia irrevocable, no puede tener lugar para la decisión del mismo litigio, otro proceso, ni ante el mismo tribunal ni ante tribunal diverso, *salvo cuando se presente, dentro del juicio iniciado, nueva demanda ampliando la primera a cuestiones que en ella fueron omitidos.*" *Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato:* "Art. 74. Después de que se haya admitido por un juez demanda para la decisión total o parcial de un litigio, y en tanto éste no haya sido resuelto por sentencia irrevocable, no puede tener lugar, para la decisión del mismo litigio, otro proceso, ni ante el mismo juez ni ante juez diverso, *salvo lo dispuesto en el artículo 73, cuando se presente nueva demanda sobre cuestiones no comprendidas en la primera.*"

relación a la existencia de alguna o algunas cuestiones. Causas éstas que dan origen al principio de la *sucesión de procesos* respecto del mismo litigio. Del proceso integral baste decir que pudiera considerarse ser la situación normal en las controversias jurídicas.[76]

46. Calamandrei no está de acuerdo con la clasificación carneluttiana de proceso integral y proceso parcial. Su crítica la desarrolla afirmando que al indicar Carnelutti los elementos diferenciales del litigio (partes, bien e intereses en oposición), y al prescindir absolutamente de las *razones jurídicas* que las partes invocan para la protección de sus respectivos intereses, ubicó al litigio fuera del campo de lo jurídico. Dice Calamandrei:

> No llego a comprender cómo se puede hablar, *sin salir del campo del derecho procesal,* de proceso *integral* y proceso *parcial:* esta distinción solamente puede tener un significado si se pone el proceso en relación con la *litis* considerada en su aspecto sociológico o económico o psicológico; pero si se permanece en el campo jurídico entiendo que *todos* los procesos se pueden llamar *integrales,* en el sentido de que sirven para resolver toda la litis tal como se presenta al juez a través de la demanda (esto es, en todas las cuestiones que la demanda plantea al juez), y con igual legitimidad se pueden todas ellas llamar *parciales,* en el sentido de que no sirven para resolver todas las cuestiones, indefinidas en número —como indefinido es el número de los hechos que podrían ocurrir, pero que no han ocurrido— que las partes podrían plantear y que no plantean.
>
> ...a mi entender, la *litis* procesalmente entendida está siempre toda entera en la demanda. Lo que está fuera de la demanda *no* es *litis.*[77]

47. La réplica que Carnelutti hace a la crítica anterior está llena de un ingenioso sabor naturalista propio del realismo motodológico que siempre aplicó el autor en todas sus obras. En efecto, dice, los elementos del litigio son únicamente los tres que ya Calamandrei ha mencionado, y también es cierto que las *razones jurídicas* no constituyen un elemento más de aquél. Replico tan sólo, agrega, que "las razones jurídicas tienen en el proceso la misma función de la medicina en la curación; son medios con los cuales el juez logra sanar el litigio. Ni más ni menos, con las razones jurídicas el proceso trabajaba sobre

[76] *Op. cit., supra* nota 20, IV, p. 18.
[77] *Op. cit., supra* nota 16, p. 291.

litigio .Esto explica por qué es rigurosamente exacta la afirmación que las razones jurídicas son extrañas a la noción de litigio: tan extrañas como la medicina lo es de la enfermedad". Y esto no contrasta con la afirmación de que el litigio sea un conflicto regulado por el derecho, pues ello quiere decir que el derecho da el modo de componerlo; concluye el autor señalando que: "el litigio es una enfermedad curable." [78]

48. Por ello no entiendo, dice nuestro autor, cómo Calamandrei pueda deducir "...que un elemento de la enfermedad sea la medicina". Si las razones sirven para componer el litigio resolviendo las cuestiones, en sustancia obtienen la composición eliminando las causas del mismo o cortando las raíces; curan la enfermedad destruyendo las causas del mal. "Pero esto no quiere decir que el objeto del proceso sean las cuestiones más bien que el litigio, como el objeto de la curación es la enfermedad y no el bacilo que la produce." La afirmación de que el proceso sirve para componer entera o parcialmente el litigio es válida. "También el médico, más de una vez, ataca separadamente las causas del mal." Constatado este fenómeno, insisto, afirma Carnelutti, podemos sostener la existencia de un proceso *integral* y de un proceso *parcial*, y aun cuando mi crítico afirma que el proceso es siempre integral, no es justo en esa afirmación, pues "...así como un vaso no contiene sino aquella cantidad de líquido que se le pone", ante esta evidencia, no se puede afirmar, como lo hace Calamandrei, "...¡que el vaso esté siempre lleno!" [79]

49. A nuestro entender, el legislador mexicano fue congruente al haber incorporado los institutos del proceso parcial y proceso integral en la estructura de los códigos federal y de Guanajuato. Nos parece que en este punto Carnelutti tiene la razón, y así lo entendió don Adolfo Maldonado; de ello, la existencia de los artículos 70 y 71 del primer ordenamiento y 73 y 74 del segundo. Para reafirmar la idea, queremos hacer mención de aquel artículo que Alcalá-Zamora y Castillo (*supra*, núm. 11) calificó de "singular precepto" (Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, artículo 80; Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 77), en el cual se señala que, cuando el juez o tribunal "...estime que no puede resolver una controversia, sino conjuntamente con *otras cuestiones que no han sido sometidas a su resolución*, lo hará así saber a las partes, para que *amplíen el litigio a las cuestiones no propuestas*...". En este caso,

[78] *Op. cit., supra* nota 26, pp. 99 y ss.
[79] *Idem* p. 101.

es claro que, por un mandato judicial, podríamos encontrarnos, si es que esas cuestiones faltantes se llevan todas al juicio, frente a un "proceso integral obligatorio"; o en caso contrario, ante todavía un "proceso parcial obligatorio", que en ambos casos implican una excepción a la facultad de decidir del juez.

VIII. Valor del "litigio" en los códigos federal y de Guanajuato

50. Del hecho de que la teoría del litigio de Francesco Carnelutti haya influido en el legislador mexicano para que se incorporaran algunas de las instituciones y conceptos que prevén los códigos federal y de Guanajuato, no quiere decir que nuestros ordenamientos necesariamente hayan concedido el mismo valor e importancia al "litigio" que los que le dio el profesor italiano en su obra, pues sabemos que el concepto fue la piedra angular de su pensamiento procesal.

51. De que ambos códigos mexicanos no concedan el mismo valor e importancia al "litigio", se desprende lo siguiente *a)* En nuestros ordenamientos no se afirma que la propia y verdadera función del legislador se resuelva únicamente en la actividad de solucionar controversias, como expresamente lo sostiene Carnelutti en toda su obra doctrinal y en el *Progetto* que lleva su nombre;[80] por ello, al considerarle mayor amplitud a la función jurisdiccional, nuestro legislador lo manifestó así, y en contrapartida tampoco incorporó los artículos del *Progetto* que claramente restringían la actividad del juez a la decisión de litigios.[81] *b)* De los códigos mexicanos de la Federación y guanajuatense no se desprende que el interés de obrar derive siem-

[80] *Progetto Carnelutti:* "Art. 1. (Principio della domanda). Il giudice decide *le liti civili* quando ne sia fatta domanda dalle parti,..." (El juez decide *los litigios civiles* cuando sea formulada demanda de las partes..."); "Art. 86 (Obbietto del processo), cfr. nota 38. "Art. 300. (Cosa giudicata in senso materiale). La sentenza, che decide totalmente o parzialmente una *lite,* ha forzadi legge nei limiti della lite e della questione decisa." (La sentencia, que decide total o parcialmente un *litigio,* tiene fuerza de ley en los límites del litigio y de las cuestiones resueltas). "Art. 337. (Impugnazione totale e impugnaziona parziale). Una sentenza puó essere impugnata totalmente, in quanto si chieda una nuova decisione della *lite* per tutte le questioni risolte; oppure parzialmente, in quanto si chieda una nuova decisione per alcune soltanto trale questioni medesime". (Una sentencia puede ser impugnada totalmente, en cuanto se requiera una nueva decisión del litigio para todas las cuestiones resueltas; o parcialmente, cuando se pida una decisión solamente para algunas de las cuestiones).

[81] *Cfr., op. cit., supra* nota 10, pp. 23 y ss; también *op. cit., supra* nota 19, p. 159.

pre de la existencia objetiva de una controversia ni que la legitimación de obrar se deduzca de la existencia en el agente de una situación subjetiva respecto del litigio. Con estas salvedades, tiene plena vigencia la doctrina carneluttiana en la obra legislativa mexicana que comentamos, y estas consideraciones nos llevan a concluir que el talento mexicano era indispensable para amalgamar dos corrientes tan importantes en nuestra vida jurídica nacional: la doctrina científica italiana (moderna) y la doctrina procesal española (tradicional). El resultado: Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato y Código Federal de Procedimientos Civiles, ambos calificados "como los de mejor factura técnica" de entre los códigos procesales mexicanos; [82] así, por ello no compartimos la idea de que la obra legislativa federal de Maldonado quizá debiera ser abrogada.[83]

IX. Conclusiones

52. *PRIMERA:* El vigente Código de Procedimientos Civiles del estado de Guanajuato fue el primer ordenamiento mexicano que dio importancia sistemática al concepto "litigio"; este ordenamiento es antecedente del Código Procesal Civil Federal, y ambos, obra del jurista guanajuatense Adolfo Maldonado: forman una "familia".

53. *SEGUNDA:* El concepto "litigio" y el título rubricado con el mismo nombre, contenidos en los códigos de Guanajuato y federal, encuentran su antecedente directo en el *Progetto Carnelutti,* elaborado entre los años de 1924 y 1925 por el jurista que le dio su nombre.

54. *TERCERA:* El "litigio" y otros conceptos e instituciones relacionadas con él, contenidos en los dos ordenamiento mexicanos, tienen su fundamento en la doctrina de Francesco Carnelutti, y en base a ésta deben ser interpretados; con las salvedades que el propio legislador estableció.

55. *CUARTA:* Las críticas dirigidas tanto al concepto "litigio" como al "proceso sin litigio", hicieron que el legislador no los incorporara en el Código Procesal Federal; su antecedente legislativo, el Código de Guanajuato, los acogió en los artículos 71 y 72. Fundado en las mismas críticas, consideramos que los dos dispositivos legales deben ser suprimidos del ordenamiento estadual.

[82] *Cfr.,* nota 1.

[83] Acosta Romero, Miguel y Genaro David Góngora Pimentel, *Código Federal de Procedimientos Civiles (legislación, jurisprudencia, doctrina),* México, Porrúa, 1983, p. 4.

56. *QUINTA:* Certeramente, el legislador mexicano incluyó las figuras de "proceso integral" y "proceso parcial" tanto en el Código de Guanajuato (artículo 73) como en el Código de la Federación (artículo 70); la doctrina carneluttiana al respecto explica plenamente su fundamento y necesidad.

57. *SEXTA:* El concepto, valor y alcance de "litigio", para que actualmente tenga plena vigencia en el campo del derecho procesal, debe ser entendido como lo hace la corriente renovadora o revalorizadora de la noción; en la misma dirección que Carnelutti, con trascendencia jurídica y en términos tan amplios que sin dificultad pueda extenderse a los distintos órdenes del enjuiciamiento, siendo esto valioso para la teoría general del proceso. Y al haber quedado en pie el edificio conceptual del profesor italiano, es preciso hacer "un retorno a Carnelutti."

EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN LA ERA POSWATERGATE

David H. STERN

SUMARIO: I. *El espíritu de las leyes.* 1. *Introducción.* 2. *Formación de la Constitución.* 3. *Proceso de ratificación.* 4. *Conclusión.* II. *Destrucción creadora y guerra civil.* III. *El debido proceso legal al servicio del Estado imperialista.* IV. *El* New Deal *y la formación del Estado de servicio.* V. *El problema político y la revolución procesal.* VI. *La Suprema Corte y el conflicto de leyes.* 1. *Privacía.* 2. *La primera enmienda-libertad del habla y de la prensa.* 3. *La primera enmienda-separación de Iglesia y Estado.* VII. *Los derechos humanos y las garantías individuales.*

I. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES *

1. *Introducción*

Los constituyentes reunidos en Filadelfia hace dos siglos tuvieron necesidad de hacer frente a un desastre: el desastre de la Confederación que los rebeldes habían organizado a raíz de la independencia reconocida por los tratados de París de 1783. Había sido en todos sentidos una paz efímera, resultado principalmente de la ayuda de los franceses y en la que éstos habían estado motivados sobre todo por razones de estado y de posible venganza por su derrota a manos de los ingleses en la guerra anterior en la que habían perdido definitivamente al Canadá. Los pleitos dinásticos continuaron influyendo en el destino de la nueva Confederación; pero la crisis de los años 1783-1789 no surgió por influencias europeas, sino por fallas y debilidades internas.

Reconstruir a esta época constitutiva requiere de mucha imaginación, pues como los Estados Unidos son actualmente de importancia, muchos estudiosos han querido captar los secretos del éxito en el proceso de fabricación de una nación por el ejemplo de la primera

* Este punto está basado en la Conferencia de Rigor para Cátedra Extraordinaria Antonio Caso, que ocupé en la UNAM durante 1984-1985.

república moderna. Como veremos, la realidad es una combinación de hechos históricos, de aproximaciones y de mitos. Con base en esta combinación, tenemos que construir el edificio de nuestro estudio del derecho constitucional norteamericano actual. El país que existe hoy día es producto de lo bueno y de lo malo o defectuoso del pacto de Filadelfia.

La Constitución de Filadelfia fue un producto del caos que existía de dos grandes defectos que sobrevivían del arreglo anterior. El primero consistía en que faltaba en los artículos de la Confederación una fuerza centrípeta, un poder federalizante, o, para ponerlo en términos mexicanos, centralizante. Como no existía una nación sino trece pequeños estados, esta falla era fatal. El otro defecto derivaba de la herencia de la época colonial. Consistía de dos grandes elementos: el primero fue la herencia cultural de Inglaterra —para nosotros, el elemento de más interés por las tradiciones e ideas del *common law*—; el otro elemento de este defecto era la existencia de la esclavitud humana, por cierto concentrado en los estados del sur, pero aceptado por todos los estados originales. Dada la decadencia del país en los pocos años de independencia y el Congreso Constituyente (1783-87), es muy fácil entender que surgieron personalidades dominantes y sus ideas que llevaron a Filadelfia.

2. *Formación de la Constitución*

Antes de entrar en el estudio detallado del proceso constitutivo es necesario hacer un bosquejo de las raíces en el ideario de esas personas. Sería muy útil advertir la importancia de la época preindependiente, pues es durante esa generación (las dos décadas 1763-1783) cuando surgieron figuras de mucha importancia, no sólo las bien conocidas como Washington, los Adams, Tomas Paine, Tomas Jefferson, Madison y Benjamín Franklin, sino otras mejor conocidas entre los juristas, como John Marshall y Hamilton.

Es bien sabido que las ideas dominantes en los ensayos federalistas, de tan crítica importancia en la segunda parte de la obra constitutiva, la de ratificación, tuvieron su origen en los debates de la Cámara de los Burgueses o de Virginia.

Tenemos que aceptar como un hecho histórico la influencia enorme de las figuras de Locke, Montesquieu y Rousseau. Los líderes de los debates manifestaron claramente su obvio deber hacia quienes cultivaron las nociones de autogobierno. Veremos que no hubo acuerdo

muy claro sobre los detalles del nuevo arreglo, e incluso sabemos que algunos que eran muy partidarios de las ideas de Montesquieu querían una monarquía constitucional. No obstante, los líderes estuvieron conformes con el nuevo pacto en sus rasgos esenciales: en crear un nuevo gobierno capaz de representar al nuevo estado en la vida internacional y con capacidad para defenderse con dignidad contra la hostilidad de su exmonarquía y la de los demás reinos. Los "federalistas" radicales, con Hamilton a la cabeza, querían mucho más para el gobierno central y los "estadualistas" mucho menos. Aquéllos pensaban reducir los estados a entidades esencialmente administrativas del gobierno central y sus contrincantes solamente querían entregar el mínimo de poder, conservando todo lo importante en las manos de cada entidad.

La experiencia bajo la vigencia de los artículos de la Confederación había revelado muy bien la necesidad mínima para cumplir con el punto básico, lo cual fue una base para el acuerdo general: un poder suficiente para enfrentar un mundo hostil hacia la primera república moderna, amenazada por las grandes potencias y los celos de las tiranías. Uno tiene que pensar en el número de imperios europeos, con sus muchas colonias que podían rebelarse, para entender la intensidad del odio hacia la república pionera. Aunque aceptaban la necesidad de dar cierto poder al gobierno central, los localistas insistían en que fuera limitado. Aquí tenemos el origen de la famosa décima enmienda que reserva a los estados y al pueblo los poderes no otorgados.

Dos cosas específicas sobresalieron en la época confederativa: la primera fue que el gobierno central tenía gran necesidad de dinero (recuerdan Valley Forge durante la guerra misma, cuando los estados votaron de no dar más dinero) y requería de la capacidad para recaudar fondos para un ejército y una marina naval; la segunda fue que necesitaba el poder de reglamentar el comercio entre los estados.

Hubo otro problema urgente, el de los territorios reclamados por los estados al occidente de sus fronteras. Posiblemente la ley de más importancia durante la época confederativa fue la gran Ordenanza para el Gobierno del Noroeste de 1787, que dio solución al fin a este problema y que también dio a los constituyentes la fórmula para la admisión a nuevos miembros de la Federación.

Cabe mencionar que los constituyentes trágicamente pospusieron la solución de la esclavitud de los negros. Como veremos, no tuvieron necesidad de solucionar la naturaleza de su Federación y tuvieron que sufrir una guerra fraternal, de las más sangrientas que ha habido (po-

siblemente peor que la de España y quizá comparable a la revolución mexicana). En el momento en que se establece un gobierno representativo surgen conflictos de orden político. Fue imposible tranzar en la necesidad de abolir la esclavitud. Hubo elementos importantes con deseos de esta derogación; pero les faltaba suficiente respaldo popular para conquistar este objetivo.

Otros defectos menores existían, por cierto; como ejemplo se puede mencionar la cuestión de resolver los derechos de los "realistas" proingleses y también la fijación del lugar para el Capitolio. Por encima de ellos existía otro gran problema: qué forma de gobierno debía tener estructuralmente el modelo. Obviamente, la mayoría dominante exigía la separación de poderes, idea de un monarca. La mayoría de los "estadualistas" tenía fuerte preferencia por una república.

Vemos en *El Federalista* que ambos, Madison y Jefferson, utilizaban comentarios del barón para defender que era viable una república de gran extensión. La corriente dominante de pensamiento, al llegar a Filadelfia, pedía una república; pero hubo una suspensión durante los pre debates respecto a si debía haber una o dos cámaras de representantes. El "arreglo" final lo conocemos muy bien: un Senado para las unidades y diputados para el pueblo. Sufragio muy limitado, pero dividido, para que haya solamente una cámara elegida directamente. Menciono aquí otro famoso arreglo: la "no mención" de los esclavos. El borrador sometido por Randolph al Congreso Constituyente tenía los poderes divididos en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Sólo fue hacia la clausura de los debates que decidieron llamar al Ejecutivo un presidente. Tuvieron que decidir primero el poder que tendrían los poderes. Si pensamos en el Estado moderno, todos los poderes parecen casi insignificantes. Han cambiado muchas cosas en dos siglos y ha habido influencias de gran importancia de afuera sobre el gobierno que hoy se asienta en Washington. Justo es decir que hemos visto emanar dos corrientes de los actos de Filadelfia: la influencia formal de aquel documento en el mundo, que está bien reconocida y estudiada; la otra, la ideológica, que no está ni bien reconocida ni bien estudiada.

La visión original se puede resumir así: el Congreso bicameral daría inicio a las leyes, el presidente les daría eficacia y los tribunales federales darían sus opiniones en los asuntos correspondientes. La Constitución proponía solamente una Corte Suprema y tantos tribunales como fueron creados de acuerdo con la legislación del Congreso. Además, el presidente sería el único representante de la república en

el exterior del país, con facultades para conducir las relaciones exteriores y comandante *en capite* (jefe supremo) de las fuerzas armadas.

Los poderes específicos del Congreso estaban subdivididos entre el Senado y la Cámara. Aquel cuerpo, por ejemplo, ratificaría a los "oficiales" o funcionarios de los Estados Unidos nombrados por el presidente; daría su consentimiento a la ratificación de tratados y a otros acuerdos internacionales; la Cámara tendría la iniciativa en toda ley fiscal.

Uno de los documentos fundamentales para conocer el proceso de formación de la Constitución de Filadelfia es el informe de Madison.[1] Aquí se pueden observar dos puntos básicos en que los constituyentes se separaron del criterio de Montesquieu. El barón había pensado que el Poder Judicial tenía poco significado, mientras que aquéllos, desde un principio, pensaron en tres poderes. La otra diferencia consistió en que insistentemente ellos mantuvieron la superioridad de una república que derivaba sobre todo de las circunstancias de la separación de Inglaterra.

Para nosotros, como juristas, nos interesa sobremanera la forma tan fácil, casi sin debate, en que cláusulas de enorme significado entraron en el documento. Cabe notar que, no obstante este fenómeno, las ideas de Montesquieu se adoptaron cuando hubo necesidad de señalar el lugar, dentro del gobierno, donde había que poner el tribunal para juzgar al presidente y los otros oficiales acusados de delitos mayores.[2] Vieron inmediatamente el peligro de utilizar a la Corte, siendo que el tribunal tendría que ver la acusación del ex funcionario conforme al derecho común, lo que vendría después de despojado de su función.[3]

Tantas fueron las dudas, que mandaron esta cláusula a la Comisión de Detalles. Inmediatamente después entraron a una discusión general del Poder Judicial.[4] Fueron agregadas a las facultades de la Corte y de los otros tribunales federales algunas de mucha importancia; entre otras, estuvo la inclusión de interpretar constructivamente la Constitución misma.[5] También ocurrió así, paulatinamente, al aplicar la

[1] Madison, J., "Notes of Debates in the Federal Convention of 1787" (citada por Madison, *Debates)*, Ohio, Ohio University Press Athenas, 1966, reimpresión de 1976.

[2] *Idem*, p. 393. La versión en el informe de 6 de agosto de la Comisión de Detalle todavía se refiere a la Corte.

[3] *Idem*, p. 535 (Gouverneur Morris) y Madison.

[4] *Idem*, pp. 536-540 (27 de agosto).

[5] *Idem*, p. 539. Moción del doctor Johnson. Madison tuvo una duda, pero la moción fue aceptada *nemo contrario-i.e.*, abreviación para *nemo contrario*.

cláusula de la supremacía de la Constitución y de los tratados hechos conforme a ella.[6]

Cuando se volvió a entrar al asunto del juicio al presidente, se advierte que desapareció el tribunal supremo, salvo que en el caso de acusación a éste, sería el presidente de la Suprema Corte el encargado del Senado, actuando como tribunal. El 4 de septiembre el señor Brearly rindió un informe sobre conclusiones provisionales de la "Comisión de Once", en donde aparece el lenguaje del actual documento que indica que es el Senado el lugar para juzgar funcionarios acusados por la Cámara de Representantes por delitos graves.[7] Madison perdió la moción de sacar las palabras "para el Senado". La versión que hoy día tenemos, aparece emitida por la "Comisión de Estilo" el 12 de septiembre; aparece en la última cláusula de la segunda sección del artículo 1o.[8] ("La Cámara tendrá exclusiva facultad de *impeachment*"), y en la cláusula sexta de la Tercera Sección del mismo artículo.[9] La cláusula sobre fe plena y crédito se aprobó sin debate[10] y también la famosísima cláusula territorial.[11] Debe advertirse que en los debates finales el delegado Wilson promovió la participación de la Cámara en la ratificación de tratados, poniendo su dedo en el centro medular de un problema eterno, como se vio recientemente en los debates sobre ratificación de los tratados del Canal de Panamá.

Un sumario de los debates sobre la formación del Poder Judicial nos muestra vivamente cómo resultó con todas sus líneas abiertas y sus posibilidades. Al discutirse la relación entre los estados y el gobierno central los constituyentes, habiendo decidido tener tres poderes enfrentaron la exigencia de señalar fronteras entre filosofías diferentes que regían en los varios estados sobre la función de los tribunales y de la administración de justicia.

Hubo una aceptación inmediata de la práctica anterior que dejaba ciertas facultades a órganos judiciales federales. Asuntos que tenían origen o base en la "ley de las naciones", todas las facultades de los tribunales sobre almirantazgo, la piratería y los delitos en alta mar *(prize)* debían formar parte de lo exclusivamente federal.[12] También

[6] *Ibidem.*

[7] Recomendación 9, de 4 de septiembre, reformando la 2a. sec., art. 10 (de la reunión anterior de 6 de agosto, *op. cit. supra*, pp. 392, 393 y 575) y debatido después (p. 605). Madison todavía insistió en la Corte; Governeur Morris en contra.

[8] *Idem*, p. 606.

[9] *Idem*, p. 618.

[10] *Idem*, pp. 547 y 570.

[11] *Idem*, p. 559.

[12] *Idem*, p. 631.

reconocieron la necesidad de que las materias sobre quiebras debían ser uniformes. Otras facultades dadas al Congreso implicaban la posible superioridad de la competencia federal. Durante los debates se extendió la jurisdicción en única instancia de la Corte para incluir asuntos en que participaron embajadores y pleitos entre estados y otros integrantes de la Federación. La fijación de la competencia en apelación (una de sus cláusulas provocó la crisis que condujo a la onceava enmienda) dio aún más motivo para esa extensión. La más interesante fue que se incluyera el derecho a un jurado como existía en el "derecho común" inglés en la fecha en que se adoptó la Constitución. La definición de "asuntos civiles" en el derecho común es donde se da la mayor flexibilidad; pero está en la amplitud de la cláusula sobre supremacía de las leyes federales y tratados, en donde se tiene la idea más clara sobre la enorme potencialidad de este poder federal.[13]

Si vemos racionalmente que los estados estarán protegidos por la enumeración de los poderes, extraña que el delegado Randolph en su discurso final explique el por qué de su decisión de abstenerse de firmar el documento.[14] La defensa hecha después en *El Federalista* no resuelve este punto crucial en el destino de la república.[15]

Los historiadores de nuestra época han puesto en vigor dos términos para distinguir las posiciones polares en el gran debate, un debate que empezó con la guerra de independencia y que todavía no termina. Los partidarios de los estados ahora se llaman "federalistas" y los de un gobierno central fuerte se denominan "nacionalistas". El día de la firma del famoso documento, el 17 de septiembre de 1787, las figuras simbólicas de estas dos filosofías de la ciencia de gobierno se levantaron: primero, una gran personalidad y autor del plan original, Randolph de Virginia; el otro, invocando como siempre la absoluta necesidad de la unidad, el imponente Franklin.

Excusándose en vista de su decisión de no firmar, las palabras de Randolph sugerían un último "arreglo" de los "arreglos", uno de mucha importancia por el momento y de simbólica importancia para el

[13] "Poder Judicial" aparece primero en las cláusulas XIV, XV y XVI para someterse a la Comisión de Detalle el 6 de agosto, habiendo esto sido aceptado por la Convención el 12 de julio, y dice así: "Resuelto que se debe establecer una justicia nacional, la que tenga un tribunal supremo, ...etc. ..." *op. cit.*, p. 383. Para la versión del Comité, véase p. 393. Su división XI contiene cinco secciones que definen la competencia general de los tribunales federales por crearse por el Congreso.

[14] Véanse las palabras de él y del doctor Franklin al clausurar la sesión final, *op. cit.*, pp. 650-651 y 637 para Randolph y pp. 653 y 657 para Franklin.

[15] *Op. cit.*, p. 624, art. III.

porvenir. Él sí firmaría si la votación era por unanimidad de los estados; esto dejaría fuera de la corriente del debate el hecho de que cuatro de las personas de renombre habían destruido de hecho esta unanimidad, aunque en todo caso habría sido una unanimidad ficticia, por parcial, ya que nunca asistieron a la convención todas las trece "colonias".

El discurso de clausura de Randolph necesita citarse aquí porque sus predicciones formaron parte del proceso de ratificación, y daría también lugar a controversias que hubo entre aquellos responsables durante este proceso en la persona de *Publius* de *El Federalista*. Después, esto daría lugar a la forma de los gobiernos y eventualmente de los partidos políticos. Y también abriría el camino filosófico que conduciría directamente a la guerra civil.

El día de la aprobación, sábado 15 de septiembre, Randolph con sus aptitudes normales,[16] expresó el dolor que sufría en diferir con toda la convención al terminar ésta su gran y tremenda labor, y buscó algún expediente que lo aliviara de su vergüenza haciendo una moción de enmiendas al plan que podían someterse a las convenciones estatales, para ser decididas en otra convención general. Pero si no aceptase su moción —dijo— se vería imposibilitado de firmar el documento; pero de momento no quería privarse de la libertad de oponerse en su propio estado e ignoraba si se opondría si este curso fuera el conveniente en su opinión final.

El lunes siguiente, día de la firma del documento "engrosado", Franklin dijo por boca de Wilson:

> Señor Presidente (el General Washington): Confieso que hay algunas partes de esta Constitución que en el presente no apruebo, pero no tengo la seguridad de si la aprobaría algún día. He vivido muchos años en que he experimentado tantas instancias en que he tenido que cambiar de opinión algunas de importancia, a raíz de mejores datos o pensamientos que me han llegado.
>
> Por esto, señor, estoy de acuerdo con esta Constitución con todos sus defectos, si existen, porque pienso que no hay ninguna forma de gobierno que no sea una bendición para su pueblo... Dudo mucho que en otra posible convención pudiéramos hacer otra Constitución mejor. Cuando uno convoca a un número de hombres para tener la ventaja de su sabiduría colectiva, uno reúne también inevitablemente todos sus prejuicios, pasiones, errores de opinión, intereses locales y puntos de vista egoístas. ¿Se puede

[16] *Idem*, p. 650.

de tal asamblea esperar un resultado perfecto? Me asombré, señor, que hemos llegado a algo tan próximo a la perfección, y pienso que será una enorme sorpresa para nuestros enemigos, que esperan confiadamente oír que nuestros concilios están tan confusos como una Torre de Babel, que nuestros estados están a punto de separarse para reunirse después en otra futura convención autosuicida.

Por esto espero ... que... recomendaremos esta Constitución hasta donde llegue nuestra influencia, para que nuestros pensamientos y energía futuros tornen hacia los medios de asegurar su buena administración.[17]

Y cambió su fórmula de firma de los estados por unanimidad.

Randolph se levantó entonces. Repitió la esencia de lo dicho el sábado anterior, agregando solamente que sentía profundamente el paso que tomaba; pero que, en su conciencia, no se permitía otro curso, porque para él su firma equivaldría a la aprobación.

Todos firmaron por estados, salvo únicamente Randolph, Mason y Gerry. Franklin, el alma siempre del grupo, tomó la palabra por última vez diciendo que había estado observando el sol pintado en la pared detrás de la silla presidencial; como los pintores tienen dificultad en expresar la diferencia entre el sol que se levanta del que se pone, se sentía alegre porque ahora, firmada la nueva Constitución, tenía la seguridad que el cuadro mostraba un sol en levante.

3. *Proceso de ratificación*

Aun estas facultades tan limitadas espantaron a los estados. Al salir de la última sesión, fue obvio que la ratificación de las dos terceras partes de los estados sería difícil sin la ayuda de una campana fuerte y bien llevada a su favor y con otro famoso "arreglo", el que dio nacimiento al *Bill of Rights,* o sea las primeras diez enmiendas, un paquete de derechos que limitaba el poder de la nueva Federación y protegía a los estados miembros. El derecho moderno y contemporáneo constitucional se deriva en gran parte de este paquete. Dicho en otra manera, las grandes libertades nacieron cuando hubo la doble imposi-

[17] *Idem,* pp. 653 y 654. Para entender la influencia de la Sociedad de Cincinnati (la mitad de cuyos miembros residía en Filadelfia) consulte la historia recientemente publicada por la prensa de la Universidad de Virginia, Minor Myers, Jr., *Liberty Without Anarchy: A History of the Society of Cincinnati,* Charlottesville, Va., 1983; es útil compararla con la influencia de los masones.

ción de estas limitaciones a los estados, al par con lo que históricamente se había aplicado solamente a la Federación, desde la época del conocido *New Deal* de Franklin Roosevelt, pero con más empuje todavía después de la Segunda Guerra Mundial. En mi conclusión, veremos si esta barrera de pergamino *(Parchment Barrier,* como la llamó el conocido jurisconsulto Edmond Cahn) es suficiente para defender las libertades esenciales de los habitantes actuales de los Estados Unidos.

El proceso de ratificación del documento que salió de los debates tuvo posiblemente más impacto histórico que el documento básico. La lucha de los estados grandes contra los pequeños y los del sur, con sus esclavos contra los del norte que no los tenían, tuvo su origen en estos famosos arreglos. Su posible ratificación y entrada en vigor se pospusieron, pero no resolvieron los conflictos fundamentales. El mismo tipo de conflicto tuvo la historia constitucional mexicana de lucha constante entre los partidarios de un gobierno central fuerte y una Federación con fuertes estados y débil gobierno central.

La Constitución representaba el triunfo de los que iban a llamarse "federalistas" (la terminología en ambos países es muy confusa). Sus contrincantes, los "estadualistas", abrieron inmediatamente una campaña antifederalista aún antes de finalizar la convención con la firma del documento el 17 de septiembre de 1787. Alejandro Hamilton empezó, casi en el mismo momento histórico, con la publicación del primero de sus ensayos en pro de la Constitución. Él sabía que el estado de Nueva York, uno de los cuatro cruciales, tenía en el gobernador Clinton a un líder antifederalista de enorme capacidad. Reunido después con John Jay y James Madison, hijo,[18] los tres fabricaron lo que ahora conocemos bajo el lema de *El Federalista.* Entre el 27 de octubre de 1787 y el 16 de agosto de 1788 aparecieron 85 ensayos, publicados simultáneamente en dos volúmenes. Aunque bien conocido, valen la pena unas palabras para recordar su contenido, pues representan todavía uno de los comentarios más fundamentales de la Constitución de Filadelfia. Hay una cosa muy curiosa en el cambio de posición de Hamilton: él había estado en oposición durante la convención porque la mayoría no participaba de su opinión de crear un gobierno lo más fuerte posible; una vez terminada la lucha interna, se puso de acuerdo con Franklin y Madison viendo la necesidad de que se ganara lo ya hecho.

[18] Triste es advertir que pocos años después los dos rompieron su compañía, cuando Hamilton se hizo miembro del gabinete del presidente Washington.

Para *Publius* fue muy fácil obtener el respaldo de su conciudadano neoyorquino, John Jay. La labor que cumplieron los tres se deterioró un poco debido a la rapidez de la producción y la obligación de enfocar los problemas políticos y polémicos, dada la oposición fuerte de Clintn. Como decía Rossiter[19] en su introdución: "Las páginas de *El Federalista* que señalan las debilidades de los Artículos de la Confederación son hoy día las menos interesantes. En 1787-1788 fueron de gran interés y para muchos partidarios de la nueva Constitución *El Federalista* valió principalmente por su crítica sin merced a los defectos palpables a la Constitución subsistente..." Además de haber destruido verbalmente la validez de los artículos, los hechos habían venido demostrando lo mismo. Ambos, Hamilton y Jay, tuvieron que enfrentar una nueva amenaza, la división de las trece ex colonias en varias confederaciones. "Hombres motivados (por pasiones personales) nunca han parado un momento para sacrificar la tranquilidad nacional en su ventaja o beneficio personal."[20] La historia indica que estos hombres siempre prosperan cuando puede haber conflicto entre las naciones.[21]

Hamilton, en el famoso ensayo 9, después de enumerar las virtudes del arreglo de Filadelfia, agrega una nueva[22] extensión a la órbita del nuevo gobierno. Hizo varias referencias al *Espíritu de las leyes* para enseñar a sus opositores el hecho de que, para Montesquieu, los grandes estados de aquel entonces, Nueva York, Pennsylvania y Virginia, tenían territorios mucho más grandes que las entidades que el barón tomaba como máximo para una república. Obviamente, la oposición había aplicado, no la esencia del pensamiento, sino un detalle. Hamilton cita entonces el famoso pasaje del libro IX en detalle, porque allí reside el argumento más fuerte del barón en favor de la nueva unión, lo que llamó una república confederada.[23]

[19] Editor de *El Federalista*, Mentor Edit., N. Y., 1946, p. xi.

[20] *Idem*, ver también el núm. 15, p. 105.

[21] *Idem*, núm. 1, pp. 33 y 34; núm. 2, p. 37, y núm. 6, p. 54. Cita en la p. 54. También ver p. 71. "Las pequeñas repúblicas de Grecia e Italia dan muestra de .... una vibración eterna entre los extremos de la tiranía y la anarquía."

[22] *Op. cit.*, p. 73.

[23] Ver libro IX, cap. 1, pp. 183 y 184. He usado la edición basada en el Compendio de la Primera Edición en inglés, traducción de Tomas Nugent, Londres, Nourse, 1750, publicada por la prensa de la Universidad de California, 1977, David N. Carrithers, edit. Hamilton cita de este capítulo los N. 3, 4, 8-11. Xarrithers, en su nota en p. 390, observa que, en el 9o., Hamilton hace recordar a sus lectores que una república confederada como la de América, puede ser mucho más grande que una república que no se compone de estados separados.

Decía Hamilton: "Estas declaraciones de Montesquieu hacen ... un sumario luminoso de los argumentos principales en favor de la Unión..." Terminando, Hamilton concluye con otra referencia a Montesquieu, citando el ejemplo de la confederación liciana donde la asamblea de las 23 ciudades-repúblicas integradas por tres representantes de las grandes, dos de las medianas y una de las pequeñas, nombraba a todos los funcionarios. El barón decía que Licia sería el modelo de una república confederada.[24] Hamilton indica que la suma de las facultades reservadas a los estados consta como una prueba clara de que su soberanía excede a la de los miembros de la confederación liciana. Entra entonces Madison en el número 10 citando como un gran valor de una unión bien construida al control de la violencia de facciones. El miedo de los líderes proconstitucionales residía precisamente en su temor de que los grupos faccionales podrían destruir los arreglos que tan difícilmente y en forma balanceada y delicada habían hecho posible el documento, pues estaban dividiéndose. Madison, en su número 39,[25] describe el carácter de la intervención del pueblo en su nuevo gobierno y menciona que interviene aún en el nombramiento de jueces y magistrados, aunque sea en forma remota.

Pasamos ahora a observar la comprensión de Montesquieu en los ojos de Madison. La introducción del ensayo 47 cita muchísimas veces la famosa doctrina de la "separación de poderes".[26] Los opositores dicen que: "... los departamentos del poder han sido distribuidos ... en tal forma que destruyen su simetría y belleza formal, y para exponer unas partes esenciales del edificio al peligro de que desaparezcan bajo el peso desproporcionado de otras partes."[27] Para esclarecer el error, Madison dice que: "... el oráculo más citado en esta materia es el celebrado por Montesquieu."[28] Él recomendó una separación más eficaz, pero con un sentido muy especial. Madison dice que Montesquieu tomaba la Constitución británica como modelo, "el espejo de la libertad"; también dijo que comprendió muy bien que los poderes no fueron perfectamente separados en Inglaterra. Madison daba especial énfasis a que es la posesión completa de dos o más poderes lo que representa el peligro de que "...sucumba una Constitución libre".[29] "Si la judicatura se une a la legislatura, la vida y la libertad del individuo

[24] *El espíritu de las leyes.*
[25] *Idem,* p. 242.
[26] Ver en general, pp. 300-303.
[27] *Idem,* p. 301.
[28] *Ibidem.*
[29] *Idem,* p. 303.

se exponen al control arbitrario, porque el juez es entonces legislador. Si se fusiona al Ejecutivo, el juez se portaría con la violencia del opresor."[30]

4. *Conclusión*

El proceso de entrada en vigor del nuevo documento puede dividirse en dos grandes etapas: la primera la llamo de formación de un gobierno y la segunda de reforma al nuevo gobierno. Esta división se debe a que los hechos de la primera etapa dieron razón a Randolph. El resultado que él quería se cumplió. Un gobierno bajo la nueva Constitución existió, pero solamente porque los estados dieron su permiso con la condición de que se pusiera inmediatamente en vigor lo que ahora se denomina como el *Bill of Rights,* las diez primeras enmiendas.[31] La transacción entre los dos grupos pudo completarse porque los líderes estatales, reconociendo el peligro señalado por Franklin y teniendo confianza en el liderazgo del general Washington, supieron muy bien que el momento de protegerse en contra del nuevo gobierno era cuando éste todavía estaba débil, aun mejor, cuando ni siquiera existía.

La primera etapa se concluyó con la ratificación del estado número nueve, New Hampshire, en junio de 1788. Se formó inmediatamente el proceso electoral y el primer Congreso ratificó el pacto con la creación del famoso *Bill of Rights.* Esta fase tiene implicaciones para el siguiente periodo que adelante veremos.

¿Qué era exactamente lo que temían los estados antinacionalistas? En el transcurso de los debates de los diversos estados y sobre todo en el inicio de la campaña de Nueva York, se puede ver muy claramente la línea divisoria. Además, la terminología también se transformó debido al esfuerzo de Hamilton, Madison y Jay. Desde mediados del año de 1788, se llamaron los que querían un gobierno fuerte "federalistas", y el grupo en contra sencillamente "antifederalistas". Durante las sesiones en Filadelfia sus dudas surgieron, pero en puntos indirectos. Los estados del sur pelearon para defender sus propiedades y por el derecho de importar más esclavos por veinte años; los del norte querían el poder para abrir el comercio con las Antillas. En

[30] *Idem,* libro XI, cap. 6,35, pp. 201-202.

[31] El título, intraducible al español, en su cuerpo se deriva remotamente de la llamada carta magna del siglo XII y de la *Bill* de la llamada "gloriosa revolución" de 1688-1689 de Inglaterra, la que estableció por fin la supremacía del Parlamento.

el fondo, ambos grupos vieron que facultades federales muy importantes eran adoptadas casi sin debate, tales como la supremacía de las leyes y tratados federales y el poder absoluto del Congreso sobre el territorio y los bienes del país.[32] Su gran temor residía en dos cláusulas que a continuación comentaré. La primera, la cláusula que daba al Congreso la facultad de adoptar leyes "apropiadas y necesarias" para cumplir con los poderes otorgados; aquí el debate sí fue al punto esencial y muy caluroso. Los expositores admitieron que este poder también fuese limitado. Pero la coincidencia con las modificaciones a la competencia de los tribunales federales y la Suprema Corte por crearse reanimaron su temor.[33]

El primer Congreso se reunió en Nueva York el 4 de marzo de 1789, y Washington se instauró como el primer presidente el 30 de abril del mismo año. Formando el gobierno tuvieron que honrar su promesa y se pusieron inmediatamente al estudio de la "ley de garantías y libertades de Virginia" como el modelo a seguir. La presencia de Madison en el Congreso, uno de los principales autores de aquella legislación, ayudó mucho. En general, la idea fue establecer límites específicos al poder federal. El primer Congreso también aprobó la "Ley Orgánica del Poder Judicial" de 1789, que estableció tribunales de circuito y jueces de distrito. El *Bill of Rights* fue su tercera ley importante. Otra más fue la creación de tres departamentos: Estado, Guerra y Tesorería. Ratificado por ¾ partes, entró en vigor en 1791.

II. La destrucción creadora y la guerra civil

Cuando terminó la era del ministro presidente John Marshall, dos puntos descriptivos de la futura función de la Corte se habían establecido. Él y sus colegas lo hicieron en una forma tan duradera que todavía hoy aceptamos el rol de la Suprema Corte, lo que hasta la fecha en realidad no ha cambiado. El punto más importante fue el establecimiento del poder de la Corte de declarar leyes del Congreso anticonstitucionales; el segundo punto fue la incorporación en el derecho norteamericano bajo la cláusula de supremacía del derecho internacional público. Obviamente, para una infante república cuya vida

[32] Para Madison, ver *op. cit.*, p. 304; Pinkney, p. 505, en el punto de territorio, y pp. 558-589.

[33] Para la última cláusula del último párrafo del art. 1o. (VII de la versión de 6 de agosto); ver *op. cit.*, p. 390. Randolph se excusó muy bien durante el debate sobre el alcance de la cláusula "entera fe y crédito", p. 570. La composición y formación de la justicia federal causó solamente breve discusión, *op. cit.*, pp. 316-319.

representaba un reto continuo a las monarquías europeas, defenderse con base en lo aceptado por la costumbre fue una resolución de mucha importancia.

Al mismo tiempo, dos puntos de igual importancia y de una influencia nefasta para el porvenir de la joven república fueron la fatal intervención sobre la extensión de la esclavitud negra y la aceptación de límites drásticos del poder federal, principalmente en materia mercantil. Se definió el poder federal de control del comercio entre los estados en forma muy estrecha, dando para el futuro problemas imposibles de resolver cuando el moderno Estado industrializado había surgido. Dejaba sin defensa a los obreros, granjeros, rancheros y campesinos, y fue necesario librar una lucha feroz para controlar los monopolios emergentes durante la llamada "edad de oro".

Cuando Roger Taney asumió el mando de la presidencia, todo esto estaba muy lejos de las mentes de los miembros de la Corte. Ellos estaban sometidos en la lucha intelectual entre las ideas de Joseph Story y las de Taney. Durante todo el periodo de Marshall, Story ocupó una posición fuerte, porque fueron sus conceptos jurídicos los que Marshall tomó y moldeó en sus opiniones. Ambos juristas estuvieron de completo acuerdo sobre la urgencia, como buenos federalistas, de hacer una Federación fuerte, y por esto sus opiniones extendieron los poderes federales usando la cláusula "necesario y apropiado". Pero, entrando en el campo mercantil, Story dejaba a Marshall. Story, en el proceso de escribir su magnífica obra *Conflicto de leyes*, veía muy claramente cómo los nuevos estados de la frontera no respetaban instituciones mercantiles que tenían mucha importancia para la comunidad de banqueros de Boston y Nueva York. A Marshall no le interesaba tal materia y dejó en manos de Story la defensa de aquellos intereses creados.

Taney tenía una mente muy diferente y a él sí le interesaba lo mercantil. Siendo del sur, él veía la necesidad de liberar a los nuevos capitalistas. Los del sur se estaban moviendo hacia Texas con su algodón; la infraestructura necesitaba flexibilidad; antiguos monopolios no deben detener el "progreso" material. Cuando en el norte se interesaban en canales y luego en ferrocarriles, Taney se metió en la pelea final con Story. Ausente su anterior respaldo del ministro presidente y con nuevos ministros venidos a la Corte, se veía con terror la posibilidad de perder el caso clave: el famoso caso del *Charles River Bridge v. Warren Street Bridge*.[34]

[34] *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 11 Pet. 420 (1837) esp. p. 552. Ver

Los antecedentes del asunto pueden entenderse fácilmente una vez vistos con la claridad de las posiciones de los contrincantes. El grupo que construyó el primer puente, Warren, tenía una concesión por 30 años; ellos, al terminar el periodo, pidieron una renovación. El otro grupo consiguió permiso para construir un puente competidor que estaría libre para el público, puesto que el costo de la construcción se cubriría con fondos públicos. Al entregar la concesión al nuevo grupo, los primeros entraron en litigio alegando ambos puntos fundamentales: 1o. Que tenían un derecho implícito de renovación porque habían llenado las condiciones previstas, y 2o. Que la legislatura no tenía derecho de usar fondos públicos para destruir sus bienes sin compensación. De hecho, la posición de Warren era débil. Habían recuperado su capital varias veces desde su operación y las condiciones de vida en Boston en aquella época hacían notorio el hecho de que era necesario otro puente. Solamente el derecho de hacerlo en la forma utilizada estaba en debate. Taney prevaleció por fin y Story se retiró prediciendo que la república marchaba directamente hacia el desastre. Pero la teoría de la utilidad pública, superior a concesiones de monopolio, había triunfado. Sería de enorme importancia cuando el Congreso decidió entregar bienes del público para la construcción de ferrocarriles.

III. El debido proceso legal al servicio del estado imperialista

Triunfante en la guerra fratricida y liberado de la influencia moderadora de Lincoln con su asesinato, el nuevo partido republicano impuso un régimen punitivo en los estados de la confederación derrotada. Causa inmediata y de importancia fue la reacción de los blancos, movimiento de reivindicación de su poder sobre los negros, sus antiguos esclavos. La Corte intervino frenéticamente para dar permanencia al esclavismo "de hecho" en su famoso fallo de *Plessy v. Ferguson*.[35] Su infame doctrina de "separado pero iguales" estableció el famoso *jim crow*, situación en que nunca fue posible para los negros conquistar igualdad, los votos y las armas de fuego; mas el aparato

también otro caso muy importante tratando el mismo tema, *West River Bridge v. Dix*, 6 How. 507 (1848). Para esta sección estoy en el deber de la obra pionera de Stanley I. Kutler, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case;* ver también Scheiber, "Federalism and the American Economic Order, 1789-1910", 10 *Law and Society* 57 (1981), pp. 78-80.

[35] 163 U.S. 537 (1896).

total de los estados sureños estaban en manos de los blancos. Este fallo nos costó la matanza de más de cien negros por año, hasta los años 20 de este siglo, por la famosa "Ley de Lynch" (Lynch fue un juez fronterizo). Nos robó casi un siglo de retraso en el respeto para los derechos civiles.

No obstante la cultura antiminoría, los problemas de los negros, indios, mexicanos y esquimales estaban muy al margen de la nación. Lo que sí da timbre y color a esta época fue el hecho de la clausura de la frontera, constante válvula de escape desde la primera ocupación de los terrenos de los nativos en el siglo XVII. El historiador de la frontera, J. F. Turner, estableció la terminación del ferrocarril transcontinental en 1872 como la fecha. Lo que importa para nosotros es que el tribunal tuvo que volver su atención a los casos que iban a determinar cómo se haría el desarrollo del país y quién tendría derecho a los productos del desarrollo. Dos fenómenos sobresalen en este proceso. La posguerra había agregado tres enmiendas a la Constitución; fundamento de la nueva época fue la central de éstas, la famosa XIVa. Utilizando la cláusula del debido proceso de la ley, la Corte conquistó dos objetivos cruciales en su determinación: iban a dominar los capitalistas y luego el grupo que salió de ellos, los imperialistas. Cuando la Corte decidió en favor de una doctrina ilimitada de la libertad de contrato y la convirtió en la noción de que el obrero tenía la misma libertad que el dueño, el tono fue determinante.

Luego agregaron a su noción fallos que dieron validez a la legislación estatal antisindicalista. En muchas partes del país no fue posible tener un sindicato obrero hasta comienzos del siglo veinte. Para el país en su totalidad se necesitaba la Ley Norris-LaGuardia del *New Deal* para que los sindicatos de las industrias básicas pudieran emerger. Así fue que en los años 1870-1935 no hubo freno a los capitalistas.

Además, una política de libre inmigración (muy al contrario a la presente) atrajo olas consecutivas de irlandeses, alemanes, eslavos, orientales (prohibidos después de 1881, pero nunca de hecho) y, finalmente, en orden cronológico, escandinavos, italianos y griegos. (Cabe notar que los dos últimos grupos difieren de los anteriores en dos sentidos: que remitieron más fondos a sus países de origen y que muchos regresaron una vez conquistados fondos suficientes). Esta nueva inmigración duplicó la población y dio un sinnúmero de brazos listos para entrar en el mercado, dando así realidad a la noción de libertad contractual. Siempre existía gente que se podía emplear para romper huelgas. En fin, la Corte convalidó la famosísima *injuction laboral*

que se había establecido en la legislación de los estados industriales. Para ver la importancia de esto, cabe hacer notar un fallo de importancia subsidiaria, el que dio "ciudadanía" para las sociedades mercantiles e industriales debajo de la cláusula del debido proceso, permitiendo esta competencia a los tribunales federales a base de diversidad de ciudadanía. Fue solamente en la primera década del siglo XX cuando el exceso de uso de este instrumento para invalidar la legislación social estatal, en que la presión política forzó la creación de una ley creando tribunales de tres jueces del distrito federal, si se trataba de impugnar por *injunction* una ley estatal con base de ser anticonstitucional.[36]

El movimiento del simple capitalismo de monopolios hacia el imperialismo como fenómeno socioeconómico está fuera del tema, pero su lado judicial sí debe notarse. Se puede ver en los últimos años del siglo XIX fallos indicando que hay límites en la capacidad del tribunal para intervenir en materia social, cuando ésta sea adoptada por la legislación estatal. La resistencia popular causó la adopción de una ley federal antimonopolio, la Ley Sherman. Implícitamente, ésta puso límite a la libertad de contratar. Pero mucho más importante fue el fallo en el caso de la Standar Oil[37] en la época del primer Roosevelt. Aún de más importancia en nuestra historia fue el fallo declarando anticonstitucional un impuesto sobre la renta progresiva. Esto fue lo que llevó al Tribunal Supremo el ministro Oliver Wendell Holmes, personaje que daría timbre a este tribunal por más de medio siglo. La lucha para imponer terminó por fin en una enmienda constitucional y así la base del nuevo Estado de servicio fue puesto en su lugar.

Otro aspecto de la época roosveltiana fueron los primeros pasos hacia una cultura de conservación de la riqueza natural del país con la formación del primer parque nacional, que fue otro freno a la libertad de contrato. También la Corte dio validez a la primera ley para el control de calidad y pureza en comestibles, drogas y productos farmacéuticos.[38] Aquí, la causa de la presión política fue la conocida no-

[36] Originalmente por ley 36 Stat. 539, 557 (1910) redactada en 1911, ahora 28 USCA 2281. Cabe notar que en 1976 se limitó el uso para ayudar a los tribunales en bajar el peso de calendarios, ver 90 Stat. 1119. En general, tratamiento de la *injunction*, ver Tribe, *American Constitucional Law*, 1978 (citada Tribe), pp. 144-156.

[37] *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U. S. 1 (1911). Hay una discusión detallada de este caso básico y otros de importancia en Willoughby, *Constitutional Law of the United States*, 2a. edic. N. Y. Baker, Voorhis y Cia., 1929 a pp. 864-892. Para Standard Oil, ver p. 875.

[38] Título técnico Food and Drug Act of 1906, 34 Stat. 768; declarada consti-

vela de Upton Sinclair, *La selva*. Hemos llegado a plena época de los críticos del imperialismo y plutocratismo por un grupo llamado *muck-rakevs* (algo muy semejante a las críticas al régimen porfiriano en los primeros años de este siglo; cabe notar que la traducción literal de la palabra sería "destapadores de basura deshecha y podrida").

La conciencia social llevó al país directamente a la época de Wilson. Internamente, su régimen estableció en defintiva el dominio en materia socioeconómica del orden público, el famoso *police power*. A la vez, hay que admitir que el tribunal dio su sello de aprobación al nuevo imperio, en los famosos casos "insular". Fallos reunidos bajo el famoso lema de "Mr. Dooley" (invención literaria de Peter Finley Dunne), "La Constitución sigue la bandera, pero lentamente". No podemos todavía medir la influencia final del nuevo imperialismo. Sin duda, ha tenido impactos casi sin límite; hemos vivido la cruel guerra de Vietnam, la locura de la política de "dos Chinas", y ahora el intervencionismo en Centroamérica y el Caribe. Todo esto producto directo de la guerra con España.

La participación de la Corte fue mínima en este periodo, hasta la llegada del *New Deal*. No hay que hacer muchos comentarios a la época de las *roarling* 20s.; ni tampoco con la caída de la bolsa de valores y la gran depresión. Solamente, cuando hubo la revolución popular, fue que sus ideas conservadoras empezaron la formación de la crisis más grave en la historia de la Corte. La batalla se enfocó en el famoso caso *Lochner v. New York*[39] que había establecido la doctrina, llamado debido proceso substantivo. Dada las necesidades del *New Deal* y Franklin Roosevelt, había llegado el momento de removerlo, pero la mayoría resistía.

IV. El New Deal y la formación de Estado de servicio

Cinco ministros de la Suprema Corte en contra de la nación fue un fenómeno único en la historia de la república. La elección de Franklin Roosevelt en 1932, en combinación con los famosos "cien días" de la primavera de 1933, rescató al país de la revolución y puso en su sitio lo fundamental del moderno Estado de servicio. La mayoría de la Corte declaró cada medida anticonstitucional, pero el Congreso res-

tucional en *Hipolite Egg Cia. v. U. S.*, 220 U. S. 45; ver discusión en Willoughby, *op. cit., supra* 37, p. 981.

[39] 198 U. S. 45 (1905). Ver la discusión de la era de Lahner y su desaparición en Tribe, pp. 434-455.

pondió inmediatamente con la invención de una variante. Además de la abolición de la enmienda Platt liberando a Cuba y su política del "buen vecino" con comercio recíproco con América Latina, podemos ver los peldaños principales del Estado de servicio: seguro social, comisión reguladora de bolsas y valores, comisión de comunicaciones, autoridad del valle del Tennessee, la Ley Norris-La Guardia creando la junta nacional de relaciones obrero-patronales y muchos más. El Cuerpo de Ciudadanos Conservadores, la Administración de Obras Públicas y la Administración para Labores Progresistas formados para terminar con el desempleo, pusieron en su lugar obras que están todavía sirviendo el bienestar público. No obstante la ingeniosa maniobra que tomara el Congreso, la mayoría de la Corte siguió sus declaraciones de anticonstitucionalidad por votos de 5 a 4. Por fin, el presidente, antes de la reelección de 1936, decidió romper la crisis aumentando el número de ministros de la Corte.

Con la victoria electoral tan aplastante de FDR en 1936, le fue posible abandonar su plan de *courtpacking* porque los cuatro ministros conservadores dimitieron después de que un miembro de su grupo los abandonó en vista del respaldo nacional que en el *New Deal* había conquistado con el pueblo. En un año, Roosevelt nombró cuatro ministros y su programa, no menos que el país, fue declarado constitucional. Hay que admitir que la oposición de la Corte había forzado el mejoramiento, en su sentido formal, de la legislación, debajo de mucho de la cual todavía vivimos —o quizá sería mejor ahora decir vivíamos—, ya que el actual régimen de Reagan está terminando con mucha de la estructura rooseveltiana en su afán por la de regulación.

Al mismo tiempo que la nueva mayoría daba validez a la estructura de Estado de Servicio, debemos notar que los fallos tocaron fin a la doctrina de *Lochner v. New York*. Lo que vino a preocupar a los abogados y jueces fue cómo controlar este nuevo Estado dominado por el llamado cuarto poder, el poder administrativo. En aquella época, todavía había un grupo de políticos que temía este poder discrecional y fue necesario un número de años de experimentación, efectivamente, hasta después de la II Guerra Mundial en 1948, hasta que veamos puesto en control la Ley Procesal Administrativa. El objeto básico fue la separación de las funciones de investigación, de formación de reglamentos y, finalmente, acusación de violación, enjuiciamiento y sentencia. También hubo debates encarnados en el Congreso sobre hasta qué punto debe permitirse apelación a los tribunales de derecho común y a qué punto debe respetar la determinación admi-

nistrativa de los hechos. El Congreso decidió que las funciones de acusación y litigios tenían que ser independientes. Nadie, ni el Estado, tenía derecho de ser Juez en su propio asunto. Ecos del debate de *El Federalista* y Montesquieu. No obstante, la separación de funciones dieron ciertas ventajas al gobierno. La primera, que los reglamentos se presumían correctos, con su publicación en el diario oficial y el derecho del interesado a objetarlos; además, cuando hubo apelación al derecho común, el particular que contestaba la acción administrativa por anticonstitucional tenía el peso de prueba. Naturalmente, hemos visto agregarse muchos detalles al pasar de los años; pero el concepto fundamental de entregar el control de muchas actividades a las agencias y entidades descentralizadas no ha cambiado. Hemos visto un incremento constante en el número y la complejidad de tal tipo de organismo. Ningún presidente, desde Roosevelt a la fecha, ha podido bajar significativamente el número de burócratas.

Con la muerte de la doctrina de debido proceso substantivo de Lochner, vemos muchas ideas nuevas en la jurisprudencia de la Corte. De suma importancia fue la expansión de la noción de comercio entre los estados. Se recuerda que los constituyentes mexicanos tuvieron la inteligencia de hacer de toda materia comercial una materia federal. Los de Filadelfia hicieron la separación entre comercio entre estados y comercio dentro de un estado. Cada tipo de comercio se regía por leyes diferentes; entre estados y exterior del país, por la legislación federal, y el otro, local, por la legislación estatal. Obviamente, hemos visto, y vemos todavía, un sinnúmero de fallos tratando de distinguir y también tratando de determinar cuándo alguna ley estatal interfería indebidamente al comercio entre los estados. En dos campos de importancia, el salario mínimo y los derechos civiles, vimos la invención, bajo un concepto enormemente expandido del comercio interestatal, la venida de la noción del porcentaje. Si en una actividad se veía un porcentaje significativo del comercio interestatal, la totalidad se podía regir por normas federales. Lo mismo sucedió con aguas navegables, hasta tal punto que hoy en día no hay una gota de agua que caiga en el país que no esté controlada por alguna ley federal. No quiero dar la idea de que los estados llegaron al punto de desaparecer; en ningún sentido. Lo que estaba haciendo la Corte fue reestablecer un balance razonable entre los poderes, después de dos generaciones en que los ministros habían debilitado el poder del gobierno central a favor del de los estados, donde los grandes industriales podían ejercer su voto en contra de toda actividad que amenazara sus ganancias.

Se ha de notar que hubo épocas cortas de dominio populista, especialmente en los estados del antiguo noroeste, Minnesota y Wisconsin, y entonces ellos recurrieron a la Corte para conseguir declaraciones de anticonstitucionalidad, en base de que tal legislación los privaba de su propiedad sin el debido proceso de la ley. Se trataba, en aquellos fallos, de legislación básica, como el derecho de reglamentar horas de trabajo de niños y mujeres, tarifas para almacenes de trigo y tarifas de transporte por ferrocarril.

Además de corregir el balance de poder, dieron validez a otras medidas tachadas de socialistas. La venta de electricidad de la TVA como *yardstick* para ver si los precios de las compañías privadas eran justos; la venta de electricidad producida por las grandes presas, como Bonneville y Hoover, a entidades fue aprobada, aunque la Corte retrocedió un poco cuando rehusó el contrato entre la Autoridad de Gran Coulez y la Cía. Pública de Seattle.

Inmediatamente después de la II Guerra Mundial, vemos un cambio de enorme significación en la jurisprudencia de la Corte. Por primera vez se juzgó la aplicación obligatoria a los estados de una norma derivada del *Bill of Rights*.[40] Durante cinco años (o sea el primer periodo de Eisenhower), casi todas las normas de importancia en el campo penal y de la primera enmienda se extendieron utilizando la 14a. como vehículo. Se vio también en *Shelley v. Kraemer*[41] la lucha para proteger a las minorías raciales y étnicas, lucha que culminó en 1954 con la abolición de la doctrina "separado pero igual" por el conocido fallo de *Brown v. Board of Education*. Naturalmente, la Corte siguió haciendo caso a movimientos públicos, sobre todo cuando éstos se reflejaban en votos; pero hay que hacer excepción a su actuación durante la época de McCarthy. Sus fallos en el caso de los líderes del partido comunista, lapsos graves en una historia de actuación conforme con la opinión pública. Se podía citar otros decididos bajo la influencia de la II Guerra Mundial, la renovación de los japoneses

[40] El movimiento hacia la "incorporación" fue un hecho de años antes de Eisenhower. En 1947, *Adamson v. California*, 332 U. S. 46, vio la pérdida de la incorporación total por un voto. Yo he escogido la fecha 1949, año de *Wolf v. Colorado*, arbitrariamente. Debe entenderse que no se incorpore literalmente; ver la discusión en Tribe, 567-570, y especialmente la disendencia del ministro Harlam, en *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 543 (1961): "[T]he full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the constitution."

[41] 334 U. S. 1 (1948) y discusion en Tribe, a p. 1156.

general Yamashita.[42] Afortunadamente, la historia del tribunal en la era del ministro presidente Warren borró en gran parte estos errores.

V. El problema político y la revolución procesal

Desde los primeros años de la república, la Suprema Corte decidió evitar su intervención en conflictos con o entre los otros dos poderes de la costa del pacífico a campos de concentración y la condena del Estado. Habiendo rechazado los litigios entre ciudadanos de un estado y otra entidad federactiva con la Xlava. enmienda en contra del fallo del Tribunal, la Corte acató a esta decisión por más de un siglo y medio. Por fin, la "cuestión política", doctrina creada para excluir este tipo de pleitos, cayó frente a la presión de otro movimiento: la demanda de forzar la modificación de patrones de representación en las legislaturas estatales. En la Florida, por ejemplo, el desequilibrio había llegado al punto que ciertos condados de la península tenían 10 veces más el poder electoral que condados de la llamada "costa de oro" (Palm Beach, Broward y Dade). *Colegrove v. Green*[43] destruyó este tipo de *rotten borough* con la doctrina de "una persona, un voto", y a la vez destruyó el límite ejercido bajo la doctrina de la "cuestión política". Para la Corte fue triste que la noción que lo había aislado de los conflictos entre el presidente y el Congreso se derrumbó en el momento histórico en que la potencia de esta tensión subía cada año. El descargo de la tensión llegó por fin en dos conflictos clásicos: el caso Nixon[44] y sus cintas y su derecho a controlar los documentos personales, y en el recién fallo Chadha[45] aboliendo por anticonstitucional el "veto legislativo".

El asunto del veto legislativo es clásico para demostrar el inevitable conflicto y explica su forma y razón de ser. La constitución da al presidente el poder del veto para protegerse contra excesos legislativos; pero su poder está estrictamente limitado. El mismo documento da el derecho de entregar fondos al Congreso. Cuando a Nixon no

[42] *In re* Yamashita, 327 U. S. 1 (1946) y de la detención y relocación de los japoneses, *Korematsu v. United States,* 323 U. S. 214 (1944) y *Hirabayashi v. United States,* 320 U. S. 81 (1943) y ver discusión en Tribe, p. 1013.

[43] 328 U. S. 549 (1946).

[44] *United States v. Nixon,* 418 U. S. 683 (1974), y *Nixon v. Administrator of General Services,* 97 S. Ct. 2777 (1977), y la discusión en Tribe, 201-219 y 487-501.

[45] *Inmigration & Naturalization Service v. Chadha,* 462 U. S. 919 (1983), y la valiosa discusión en Franck y Bob, The Return of Humpty-Dumpty: Foreign Relations Law after the Chadha Case, 79 Am. J. Int. L. 812 (octubre 1985), y las muchas notas allá citadas.

le gustaba cierta legislación, decidía incautar los fondos y gastarlos discrecionalmente en otros programas. Mientras tanto, el Congreso también tuvo la impresión de que ciertos fondos, dedicados a fines específicos, no estaban administrados dentro de los términos de la discrecionalidad entregada por el Congreso al Poder Ejecutivo. La gran desconfianza llevó al Congreso a incluir en muchas leyes la facultad de revocar actos del Ejecutivo, por ambas cámaras o por una sola. Habían usado esta actuación antes, data del *New Deal,* pero muy a menudo. Durante la era nixoniana se aumentó enormemente. En el caso de Chadha se trataba de la discreción del procurador general de suspender la deportación de individuos que él consideraba que habían satisfecho ciertos requisitos. El Congreso, por la Cámara, conservó por periodo de dos años el poder de cancelar tal suspensión por sencilla resolución, así privando de la indicada de la ciudadanía. El ministro presidente Burger aprovechó la ocasión para liquidar totalmente el veto legislativo.

Se puede ver, en esta forma, que el Congreso tenía que buscar otras vías para protegerse. Esta lucha se ve ahora muy claramente en los movimientos populares presionando al Congreso para limitar la discreción de Reagan en Centroamérica. Hemos visto prohibiciones de utilizar fondos, hasta los normalmente, dentro de la discreción del presidente, resoluciones conjuntas y otras direcciones más específicas. Esto responde al sentimiento abrumador de la mayoría del Congreso de no meter los Estados Unidos militarmente allá. No quieren matar más jóvenes inútilmente y todavía se acuerdan de la forma en que el país casi se destruyó en Vietnam. Como este control tenía que ejercerse en uno de los dos campos en que el tribunal todavía tiene una limitación a su intervención por doctrina parecida a la "cuestión política", los poderes del presidente como jefe supremo de las fuerzas armadas y su poder de conducir las relaciones exteriores de la nación, el Congreso ha tenido que actuar en la forma más imaginativa para controlar al presidente y evitar litigios al mismo tiempo.

Otros casos de conflicto tienen materias de mucho más interés para los profesionales. En 1938 culminó un movimiento para reformar las reglas de proceso civil en los tribunales federales. Antes de terminanarlo hubo una lucha entre el Congreso y la Corte que, por fin, se resolvió con una transacción. El cambio básico tenía que aprobarlo por ley; modificaciones posteriores podían hacerse por orden del tribunal. No entro aquí en lo substantivo del cambio en detalle; basta decir que hasta esa fecha, los tribunales federales en materia de diver-

sidad de ciudadanía habían estado obligados a fallar de acuerdo con las reglas procesales del estado en que se encontraban, la llamada conformidad procesal; en cambio, por la doctrina de *Swift v. Tyson*[46] tenían, a falta de ley local, la facultad de usar el famoso derecho común federal. Se sabía que este último iba a ser revocado, como lo fue en el fallo de la Corte en *Erie Railroad v. Tompkins*.[47] En la revolución procesal ayudó la competencia de los tribunales federales, tanto en cuestiones federales como en diversidad. Más allá de la existencia de materias como audiencias prelitigio, el arreglo previo, litigios por clases y muchas otras innovaciones, causó en pocos años la modernización procesal en casi todos los estados. Supongo que ahora lo mismo sucederá con las nuevas reglas federales de la prueba, otro campo en que se necesita sobremanera la ventilación de las ideas del siglo XX.

VI. La suprema corte y el conflicto de leyes

La revolucionaria intervención de la Corte en el control de la selección de reglas para resolver los asuntos ventilados en los tribunales estatales es de reciente creación. Hasta hace menos de una década, la Corte se preocupaba casi exclusivamente de materias sobre normas que decidían los tribunales federales en juicios tales como la diversidad de ciudadanía o la definición de la esfera de la cláusula de entera fe y crédito. Es cierto que había habido fallos de gran importancia como la decisión de Holmes en *Slater v. Mexican National Railway;*[48] pero el año de 1939 marca el comienzo de la revolución. Debido sobre todo a la constante preocupación de Brandeis por las injusticias derivadas de las reglas de *Swift v. Tyson* y la forma como los tribunales federales aplicaban el derecho federal común, él conquistó una mayoría de la Corte para fallar en *Erie v. Tompkins* que la centenaria decisión se había basado en un error fatal, la de la interpretación de la palabra "ley" en la Ley Reglas de Decisión de 1789,[49] y que por esto no existía razón para un derecho común, sino que los tribunales federales en materia de diversidad tenían que aplicar la ley del estado en

[46] 41 U. S. (16 Pet.) 1 (1842).

[47] 304 U. S. 64 (1938).

[48] *Slater v. Mexican National Railroad Co.*, 194 U. S. 126 (1904), y ver la discusión del caso y de las varias apreciaciones del conflicto de leyes de Holmes, Beale, etcétera, en un tratado muy bueno, Scoles y Hay, Conflict of Laws, West, St. Paul 1982 at p. 14 *et seq.* Para su discusión de la 2a. Restatement, *id.*, at 34.

[49] Las reglas se encuentran en sec. 34, del Acta de la Judicatura de 1789 codificadas ahora n. 28 USCA 1652.

que se encontraban. Como vimos antes, Brandeis aprovechó la otra parte del cambio fundamental en los tribunales federales, la adopción de las reglas federales de procesal civil.

La preocupación de la Corte empezó como resultado indirecto de la destrucción, a manos de unos profesores-jurisconsultos, de la noción de "derechos asentados", auspiciado por Holmes, basándose en Story y respaldado por el profesor Beale, autor del primer *Restacement* de la materia. El ataque fue lidereado por Cook y Lorenzen, pero tomó un vigor más eficaz con Ehrenzweig, quien montó un ataque en contra del profesor Reese reportero del segundo *Restatement* de Conflicto de Leyes. También intervino fuertemente otro ilustre profesor, Brainerd Currie, quien contribuyó con su teoría del "interés público" como base para la selección de la ley que debía gobernar un pleito.[50]

Se pueden ver varias corrientes reuniéndose para dar base a la revolución. La creación de una economía nacional después de la II Guerra Mundial, la movilidad de la población, la concentración de la fuerza económica en las manos de muchos oligopolios que podían dominar la formación de contratos y, finalmente, la creciente intervención del poder federal en materias de importancia en zonas antes dejadas para el ejercicio del Poder Legislativo estatal. En contra de este último fenómeno, vimos el desarrollo exagerado de los tribunales estatales, con la invención del "brazo largo". Acompañando el "brazo largo" vino una noción, también exagerada del orden público estatal. Se debía a la necesidad de proteger a los consumidores de productos y servicios defectuosos; pero, poco después, se extendió al derecho de familia. Este último movimiento causó, al fallar la Corte en *Kulko v. Superior Court,*[51] un atentado al restringir el movimiento sólo parcialmente exitoso.

La base fundamental de todo siguen siendo las reglas de *Pennoyer v. Neft,*[52] sobre todo la segunda regla de competencia sobre la persona, que a su vez daría lugar a un fallo que los demás estados tendrían que respetar dándole "entera fe y crédito". Tal competencia se basaba en el emplazamiento personal de la demanda dentro del territorio del tribunal de que se trataba; esto era así, aun sin que existiera otra conexión entre el asunto ventilado y el estado de que se trataba.

La larga caminata de la Corte para llegar al momento de imponer controles sobre los estados se vio primero en el campo de la compe-

[50] *Supra,* n. 48 acerca de Currie, *op. cit.,* p. 16 y 565.
[51] 436 U. S. 84 (1978).
[52] 95 U. S. 714 (1878).

tencia y no en materia de selección de normas. Hasta ahora, no obstante la citada revolución, los miembros del alto tribunal no han explicado claramente su noción de la diferencia.

No obstante, fue en la distinguida Corte de Apelaciones de Nueva York (curiosa conservación del título de la época colonial que equivale en los demás a la Suprema Corte Estatal) donde la revolución comenzaba; se debió a dos fenómenos de nuestra era: el avión y el automóvil. En ambos casos, la Corte tenía competencia usando normas tradicionales. El primer caso[53] presentó los hechos siguientes: un automóvil neoyorkino chocó en Ontario con otro local; las reglas substantivas que gobernaban la responsabilidad del chofer eran diferentes; la ley de Ontario requería culpa grave para indemnizar; la de Nueva York culpa ordinaria o leve; la Corte tenía que revocar la regla de selección de norma tradicional en materia de *torts,* que era la ley del lugar del accidente, para permitir el cobro de daños y perjuicios al neoyorquino. Así fue como empezó la destrucción de las normas del profesor Beale.

Casi inmediatamente después, la Corte de Apelaciones tuvo que intervenir en los casos derivados de la caída de un avión de la Northeast,[54] lleno de pasajeros neoyorkinos con destino a unas islas al sur del Cabo de Massachusetts. Aquí, el problema se derivó del hecho que en aquella época Massachusetts tenía una limitación de $15,000 dólares, para daños, por muerte ilícita *(wrongful death),* limitación que no existía en Nueva York (y ahora tampoco en Massachusetts). La demandante fue la viuda de un médico, representando a sus varios hijos, y no dudaba la competencia sobre la línea aérea. Por primera vez, el tribunal utilizó la teoría de los intereses de Currie, fallando que, obviamente, Nueva York tenía mucho más interés en proteger a sus ciudadanos, pues si no podían recuperar una suma adecuada, tendrían que mantener a la familia con fondos públicos, cosa que no podía recaer sobre Massachusetts cuya legislación obviamente no había sido adoptada con intención de regir los destinos de no ciudadanos. Veamos que con este fallo se abrió la puerta a modificaciones drásticas del pensamiento en el campo del conflicto de leyes.

Aunque el derecho norteamericano no hace una distinción formal entre lo civil y lo mercantil, sí hay diferencias de hecho. Primero hay que notar que en los contratos entre iguales se acepta universalmente

[53] *Babcock v. Jackson,* 12 N. Y. 2d. 473, 191 N. E. 2d. 279 (1963), y discusión en Scoles y Hay, *op. cit. supra,* n 50, p 594.

[54] *Kuberg v. Northeast Airlines,* 9 N. Y. 2d. 34, 172 N. E. 2d. 576 (1961).

la cláusula de selección de normas y que se nota un movimiento fuerte para permitir la selección del lugar competente, siempre que haya alguna conexión legítima entre la jurisdicción seleccionada y el contrato. Exactamente ocurrió lo contrario en los llamados contratos de adhesión, en donde una de las partes no tiene igual potencia económica, y si quiere obtener el bien, tiene que conformarse con las condiciones contractuales ofrecidas. Los estados de residencia de los obligados normalmente reserven el derecho de aplicar sus normas en contra de una selección de otro lugar, sobre todo en materia de préstamos y ventas con reserva de dominio. Hemos visto que aquí fue el área en que la Corte aplicó las nociones del debido proceso legal. Los fallos en materia mercantil formaron la base de las decisiones más tarde en materia de alimentos.

Pero fue en materia de seguros y en la de las actividades de sociedades mercantiles donde se presenció una revolución. En un asunto de la Compañía Greyhound[55] que se originó en el estado de Delaware, sede de muchas sociedades por estar bajo la influencia de los Dupont, se aplicó el principio de la ley más favorable para el control de las grandes sociedades. El estado tenía una ley que le daba competencia personal sobre directores de la sociedad delawarense. Los hechos que originaron el litigio ocurrieron en Oregón y la Corte revocó el fallo de Delaware declarando en una famosa opinión de Marshall que no se podía ejercer competencia personal si no existía una relación o conexión legítima entre lugar, persona demandada y materia en litigio. Claro que no fueron muchos años antes de que se aplicara esta regla en el campo de selección de normas de decisión. Dos casos deben citarse: *Worldwide Volkswagen v. Woodson*[56] y *Allstate Insurance v. Hague*.[57] La regla a aplicar es la misma, o sea que dependiendo de los factores de la doctrina enunciada por Marshall, faltando la coincidencia, no se puede aplicar el derecho del lugar del litigio; existiendo los factores en otro lugar se pueden aplicar, aunque resulte en variar las obligaciones del contrato. Hemos llegado al momento en que tiene uno que pensar que se ha revivificado *Slater v. Mexican Railway*. Holmes estaría muy satisfecho, pero no con el racionamiento. Así podemos decir que vivimos en una época en que las nociones de debido proceso e igual protección operan ahora con todo vigor en el conflicto de leyes.

[55] *Shafer v. Heitner*, 433 U. S. 186 (1977).

[56] *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U. S. 286 (1980).

[57] N. W. 2d. 43 (Minn. 1979) afirmado 449 U. S. 302 (1981), y la discusión en Scoles y Hay, p. 85.

1. *Privacía*

Obviamente, los constituyentes heredaron del derecho inglés ciertas nociones primitivas de protección de la persona. Éstas yacían principalmente en el derecho penal, tales como el derecho constitucional que prohíbe la autoincriminación, derecho a no tener castigos crueles y los derechos más abstractos que garantizaban el debido proceso. Se extendió la noción de personalidad a la residencia de ciudadanos, prohibiendo en otra enmienda el alojamiento de soldados en tiempos de paz. Pero hubo dos grandes defectos. El primero, que fue fundamental durante más de un siglo de la existencia de la república, fue la exaltación de la libertad contractual y la existencia de la esclavitud humana; ambas cosas se combinaban para privar a la mayoría de la población de la base económica que podría dar sentido a los otros derechos (ver el hecho de que, todavía hoy, la mayoría de los condenados a la pena de muerte son negros), y la segunda, más importante aún, el hecho de que las limitaciones o derechos no afectaban a los estados. Como vimos, las garantías del *bill of rights* no se aplicaron a los estados sino hasta después de la II Guerra Mundial, y aún no se aplican en su totalidad. Todo esto llevó a los fenómenos de la "edad de oro", cuando el futuro ministro de la Corte Brandeis y su colega y socio Warren escribieron su ensayo clásico *El derecho a la privacía*.[58] Cabe notar que ellos se preocupaban más, aunque no exclusivamente, de la amenaza al individuo del poderío económico de las nuevas fuerzas dominantes en la política nacional. Hay que recordar que se estaba todavía en la época en que los hombres ricos compraban abiertamente sus togas de senador. Durante el desarrollo de sus ideas, la idea central se expresó en esta forma: el derecho a que le dejen a uno solo sin estorbos. Si se podía frenar la potencia intervencionista del gobierno, ellos decían que el individuo tendría mayor posibilidad de protegerse. De esto, hasta la creación del derecho por la Corte, han de pasar más de tres cuartas partes de un siglo. También fue necesario llevar la noción a un campo que habría sido imposible que fuera materia de un litigio constitucional para los señores Brandeis y Warren, y que permitió la fundación de una de las nuevas doctrinas constitucionales que hoy día tiene suma importancia. Se llegó al caso *Griswold v. Connecticut*[59] por un camino que no indicaba la forma de solucio-

[58] Brandeis y Warren, "The Right of Privacy", *Harv. L. Rev.*
[59] 381 U. S. 479 (1965) y discusión en Tribe, p. 570.

narse. Durante el periodo después de la II Guerra Mundial, una organización en favor del control de la natalidad, *Planned Parenthood*, estaba metido en una serie de litigios contra los estados de Massachusetts y Connecticut que todavía prohibía la venta de anticonceptivos y el establecimiento de clínicas para su distribución y para dar consejos a mujeres que querían limitar el número de sus hijos. En los primeros casos. el corazón del litigio fue la sola pregunta de si el Estado tenía el interés suficiente para adoptar tal legislación sobre la familia. Por fin, la mayoría llegó a la opinión de que no existía tal conexión entre la prohibición de anticonceptivos y de clínicas con los intereses legítimos del Estado. En Griswold se agregó, por una manipulación de penumbras y garantías específicas, el derecho de la privacía. El Estado no podía tener interés suficiente que justificara la invasión de la cama matrimonial.

Psicológicamente es muy interesante que de Griswold se avanzó al derecho de la mujer soltera de obtener tal información y casi inmediatamente la Corte entró al campo de la protección —por el derecho de privacía— de la decisión de una mujer, casada o no, de tener un aborto. No sabemos por qué el asunto de esta versión del control de la natalidad se ha convertido en materia de altísima presión política, pero así ha sido en los últimos veinte años. Cabe señalar que la Corte tuvo que fallar el año pasado revalidando este derecho y que el actual régimen tiene otro asunto ante el alto tribunal en este periodo de sus deliberaciones pidiendo la revocación del fallo básico, *Roe v. Wade*,[60] y esto, no obstante su reiteración el año pasado del derecho básico. Se admitió en éstos el derecho de los estados de imponer ciertas limitaciones, pero muy restringidas y específicas. Se debe este retroceso a la presión de los católicos romanos lideada por el Papa y los superderechistas protestantes de la llamada "mayoría moral". Hemos de notar que, fracasada ante la Corte la presión política, se ha causado la aprobación de legislación que priva a los pobres de abortos pagados con fondos federales. Cabe mencionar que solamente ahora se están procesando criminalmente los que han atacado clínicas y médicos con bombas y otras amenazas. Varios estados adoptaron leyes que obligaban al médico a informar a los padres de las menores de cierta edad antes de hacer el aborto. En términos generales, la Corte declaró este tipo de ley anticonstitucional, pero con limitaciones que negó el requisito de que podía hacerse solamente en un hospital o clínica aprobada por la Federación estatal de médicos.

[60] 410 U. S. 113 (1973).

Para ver cuál es el interés protegido, debemos considerar un fallo reciente de la Suprema Corte de la Florida en que dio validez a una ley que requería notificación al marido. La Corte dijo que entre la libertad de la mujer de hacer tal decisión y el derecho del marido de mantener a la capacidad de su esposa de procrear, tenía que prevalecer el derecho del marido. Agregaba la Corte que la mujer bien podía satisfacer la notificación con una declaración de que había aceptado la intervención y no se aplicaba en caso de esposos separados. Así que, después de tres décadas de litigio en los niveles más elevados del país, se ve que la mujer casada no ha avanzado nada. Increíble resultado de la presión de una minoría fanática.[61]

Otro aspecto de este derecho ha tenido importancia en la Corte: la privacía, como algo útil para controlar la explotación comercial de las fotografías, declaraciones y otro material privado. Quizás el caso más notorio fue el de la viuda de Kennedy, Jackie O. Pero se han fallado en la Corte dos casos involucrando gente originaria con intereses.

2. *La primera enmienda-libertad de palabra y de la prensa*

Fue con muy buena razón que los constituyentes insistieron en las garantías de la primera enmienda, habiendo sufrido la tiranía de los reyes ingleses. No obstante este temor, se ve claramente la futilidad de barreras de pergamino, siendo que la joven república sufrió precisamente la misma supresión a raíz de las leyes de sedición. Afortunamente ese espanto de una tiranía autóctona murió por la oposición populista de la frontera. Tal movimiento llevó a la presidencia a Andrew Jackson y con él se terminó el poder de los conservadores de Nueva Inglaterra y Nueva York.

Durante toda la historia de la república, el corazón del problema reside en el uso de la "seguridad nacional" para limitar o suprimir tales libertades. Como ejemplo de la amplitud de este peligro, citamos el fallo de *Haig v. Agee,* donde la Corte privó al ciudadano el derecho a un pasaporte y, como consecuencia, el derecho a viajar. Son innumerables las veces en que este monstruo ha levantado su cabeza para destruir disidentes internos o "agentes" de poderes extranjeros. Cabe solamente mencionar la persecución de los líderes sindicales empezando en la posguerra de la I Guerra Mundial, llegando hoy día al caso de

[61] Comentario de Judith Greene "Weighing the burden of a woman's abortion decision *Steinberg v. Smith,* 659 F. 2d. 476 (5 Cir., 1981)", en *Stetson L. Rev.* 256 (1982).

César Chávez; la destitución de diputados socialistas en legislaturas estatales y el Congreso en la misma época; las muchas acusaciones a Harry Bridges de 1935 hasta 1950, y, finalmente, la locura anticomunista de la época del senador McCarthy. Para ver que nunca desaparece esta amenaza, veamos las propuestas reaganísticas de controlar a los terroristas y los espías. Es en este campo de la seguridad nacional donde tenemos que estar muy alerta, se pueden terminar libertades vitales para la supervivencia de una sociedad libre.

Ambas garantías, palabra y prensa, han sido materia para un debate entre los "relativistas" y los "absolutistas". Dos ministros de la Corte en la época del ministro presidente Warren, Black y Douglas, tomaron la posición que cuando la enmienda decía "el Congreso no adoptase...", éste quería decir literalmente que no existía poder de hacer la ley. La mayoría constante siempre ha sido relativista. Remontando a un dicho de Holmes que nadie tiene derecho de gritar, falsamente, "¡Fuego!" en un teatro congestionado, la Corte sigue con la tarea casi imposible de establecer dónde y cuándo la limitación implícita debe prevalecer o, al contrario, cuándo debe triunfar la libertad.

Vemos emergir de esta misma fallos que tratan de si lo dicho cae dentro de la categoría de *fighting words*[62] o no. Hoy día, la prueba a que se somete este derecho tan vital consiste en estudiar si la limitación trata solamente "lugar y manera", de si está permitida o no. Utilizando estas normas, se han prohibido ciertas actividades de huelguistas, mientras hemos visto la expansión casi ilimitada de la libertad de prensa de las empresas grandes. Al nivel estatal, la doctrina de la libertad de palabra comercial ha sido extendida por la Corte de Florida al aprobar el derecho de empresas de gastar sus fondos en oposición a "iniciativas populares" siempre que indiquen la providencia de los fondos. Así es que el sistema a veces protege la libertad de palabra comercial y niega la misma protección a la libertad de palabra laboral.

En el campo de control la palabra puramente política encontramos una vez más el espectro de la "seguridad nacional". La Corte creó, hasta hace muchos años y basándose en las enmiendas que gobiernan el proceso delictual, un requisito del permiso formal de un juez antes de limitar esta libertad, *e.g.*, intervenir con instrumentos microelectrónicos, líneas telefónicas o controlar el correo. En tiempos de exagerado temor de una potencia enemiga o un movimiento subversivo, los demagogos pueden crear condiciones que facilitan estos permisos o respal-

[62] *Chaplinsky v. State*, 315 U. S. 568 (1942), citando *State v. Chaplinsky*, 91 N. H.310, 18 A. 2d. 754 (1941), y discusión en Tribe, p. 714.

dan acciones de plena violación. Como el dicho de los asesinos: disidente muerto no necesita libertades. Recientemente vimos en la misma capital el asesinato de Letelier y la llegada a las playas de los cuerpos de ahitianos ahogados. Casos ejemplares de este dicho. La defensa de la disidencia es siempre una labor delicada, más delicado aún es mantener firme e inteligible las protecciones constitucionales.

En una forma muy paralela al debate de los absolutistas y relativistas en libertad de palabra, encontramos fenómenos en el campo de la libertad de prensa. Aquí vemos la inversión de la antigua regla inglesa bajo la cual se podía imprimir con absoluta libertad con el riesgo de sufrir la censura posterior con castigos civiles y penales. En cambio, hoy día, hay una presunción de derecho de publicar con ciertas protecciones para los diarios y otros medios de comunicación en masa.

Las peleas judiciales para establecer los límites de la libertad de prensa se han concentrado en dos campos. Primero, limitaciones en el derecho de hacer comentarios acerca de "figuras públicas". Violando estos límites se puede exponer al diario o medio a demandas por millones de dólares. El caso clásico en la Corte fue *New York Times v. Sullivan*; [63] pero más recientemente vimos los casos tan sonados de los exgenerales en contra de CBS y Time. La otra categoría tan peleada es si la llamada pornografía debe o no tener protección constitucional. Ahora la Corte mantiene una doctrina que dice que no. Si la cosa escrita es pornografía, no es protegido. La autoridad local puede suprimirla o tratarla como actividad criminal. Se traza la línea entre si porno y no porno es cuestión de aplicar las normas locales para una persona ordinaria. Cabe notar que hay un acuerdo casi universal que da derecho a los estados de proteger la niñez y de prohibir absolutamente el uso de niños y jóvenes para producir obras pornográficas. La Corte acaba de aprobar una ley neoyorkina en contra de la "pornografía infantil".

También debo mencionar dos casos especiales en la libertad de prensa: *United States v. Nixon*,[64] donde la libertad dependía de si las cintas y documentos eran oficiales o personales y, por fin, la reaparición del monstruo "seguridad nacional" en el caso de los papeles del Pentágono, *United States v. New York Times*,[65] la versión del siglo 20 de censura antes de la publicación. Según parece, solamente la CIA tiene esta facultad.

[63] 376 U. S. 254 (1964) y discusión Tribe, *ídem*.
[64] *Cf., supra* n. 44.
[65] 403 U. S. 713 (1971) *per curiam* y Tribe, p. 724.

3. *La primera enmienda–separación de Iglesia y Estado*

Conformidad y ortodoxia son los dos peligros más grandes para el Estado democrático. En este sentido, lo más útil y antiguo y eficaz para controlar a los humanos ha sido y sigue siendo la religión. No hablo de secta ni de tipo étnico, tampoco apunto mi dedo al catolicismo o lo azteca, protestantismo fundamentalista o al mahometismo, sino a la amenaza y peligro que tenían en mente los fundadores de nuestro régimen constitucional cuando pusieron estas cláusulas en la primera enmienda. Ellos habían sufrido debajo de una iglesia establecida y, por esto, aunque seguían existiendo en varios estados iglesias semiestablecidas durante los primeros años de la república, prohibieron el establecimiento de una religión oficial nacional. Su segundo temor, la mano muerta de la ortodoxia, los movió a agregar la libertad de ejercicio de religión que, naturalmente, implícitamente protege al agnóstico o ateo.

Han habido violaciones de las normas (el caso de los mormones); pero, a largo plazo, la Corte ha podido proteger estos intereses vitales en contra de la supresión exagerada. Claro que la contemporánea "mayoría moral", pondría fin a esta libertad; pero, afortunadamente, las muchas minorías de afectarse se han unificado en oposición. Es dudoso que puedan hacer mucho en el campo central de esta libertad, por mucho que ciertos representantes en el Congreso repriman esfuerzos de control de la natalidad. Su derivación de fondos a varias organizaciones de la ONU representa un uso de la libertad de religión exagerado; al mismo tiempo, indica claramente el límite de control que pueda ejercer la Corte.

Veamos otro aspecto interesante en la declaración de anticonstitucionalidad de una ley texana que obligaba la enseñanza de la versión bíblica de la creación de la raza humana al lado de la versión evolucionista darwiniana. Hoy día, el aspecto más litigioso sigue siendo lo económico. ¿Hasta qué punto está permitido el uso de fondos públicos en ayuda a las organizaciones religiosas? [66] Dentro de este campo, la zona más combatida está en la ayuda a escuelas privadas, gran porcentaje de las cuales son religiosas. Hasta el momento, el fallo que está más en favor del uso ha sido el caso de Minnesota, donde la Corte aprobó una ley estatal que daba una deducción al impuesto sobre la renta para el costo de matrícula y libros a todos los padres que usaban escuelas que cobraban. La racionalización fue que no se puede fijar

[66] Desde el fallo en *Everson v. Board of Education,* 330 U. S. 1 (1947), se han permitido más tipos terminando en el caso citado.

el número de no religiosos y que la ley tenía otra limitación en que no se podía utilizar este crédito si la escuela de que se trataba no firmaba una declaración jurada de no usar fondos públicos para enseñanza religiosa. Muchos otros servicios que pueda prestar el moderno Estado intervencionista han sido aprobados; *e.g.*, transporte, libros, otro material, servicios y pruebas de nivel académico o psicológico.

Otro problema muy debatido es la cuestión de razas en las escuelas públicas. Aquí se encuentra otro tema que existe solamente debido a la agitación de la "mayoría moral". La Corte ha rechazado todas las versiones, incluso el "momento de silencio", con el argumento de que el Estado no puede utilizar su poder para imponer la conformidad. No se debe dejar la norma establecida en el caso de *West Virginia State Board of Education v. Barnett.*[67] Los testigos de Jehová no permiten el uso de símbolos, así que sus hijos no podían ser obligados a saludar la bandera por libertad de su religión; similarmente, en un caso de Wisconsin, los hijos de los Amish no podían ser obligados a asistir a preparatorias públicas (la ley general obligaba la asistencia en escuela hasta los 17 años) porque esto representaría minar su fe, que está basada en mantener un estado materialmente primitivo.[68]

La competencia con otra religión oficial, la leninista-marxista de la U.R.S.S., en su aspecto de la carrera armamentista representa peligro muy grande a ésta y otras muchas libertades. Veamos en nuestro mundo a tiranos de muchos tipos, komeinies y dictadores comunes y corrientes, casi todos dispuestos a utilizar la religión para reprimir a sus pueblos. Los modos de control mental del individuo o de la familia pueden ser antiguo y tradicional o nuevecito de paquete; pero el resultado es lo mismo: desaparece la libertad de pensamiento y con ella el Estado democrático. Así que la Corte ha tenido que utilizar toda su ingenuidad para combatir la hydra opresiva de los que demanden conformidad en nombre de la religión.

VII. Los derechos humanos y las garantías individuales

Uno de los dichos fundamentales de la política norteamericana salió de la boca del señor Dooley: "La Corte siempre sigue los resultados electorales." Esto es cierto, la Corte ha podido leer los de las dos elecciones del actual presidente con más exactitud que los comentaristas y otros supersabios, y quizás por esto no ha seguido la línea conser-

[67] 319 U. S. 624 (1943).
[68] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972), p. 69.

vadora trazada por Ronald Reagan. Ha reiterado en ciertos campos extendidos los derechos individuales. Es cierto que los programas de Reagan han minado la realidad por el aumento en el número de pobres y otras clases que no pueden tener acceso a los tribunales por falta de recursos u organización; es más, durante cuatro años en cada decisión política importante, el actual régimen ha favorecido a los ricos y a las grandes empresas. La combinación de estos dos movimientos ha deprimido el ambiente social, dando lugar a la violencia, como se ve en los ataques a los centros de planificación familiar. En cualquier sociedad deprimida económicamente, al extremo que más de la tercera parte vive abajo del nivel de la "pobreza oficial" y en el que el régimen corta programas como la alimentación en las escuelas para aumentar el presupuesto para el Departamento de la Defensa, tiene que provocar una oposición violenta. Así es que el Tribunal Supremo, en lugar de tornar hacia un sendero conservador, ha mantenido una línea centrada en medio de los extremos. Frente a esta estabilidad, los tres últimos lustros que voy a repasar es correcto dividirlos en cuatro etapas: la primera, de 1954, con el fallo famoso de *Brown v. Junta de Educación* hasta la Ley de Derechos Civiles de 1964; la segunda, de 1964 hasta el proceso de Watergate y la dimisión del presidente Nixon; la tercera, hasta la elección de Reagan en 1980, y la cuarta, hasta la fecha, que hemos repasado arriba parcialmente.

Quiero repetir aquí lo dicho acerca del influjo de las condiciones económicas de cada época sobre las libertades individuales. Obviamente, cuando hay 50 millones de pobres y 15 millones de desempleados, la realidad de la vida no deja margen para ejercer aun las más elementales libertades, las que permiten el mantenimiento de la vida. Por hambre, por frío en invierno, cuando se cortan los servicios vitales por falta de pago, por el calor entre los pobres entrampados sin aire en los centros de las ciudades, mueren sin relieve.

Con prosperidad se puede emprender, como el presidente Johnson, la guerra contra la pobreza, liberando las energías de las comunidades, empleando los talentos de los antes marginados, realizando la libertad. La operación *headstart,* manejada por las madres mismas, probablemente salvó a millones de niños para una vida productiva, que hoy día, gracias a la destrucción de aquellos servicios por Reagan, caen víctimas de los hampones de las calles, muriendo de drogadicción y violencia.

Dentro de sus limitados poderes, la Corte sigue luchando con algunos problemas fundamentales.

En la primera etapa, tuvieron los ministros, primero, y luego los jueces de distrito, que dar realidad a la igualdad racial en las escuelas públicas. Hubo dos resultados fundamentales. Veamos: el primero fue que los tribunales de distrito se convierten en administradores de sistemas escolares y, el segundo, que salió de los sistemas divididos en el norte, sobre la forma de ocupar las vecindades (segregación *de facto*), el famoso problema de *busing*. Inmediatamente detrás de la cuestión del balance racial, viene el problema de si se pueden combinar distritos para sacar dinero de los económicamente fuertes para ayudar a los más débiles.

Durante la segunda y la tercera etapas se afrontaron estos problemas y, frente a ambos, la Corte dejó en manos de los grupos locales el control, es decir, los fallos no han demandado más que la buena fe en programas de unificación. No obstante los centenares de fallos durante los años 1955-1984, estamos hoy con la realidad de un sistema público nacional más segregado en su total, que antes del fallo en Brown. Se debe al hecho de que el movimiento demográfico más importante ha sido el de los blancos, jóvenes profesionales hacia los suburbios donde erigen escuelas segregadas de hecho, mientras la ciudad con su sistema central está en manos de los negros, puertorriqueños y chicanos. A esto se debe la conquista de tantas presidencias municipales por negros (de las 10 ciudades más grandes del país, 7 tienen alcaldes negros). A su vez, los reductos blancos excluyen, en una forma u otra, a las minorías raciales. Naturalmente, sus sistemas escolares resultan "puros"; los de las ciudades, negros.

En la cuarta etapa, o sea hasta la actualdad, la Corte se ha preocupado más con el asunto de la censura de libros y el control local. En *Junta de Educación Island Trees v. Pico*, 457 U.S. 853 (1982), el Tribunal falló que la resolución de la Junta de sacar libros de la biblioteca de la escuela pública violaría los derechos de los alumnos basados en la primera enmienda. La Junta tuvo como motivo la supresión de ideas contenidas en tales libros con las cuales no estaba de acuerdo.

El control de las juntas locales en las escuelas públicas siempre ha sido defendido en contra de invasiones federales. Los hechos en el caso *Pico* indicaban un movimento inspirado en el ala derechista pro Reagan de depurar las bibliotecas de una lista de libros indeseables. Afortunadamente, o en el caso, estuvo en oposición la Asociación Nacional de Bibliotecarios Públicos respaldada por varias otras organizaciones que veían el aumento en el número de casos de censura como un peligro grande. La censura, no solamente afectaba a las coleccio-

nes de las bibliotecas, sino también invadía el contenido de los libros de texto. Según una nota en el 12 *Hofstra Law Review* 561 (1984), los atentados de censura se aumentaron de 300 anuales a más de 1,000 anuales entre 1980 y 1982. La informante dijo que es probable que solamente la quinta parte "se reporta", lo que deja un saldo actual de más de 5,000. Cómo alcanzar un equilibrio justo entre las demandas de derechos federales y el control local, está bien demostrado en el fallo *Pico*. Es obvio que la influencia de los maestros, el dinamismo de la personalidad, tienen mucho más que ver con la educación que el acceso a una biblioteca. Lo que pienso mal en la *ratio decidendi*, basada en un análisis práctico, es que olvida la importancia de la libertad académica. El ambiente de la escuela en su totalidad sufre si los maestros y alumnos tienen que vivir bajo un régimen de censura dictatorial de una Junta forzosamente más conservadora. Dada la debilidad en el sistema electoral como resultado de la falta de votar de parte de la mayoría, el control pasa a las minorías mejor organizadas. En los EE.UU. los mejores organizados son los ancianos, personas mayores de 70 años. Su interés en las escuelas primarias y secundarias tiene que ser puramente político.

Una de las áreas poco estudiadas hasta época reciente es la de acciones del Poder Ejecutivo que ponen en peligro las libertades individuales, sobre todo cuando el presidente actúa sin una ley previa.

La historia de los casos *Snepp v. Agee* nos da una idea preclara del peligro. En *Snepp* (595 F. 2d +4 Cir., 1979 | ; rev'd en parte, 444 U.S. 507 (1980) *per curiam*) se trató de la publicación de un libro crítico de la CIA sin permiso y en violación de una promesa de mantener secreta la información adquirida durante su empleo. La acción de la administración del presidente Carter se basó en daños por violación de contrato. El Tribunal estuvo de acuerdo e impuso un fideicomiso implícito a las ganancias, declarando que el gobierno tenía derecho a controlar datos sensitivos, aun sin un contrato, y Carter se decidió por hacer unos reglamentos de autolimitación. Esto fue mucho mejor, pues cuando hay conflicto entre el interés de una agencia del gobierno y un derecho individual, debe estar bajo control de una ley. La agencia siempre sobreevalúa el punto de vista del riesgo nacional y valúa bajo el del individuo. El peligro de la acción ejecutiva se ve con el hecho de que Reagan declaró su intención de extender la doctrina a todos los individuos que tienen acceso a datos clasificados como secretos. Hubo tal oposición en el Congreso, que se abstuvo, pero, mientras, su procurador general Smith abolió los reglamentos del régimen de Carter.

Otro caso que vimos antes, *Haig v. Agee,* representa otro aspecto del movimiento para proteger a la CIA. Se validó el poder del secretario de Estado de revocar el pasaporte de un ciudadano. El caso se difiere en que aquí, además de la violación de los secretos, el Tribunal agregó el factor de que la conducta de Agee creaba un peligro para la política exterior, un peligro que tachaba de grave.

Notamos que hubo una disidencia fuerte del ministro Brennan. Su punto más importante fue que la actividad del Ejecutivo, para ser del tipo que puede aprobarse implícitamente por el Congreso, tiene que ser mucho más específica que la política de revocación que se envuelve. De otra forma, el poder de legislar dado al Congreso por la Constitución, pasaría en gran medida al presidente.

No tuvimos que esperar mucho para ver el uso del poder del presidente para limitar el derecho de viajar. Basándose en Agee y también en la International Emergency Economic Powers Act, restringió viajes a Cuba, y la Corte aprobó sus acciones en el caso de *Reagan v. Wald.*[69]

[69] Toda la discusión que precede está basada en una excelente y completa revista de los problemas de *Haig v. Agee,* 453 U. S. 280 (1981), y su secuela hasta *Reagan v. Wald, en Quint,* "The Separation of Powers Under Carter", 62 *Texas L. Rev.* 785 (1984). Ver cancelación de los reglamentos de Civiletti, p. 848; los procedimientos anteriores a *Haig v. Agee—Agee v. Vance,* 483 F. Supp. 729 (D.D.C.), afirmando sub. nom. *Agee v. Muskie,* 629 F. 2d. 80 (D.C. Cir., 1980). Cabe notar que en distrito y circuito los jueces fallaron a favor de Agee (que tenía derecho a la devolución de su pasaporte)' basándose en *Zemel v. Rusk,* 381 *U.S.* 1 (1965) y *Kent v. Dulles* 357 U. S. 116 (1958). Revocación solamente posible en tiempo de paz con la autorización del Congreso. Quint también cita en pp. 849 apunte 341 a Farber, National Security, "The Right to Travel and The Court", 1981 *Supreme Court Review* 263 a 284. "...el récord legislativo demuestra una hostilidad completa por más de 25 años al tipo de control del Derecho de Viajar" permitido en el caso principal. *Haig v. Agee*..

El IEEPA se encuentra en 50 USCA 1701-1706, Supp. V, 1981 y la Ley de Comercio con el Enemigo en 50 USCA app. 5(6) y Supp. 1981.

EL "DERECHO COMPARADO", TÉCNICA JURÍDICA DOGMÁTICA O HISTORIA JURÍDICA COMPARADA*

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN **

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. *Una elección terminológica.* 2. *Cierta perplejidad.* 3. *Razón de orden.* II. *Presupuestos.* 1. *Sobre la ciencia del derecho.* 2. *Sobre la historia del derecho.* III. *Una extraña paradoja.* IV. *El problema.* 1. *La cuestión fundamental.* 2. *El "derecho comparado" como disciplina jurídica.* V. *Interpretación y confrontación.* 1. *Lectura.* 2. *Marco de referencia y transcripción.* VI. *Comparación jurídica y explicación del derecho.* VII. *El modelo doctrinal.* 1. *El "derecho comparado" no es estudio del derecho extranjero.* 2. *El modelo doctrinal: marco de referencia.* 3. *Modelo doctrinal y relaciones relevantes.* VIII. *Relaciones entre instituciones y órdenes jurídicas.* IX. *Tipos de relaciones.* X. *La mecánica de la comparación: esquema.* XI. *Derecho histórico: necesidad de un criterio de identidad y existencia del derecho.* XII. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Una elección terminológica*

La pregunta "¿qué es derecho comparado?" ha tenido respuestas sorprendentes.[1] Una respuesta de carácter extremo, pero no insólita, es

* Este ensayo es una versión revisada de mi conferencia "El 'derecho comparado, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada" pronunciada dentro de las mesas redondas en homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio en su XXX aniversario como investigador, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas el 23 de octubre de 1986.

** Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor de introducción al estudio del derecho y teoría general del Estado en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Licenciado en derecho (1967, Facultad de Derecho, UNAM, *Dr. iur.* (1970): *Faculté de Droit et Science Economiques, Université de Paris*). Jean Monnet Fellow 1985-1986: *Istituto Universitario Europeo* (*European University Institute*), Florencia.

[1] "Los comparatistas en todo el mundo... se encuentran aún en estado de experimentación." Zweiger, Konrad, "Methodological Problems in Comparative Law", *Israel Law Review*, vol. VII, núm. 4, 1972, p. 465. Ver el trabajo de Kohler, J., "Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung", en *Archiv für Rechts-und Wirtshaft Philosophie*, vol. I, 1907-8; Drobing, V., "Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie",

que no existe.[2] En el otro hemisferio de respuestas se vive un enconado debate. Sin embargo, dentro de la rapsodia de posturas y opiniones que están presentes en esta contienda, un punto es unánimemente admitido: la expresión "derecho comparado" es vaga, ambigua y equívoca y, por tanto, fuente inagotable de perplejidades. Frente a esta imprecisión una cosa, al menos, es clara: no obstante el tenor de la expresión, se admite que no existe ninguna rama del derecho positivo nacional o internacional (en el sentido en que los juristas hablan de "derecho civil", "derecho administrativo", etcétera) que se denomine "derecho comparado".[3]

La equivocidad de la expresión fue rápidamente advertida. Probablemente por esa razón los juristas de habla alemana la evitaron. Ellos usan el término (*die*) *Rechtsvergleichung,* el cual connota un proceso de comparación (la acción de comparar *derecho*). Con esta terminología no sólo se evitan algunas de las perplejidades que crea la expresión "derecho comparado" (en particular está exenta de cualquier implicación sobre la existencia de un conjunto de normas que constituyan una rama del derecho positivo), sino porque, además, alude a la confrontación de órdenes o instituciones jurídicos (actividad a la cual piensan los juristas cuando hacen uso de estas expresiones). Por esta razón (y otras aún no explicitadas) preferiré la expresión "comparación jurídica" a la de "derecho comparado". (Para los efectos de este trabajo dichas expresiones serán tratadas como equivalentes.)

2. *Cierta perplejidad*

Una respuesta frecuentemente dada a la pregunta "¿qué es el derecho comparado?" es que éste no es sino un método de estudio o de investigación, *¡tout court!* Esta es una respuesta persistente, casi típica de los "comparatistas" (quizás intuitivamente correcta). Sin embargo, la perplejidad aparece cuando uno inquiere por las características de este método o de esta técnica. La pregunta queda prácticamente sin respuesta. No se encuentran rasgos distintivos. Por ejemplo, se declara

en *Rabel's Zeitschrift für aus ländischen und internationales Privatrecth,* vol. XVIII, 1953, pp. 301 y ss; Zweiger, K., "Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung", en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* vol. XXXVIII, 1974, pp. 299-316.

[2] Cabe señalar que algunas de estas posturas recurren con frecuencia a trampas lingüísticas o se limitan con señalar un mero problema terminológico.

[3] Véase Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law,* Edinburgo, Scottisch Academic Press, 1974, p. 1.

que "el método llamado derecho comparado puede ser usado para una variedad de propósitos prácticos y académicos". Esta respuesta, por extraño que parezca, no es de ningún desconocido, sino del profesor R.B. Schlesinger, autor de un celebrado libro de derecho comparado.[4] René David no es más explícito; señala en su no menos famoso *Traité élémentaire de droit civil comparé*,[5] que el derecho comparado es precisamente el método comparativo aplicado en el campo de las ciencias jurídicas.

Pareciera que para los "comparatistas" el "derecho comparado" fuera algo obvio y, por ello, dan respuestas más o menos triviales: comparar derecho es cotejar, confrontar, enfrentar, parangonar derecho... no es difícil. Claro que si esto fuera el "derecho comparado", si en esto consistiera la comparación jurídica (en el sentido de *Rechtsvergleichung*), entonces no se necesitaría aprenderlo. No se justificarían ni cursos ni lecciones. No tendría sentido ocuparse de él.[6]

3. *Razón de orden*

En este trabajo me propongo describir qué cosa es el "derecho comparado" desde el punto de vista de la filosofía del derecho contemporáneo. Si bien la exposición expresa mis ideas sobre el particular, este trabajo puede inscribirse en la corriente de teoría jurídica representada, en la actualidad, por los profesores Alan Watson y Peter Stein.[7]

Voy a defender la siguiente tesis: el "derecho comparado" o, mejor, la comparación jurídica, es técnica jurídico dogmática o historia jurídica comparada (o ambas).

La parte fuerte de la tesis reza así: si el "derecho comparado" no es técnica jurídico dogmática o historia jurídica comparada entonces es inocua, en nada sirve a la descripción del derecho; en lo que al conocimiento jurídico se refiere, es irrelevante.

[4] *Comparative Law*, Brooklyn, 1970.

[5] París, 1950.

[6] Los viejos juristas normalmente más eruditos y más conocedores de historia del derecho, ofrecían respuestas más razonables. Ver el trabajo de E. Lamber (*Encyclopedia of the Social Sciences*, Mac Millan, Londres 1931, *Histoire comparative en La fuction du droit civil comparé*, t. I., París, 1903), en donde se alude a la idea de que ciertos principios son comunes a todo sistema jurídico ("supra doctrina" "doctrina supranacional"). Sobre este tipo de doctrina hablaremos más adelante.

[7] Además de la obra de Watson ya citada (*supra* nota 3), véase: *The Nature of Law*, (Edimburgo, Edinburgh University Press, 1977). De Peter Stein, véase particularmente *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambrdige University Press, 1980, y (en colaboración con John Shand) *Legal Values in Western Society*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1974.

Mi exposición asume que si lo que se busca con la comparación de instituciones y órdenes jurídicos es un mejor entendimiento del derecho, entonces la comparación no se sino parte de la descripción de la experiencia jurídica: tarea de la jurisprudencia dogmática.

Este punto de partida presupone un entendimiento claro de la ciencia del derecho o dogmática jurídica, y de la historia del derecho, y de las relaciones que éstas guardan con la filosofía del derecho. Problemas de los que no me puedo ocupar aquí. Para los efectos de este trabajo basten las siguientes consideraciones:

II. Presupuestos

1. *Sobre la ciencia del derecho*

La dogmática jurídica (o ciencia del derecho) puede caracterizarse como la disciplina[8] comúnmente denominada "doctrina", que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez.[9]

Aunque *prima facie* este enfoque pueda verse un tanto inconoclasta (particularmente *vis á vis* la obra de los "comparatistas"), en realidad es más ortodoxo de lo que pueda suponerse. De hecho, esta concepción no hace sino continuar el *standard work* de la jurisprudencia dogmática.[10]

Ahora bien, sobre este problema es oportuno mencionar una tesis que será presupuesta en el curso de este ensayo: la explicación jurídica, propiamente hablando, se lleva a cabo sólo por la ciencia jurídica, *i.e.* por la dogmática jurídica. Esto implica que no exista explicación jurídica *modo normativo* (o si se prefiere, modo deóntico) por fuera de la jurisprudencia dogmática.[11]

En este ensayo me ocupo de la ciencia jurídica, *i.e.* de la dogmática

[8] Oficio intelectual que alguien practica siguiendo cánones reconocidos.

[9] Véase, Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 143; *id.*, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 241.

[10] Con estas frases vinculaba Hans Kelsen su doctrina con la escuela de la *Allgemeine Staatslehre* (ver *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, *Vorwort*. (Existe versión española de Legaz Lacambra, Barcelona, Labor 1953; reimpresa por Editora Nacional, México, 1959.)

[11] Ver Tamayo y Salmorán, Rolando, "Legal Explanation", en *Working Papers*, Florencia, Istituto Universitario Europeo, 1986; *id.*, "Enunciati giuridici e loro proba empirica di falsificabilita", en ..., (Bolonia)... *id.*, *Il modello storico della scienza giuridica*, en Materiali... (Milán) (Desde la *interpretation prudentium*... exponer de como los juristas han descrito el derecho...).

jurídica, desde un punto de vista *descriptivo*. Para acomodar mis tesis no pretendo introducir un nuevo modelo de ciencia jurídica. Aquí hablaré, no de alguna nueva ciencia jurídica que tenga en la cabeza, sino de la ciencia jurídica que existe *hic et nunc*.

2. *Sobre la historia del derecho*

Con "historia del derecho" me refiero a los hechos de la *experiencia* jurídica, a los actos que crean, aplican o modifican el derecho positivo nacional o internacional y a sus instituciones específicas, no a una simple "documentología" o cronología jurídicas. Pienso en la historia interna —haciendo uso de la tradicional dicotomía de los romanistas—, no en la externa. Ésta, si bien indispensable para entender el contexto, ideología normativa, etcétera, se ha convertido, en realidad, en un cómo subterfugio para aquellos que, no pudiendo describir el funcionamiento del derecho, hablan de anécdotas. Así, en vez de derecho colonial, se habla de virreyes; en lugar de derecho constitucional... se habla de... constituyentes..., héroes... o presidentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, estas líneas pueden considerarse un análisis fragmentario de la ciencia jurídica y sus métodos (*i.e.* la comparación). Desde este punto de vista, el jurista puede concebir este trabajo como un ensayo de filosofía jurídica analítica en tanto se ocupa del esclarecimento del conocimiento del derecho (y no de la descripción de un derecho específico nacional o internacional).[12]

III. Una extraña paradoja

La historia de la ciencia jurídica muestra que la comparación entre instituciones y órdenes jurídicos ha existido desde tiempos remotos. Disponemos de bellos ejemplos de la antigüedad clásica: las Nomos de Teofrasto; las *Historiae* de Herodoto. Particularmente importante es el libro VI de las *Historiae* de Polibio, así como la *Germania* de Tácito. Ahora bien, la comparación ha sido realizada (y sigue siendo realizada) fundamentalmente por los juristas. Sin embargo, a ninguno de ellos preocupó dar cuenta de la comparación; probablemente porque hacían lo que siempre habían hecho: describir el orden jurídico (o parte de él) de conformidad con los cánones de la interpretación jurídica. Únicamente a esta descripción habrían de añadir los resultados

[12] En el sentido en que lo entiende H.L.A. Hart (ver *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1972, p. vii).

(tendencia, evolución, alcance) de tal confrontación. A ninguno de estos juristas, los cuales han dado cuenta del derecho de occidente, se le ocurre llamarse "comparatista" (pienso en Friedrich von Savigny, Rudolf von Ihering, Otto von Gierke, Henri Lévy-Bruhl, Rafael Altamira, Francesco Calasso, Sir Poul Vinogradoff, Fritz Schultz, P. Koschaker, F. Wieaker, R. Bonini y tantos otros). Nadie pensaba que pudiera haber una "disciplina" que se denominara "derecho comparado".

La cuestión se presentó cuando, de pronto, surgió un gremio de "comparatistas", los cuales, en vez de hacer comparaciones de órdenes o instituciones jurídicos como solían hacer los demás juristas, se dedicaron a hablar de la "naturaleza", "importancia", métodos", etcétera, del llamado "derecho comparado".

IV. El problema

1. *La cuestión fundamental*

¿Constituye el "derecho comparado" una disciplina jurídica? Si es el caso, ¿de qué tipo?, ¿es una disciplina teórico-analítica?, ¿jurídico dogmática?, ¿o acaso histórico descriptiva?

2. *El "derecho comparado" como disciplina jurídica*

¿Cuáles son las condiciones o características que deben tomarse en cuenta para considerar al "derecho comparado" como una disciplina jurídica o parte de ella? Para resolver esta cuestión debe explicitar más la tesis que defiendo; su núcleo es el siguiente: la comparación jurídica en tanto técnica que permite la descripción de las instituciones jurídicas, si es apropiada, es o parte de la dogmática jurídica o historia jurídica comparada (o ambas).

¿En qué sentido se relaciona "el derecho comparado" con la dogmática jurídica o con la historia del derecho? La respuesta es simple (casi trival). Un claro entendimiento de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas que conforman dicha institución (que yacen detrás de dicha institución). Pues bien, los conceptos, nociones, dogmas o presupuestos que conforman una institución jurídica son suministrados por la dogmática jurídica (ella constituye la doctrina aplicable a dicha institución).

El origen, desarrollo y funcionamiento de una institución son explicados por la historia del derecho. Ciertamente, la historia del derecho para describir cada *momentum* o cada instancia de una institución jurídica tiene que tomar en cuenta la doctrina que la "explica".

Posiblemente puede decirse (y con razón) de tal descripción (dogmática) o de una historia jurídica así, que es muy técnica, que ignora otros aspectos que..., en suma que es reduccionista, que sólo tiene como propósito esclarecer conceptos y técnicas jurídicas que interesan únicamente a juristas, jueces y abogados, etcétera. Esto puede ser cierto (con alguna exageración);[13] pero, como decía Rudolf von Ihering, para contar esta historia *—si se quiere contar esta historia—* hay que conocer derecho.

V. Interpretación y confrontación

1. *Lectura*[14]

El material jurídico se encuentra escrito, por decirlo así, en caracteres codificados; para *leerlos* es necesario descifrarlos. El "código" (en el sentido de vocabulario de un léxico) para tal "lectura" es proporcionado por la dogmática jurídica y su historia.

Es indispensable conocer las "convenciones lingüísticas" que gobiernan el uso de los *nomina iuris* para comprender su significado. E igualmente, es imprescindible conocer su *momentum* para entender su alcance. Dogmática e historia son, así, la clase para entender una institución jurídica.

2. *Marco de referencia y transcripción*

Una vez descifrados, estos caracteres deben ser ponderados dentro de un marco donde dichos caracteres sean contrastables, dentro de un

[13] Más bien podría decirse lo contrario. Las instituciones jurídicas positivas son la piedra de toque para el estudio de la historia institucional. ¿Sin las fuentes jurídicas (en el sentido de fuentes históricas) como podría apreciarse las ideas imperantes; como podrían rastrearse aquellas ideologías o ideas fuerza que llegaron a imponerse? En otro lugar he mostrado que las ideas políticas que han devenido el ideal político del mundo occidental no eran en su origen sino doctrinas jurídicas. (Véase *La jurisprudencia y el ideal político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.)

[14] Sobre la "lectura" jurídica que realiza la dogmática jurídica, véase mi artículo "Il modello storico della scienza giuridica" (Milán).

marco de referencia común. Voy a llamar a este marco de referencia: "el modelo doctrinal" (sobre *la naturaleza y la necesidad de este modelo* hablaré más adelante).

Sólo debidamente "descifrados" (de acuerdo con su propio aparato semántico) y adecuadamente "traducidos" al lenguaje del modelo doctrinal, pueden compararse instituciones pertenecientes a distintos órdenes jurídicos.

VI. Comparación jurídica y explicación del derecho

La comparación de órdenes e instituciones jurídicas ha sido "natural", no sólo a la actividad dogmática, sino a la misma teoría general del derecho. Para esclarecer este último punto permítaseme introducir el principio de universalidad de la explicación jurídica. De conformidad con este requerimiento metateórico, una teoría jurídica (en el sentido de partes de la ciencia) es adecuada si es "verdadera" para todos aquellos casos intuitivamente claros de derecho nacional o internacional. Ahora bien, como una teoría jurídica, si es correcta, debe ser "verdadera" para todo sistema jurídico, ésta tiene que hacer a un lado aquellas características que sólo ciertos órdenes jurídicos tienen, en virtud de especiales condiciones (sociales, económicas, culturales) de la comunidad en cuestión. Esta es la diferencia que existe entre filosofía jurídica,[15] por un lado, e historia y sociología del derecho, por el otro. Estas últimas disciplinas se ocupan de lo contingente y particular; la primera; de lo necesario y "universal".[16]

Como es fácil observar, la operación de este criterio de universalidad presupone la comparación jurídica entre órdenes e instituciones; comparación que es proporcionada por la dogmática y su historia.

VII. El modelo doctrinal

1. *El "derecho comparado" no es estudio de derecho extranjero*

Es necesario distinguir "el derecho comparado" o, mejor, la compa-

[15] En el sentido de teoría general del derecho (*general jurisprudence*), Ésta no debe ser confundida con la exposición crítica de un orden jurídico particular. La teoría del derecho (*jurisprudence*) "... se ocupa directamente de los principios y distinciones comunes a varios sistemas de derecho positivo...". Austin, John, "Outline of the Course of Lectures", en *The Province of Jurisprudence*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Dumon, Londres, 1861), p. *lix*.

[16] Véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985 (1982), p. 137.

ración jurídica, del mero estudio del derecho extranjero. Estudiar un derecho extranjero no significa realizar una comparación jurídica.[17]

Así, por ejemplo, un estudio sobre la Suprema Corte de Estados Unidos que se limite a describir el derecho y la práctica constitucional de ese país, es un estudio de derecho constitucional estadounidense. Similarmente, el estudio de institutos de diversos ordenamientos jurídicos puede conducir a una descripción de institutos "país por país", pero no a una comparación jurídica.[18]

2. *El modelo doctrinal: marco de referencia*

Para que se pueda hablar de una comparación jurídica en un sentido dogmático relevante es presupuesto indispensable que las instituciones jurídicas sean consideradas no dentro del marco de otro derecho (como erróneamente repiten los "comparatistas"). Una vez interpretado el material a comparar de conformidad con el *corpus* respectivo de doctrina, las características de estas instituciones deben ser confrontadas dentro del marco de un modelo o cuadro de referencia, el cual es construido doctrinalmente.

Un ejemplo puede aclarar lo anterior; pensamos en el caso del *ombusman* sueco y del defensor español. Después de *seleccionar*, con la ortodoxia que impone la dogmática, el material jurídico que constituye el instituto en cuestión y después de entender su alcance y significado, de conformidad con las nociones de la doctrina que la explica y la tradición jurídica que la comprende (por ejemplo, el parlamentarismo sueco, la tradición jurídica escandinava...), se procede a traducir, —para *comparar* (evaluar)— los resultados de esta descripción dentro de una doctrina constitucional aplicable a la tutela de derechos. ¿Qué sentido tendría estudiar el *ombusman* sueco dentro del marco de unos cuantos artículos de la constitución española?

Supongamos que deseamos comparar la institución del *plea guilty* estadounidense con el allanamiento de nuestro sistema. Después de seleccionar el material jurídico relevante y de interpretar su significado, de conformidad con las nociones de la doctrina y la tradición jurídica respectivas, dichas instituciones (*plea guilty* y allanamiento) son puestas en *relación*, en confrontación, dentro de un apropiado mo-

[17] Ver Watson, Alan, *Legal Transplants, cit.*, p. 4; Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, Cedam; Ancel, Marc, *Utilité et Méthode du droit comparé*, Neuchatel, 1971.

[18] Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato, cit.*, pp. 3 y 4.

delo de proceso jurisdiccional dispositivo donde se distingan y consideren los alcances y los efectos de los actos de las partes.

Asimismo, sólo dentro del marco de una apropiada teoría del proceso puede ser entendida (por otros) la noción de "quejoso" del amparo mexicano y de ahí, también, que podamos aplicar todos los predicados de "actor" que convengan a "quejoso".

Los ejemplos pueden multiplicarse, pero no es el propósito de este trabajo.

3. *Modelo doctrinal y relaciones relevantes*

Resulta prácticamente evidente que sólo dentro del marco de referencia que constituye el marco doctrinal pueden ser establecidas *relaciones relevantes* entre instituciones y órdenes jurídicos. Y es precisamente sobre la base de estas relaciones que es posible formular clasificaciones y taxonomías.

VIII. Relaciones entre órdenes e instituciones

Únicamente dentro de un marco doctrinal apropiado pueden ser puestos en *relación* distintos órdenes o instituciones jurídicos. Y son precisamente estas *relaciones* las que constituyen el objeto de análisis del derecho comparado, al cual ahora podemos caracterizar como la disciplina jurídica que tiene como objeto específico la construcción de un modelo doctrinal aplicable a familias de instituciones y el estudio de las *relaciones* entre órdenes e instituciones jurídicos.

Esta caracterización, insisto, es estrictamente descriptiva; no hace más que analizar la comparación que se produce en las obras en que se expone la evolución de las instituciones jurídicas del mundo occidental.

Ahora bien, si el derecho comparado es el estudio de las relaciones entre órdenes e instituciones jurídicos y la construcción de doctrina aplicable a clases de institutos, de esto se sigue que ahí donde estas relaciones (jurídicamente relevantes) no se presentan o esta doctrina no se formula, entonces no hay objeto del derecho comparado.[19]

Algunos autores subrayan la importancia de las relaciones (con las cuales se crean familias y genealogías de instituciones), pero no pasan por alto la doctrina. El estudio de las relaciones sería sólo historia comparada.

Es claro que cualquier de estas relaciones (la razón de sus semejan-

[19] Véase Watson, Alan, *Legal Transplants, cit.*, pp. 6-9.

zas o diferencias) sólo es perceptible a través del estudio de la historia de los órdenes jurídicos y sus instituciones. Es en este aspecto en que el derecho comparado es historia del derecho (en el sentido que quedó explicado en la "Introducción"). Sin embargo, el derecho comparado no puede ser considerado sólo una rama de la historia del derecho (la historia jurídica comparada). El derecho comparado es algo más. A partir del material confrontado, a partir del análisis de estas relaciones, uno está en situación de entender los factores que conforman y guían la evolución y transformaciones de las instituciones jurídicas del derecho en general. Este es el propósito del derecho comparado como disciplina jurídica, que, en tanto tal, no persigue sino un mejor entendimiento del derecho.

De esta forma, la descripción dogmática y la historia comparada son los componentes fundamentales de una disciplina que, sin ser sólo la suma de aquéllas, busca establecer, mediante la formulación de hipótesis o teorías generales (doctrinas), el ritmo, las tendencias, las etapas y leyes que gobiernan la evolución de las instituciones y órdenes jurídicos.

Una disciplina así se encuentra muy cercana de la filosofía y a la sociología del derecho, así como de la etnología y antropología jurídicas.

IX. Tipos de relaciones

Las relaciones jurídicas relevantes que se establecen en la comparación jurídica pueden ser de diversos tipos, de los cuales no puedo ocuparme aquí. Simplemente mencionaré las dos relaciones que considero las más importantes: 1) las relaciones histórico-genealógicas y 2) las relaciones funcionales o profundas (*inner relations*).[20]

Las sociedades contemporáneas, ciertamente, pueden innovar grandemente en sus sistemas políticos, administrativos y, aun, económicos. En cuanto al derecho, el grado de innovación es sensiblemente menor. Sus constituciones, sus leyes y, en particular, su derecho privado, son tomados de otros, y éstos, de otros, en una larga historia de formulaciones y adaptaciones. De ahí que un conocimiento claro del origen, así como de las razones de sus cambios y alteraciones, es indispensable para conocer las instituciones jurídicas.

En cuanto a las relaciones funcionales, éstas dependen de las "ta-

[20] En el sentido de F. Pringsheim (ver "The Inner Relationship between Englich and Roman Law", en *Gesammelte Schriften*, Heidelberg, vol. I, 1961, p. 77.)

reas" fundamentales que realizan los órdenes jurídicos a través de sus instituciones. Sobre este particular participo de la opinión de que si la variedad de legislaciones y costumbres permite pensar en la existencia de una inmensa variedad de instituciones y sistemas, la historia jurídica comparada nos enseña que, si bien el lenguaje del derecho puede ser infinito en "lenguas", sus temas son reducidos en número.[21]

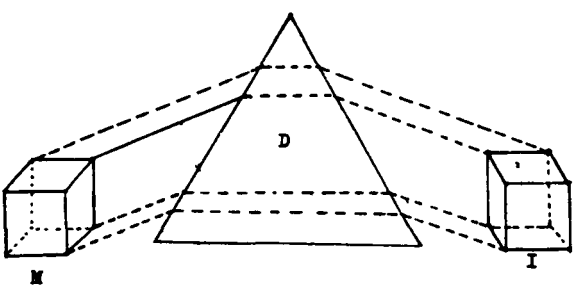
X. La mecánica de la comparación: esquema

En este espacio me propongo presentar un esquema *grosso modo* (*ma non troppo*) de la comparación jurídica.

Empecemos con insistir en el hecho de que el lenguaje en que, por así decirlo, se encuentran "escritas" las instituciones jurídicas (cualquiera que éstas sean) sólo puede ser *adecuadamente* entendido a través de su propia semántica (y el análisis de sus uso y contextos pragmáticos). Esto es, la "lectura" apropiada de las normas que constituyen y rigen el funcionamiento de un determinado instituto jurídico, sólo es posible si se tiene presente el *corpus* de doctrina, el cual proporciona a tales institutos (o al lenguaje en que se encuentran "escritos") su *sentido específico*.

Esto puede fácilmente apreciarse en el siguiente diagrama en el cual se representa cómo se reformula (interpreta) el material jurídico a través del "prisma" de su doctrina:

Diagrama 1



[21] Véase mi artículo "The Judicial Litigation in Early State and the Evolution of the Legal Process. (The Homeric City)", en Claessen, H.J.L. y van de Velde, P. (eds.), *Development and Decline - The Evolution of Political Organization South*, Hadley, Mass., Bergin Publishers 1985, pp. 311-321, reproducido en mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho, cit.*, pp. 168-196, véase especialmente pp. 174 y 175.

Hasta aquí la comparación no es sino una "lectura" simple del material jurídico, una "descripción" de parte de un derecho nacional o internacional, tal y como lo hace cualquier jurista dogmático. Pero, una vez que estas "lecturas" han sido realizadas, es necesario confrontar sus sentidos, alcances y características (en suma, apreciar su *sentido relativo*) dentro de un marco en donde puedan ser comparados "lenguajes" de este tipo. Es ahí donde sus características descritas serán relevantes; es necesario ubicarlos dentro de un marco conceptual apropiado. Éste constituiría una doctrina común a una familia de instituciones, *la doctrina,* una doctrina supranacional, como lo ha sido para ciertas familias de derechos la jurisprudencia romana. (Véase diagrama 2.)

En el diagrama 2 claramente se aprecia que los prismas no son (necesariamente) iguales y que no observan el material desde el mismo ángulo (perspectiva). A veces magnifican ciertas características, a veces las minimizan; otras, las ignoran. Los resultados de la interpretación dogmática, sin embargo, son *puestos en relación* dentro de un marco de referencia tal, haciéndoseles aplicable una doctrina común.

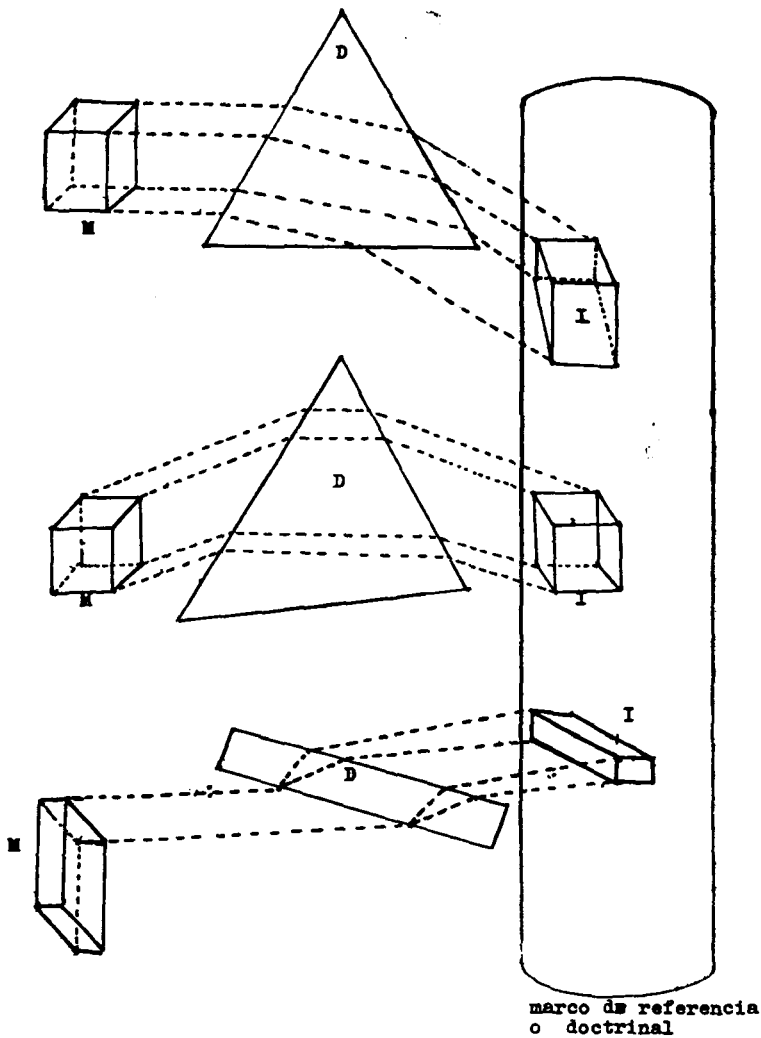
Sólo de la forma descrita puede ser "transportable" la doctrina a otro sistema (*i.e.* a otro orden jurídico, con otra doctrina y tradición jurídicas). Es por ello que (particularmente en el derecho civil) no es sorprendente el uso de frases como: "según la doctrina francesa", "de conformidad con la doctrina italiana", etcétera.

La doctrina, en tanto aparato semántico (*i.e. interpretativo*), es en principio, exclusiva. Se constituye para "leer" (identificar, seleccionar, reformular) el derecho que se tiene que aplicar. La formulación de la doctrina (principios, definiciones, reglas hermenéuticas, etcétera) la he explicado ampliamente en otro lugar;[22] de esto no puedo ocuparme aquí. Baste señalar que los principios, conceptos, reglas que constituyen la doctrina, son exclusivas del material jurídico considerado. Su funcionamiento se encuentra claramente descrito en el célebre pasaje de Paulo: "*...non ex regula ius sumatur, SED EX IURE QUOD EST REGULA FIAT... et ut ait Sabinus, quiasi causa conectio ets, quae simul cum in aliquo vitiata est PERDIT OFFICIUM SUUM*".[23]

[22] Sobre este particular véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho, cit.*, pp. 139-150, en esp. pp. 145-148. Véase, también Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires, Astrea, 1974.

[23] *D. 50, 17.1* (... no es en virtud del principio *—regula—* por la que el derecho es tenido (como tal)... es en razón del derecho (positivo) por el que el principio es establecido).

DIAGRAMA 2



La exclusividad de la doctrina se supera en un nivel ulterior, en el nivel de la doctrina común, a la cual se aplican los mismos requerimientos que señala Paulo, si es que no quiere *"[perdere] officium suum"*.

Para que la doctrina no sea una mera elucubración tiene que estar anclada en la historia, *i.e.* en la experiencia jurídica positiva.

XI. Derecho histórico: Criterio de identidad y existencia

Únicamente el estudio de los órdenes jurídicos positivos, *i.e.* de los *hechos* jurídicos garantiza una doctrina libre de tentaciones metafísicas. Limitándose a la constatación (descripción y análisis) de *hechos* situados en el espacio y en el tiempo, el jurista describe el derecho *de este mundo*. Este es el sentido positivista del requerimiento metateórico de la regla de Paulo.

Puede ser que para la dogmática civil, en especial esta descripción de la comparación jurídica, no sorprenda en absoluto; es más, es probable que le sea bastante familiar. Esto no es de extrañar. Baste recordar que para la descripción de sus instituciones (algunas milenarias) la dogmática civil cuenta con una doctrina prácticamente *supranacional* (formada a través de la descripción de diversos ordenamientos nacionales).

Exceptuando a la dogmática procesal, la dificultad se les presenta a los iuspublicistas. Esto le ocurre en especial al constitucionalista, más proclive a la apologética constitucional y a la historia de las instituciones (y acontecimientos nacionales) que a la descripción del derecho constitucional positivo. Una de las razones, *inter alia*, de esto es la insuficiencia o carencia de un claro criterio de identidad y existencia (positiva) que le permita determinar qué parte del orden jurídico en cuestión es la constitución del sistema.[24]

Por el contrario, los privatistas, así como los procesalistas, en razón de su relación con la práctica profesional y más estrecho contacto con la actividad judicial, están más cerca de describir el derecho *que existe*. No les son extrañas las nociones de 'vigencia', 'validez', 'inexistencia', 'preclución', 'prescripción', 'desuso', 'costumbre', *'res judicata'*, 'laguna' etcétera, las cuales —mediante su simple aplicación— proporcionan

[24] Sobre la determinación del derecho constitucional y la aplicación de un criterio de validez para el derecho constitucional, véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución, cit.*, pp. 279-320.

a los juristas un criterio suficiente para identificar el derecho que *existe*, el que aplican partes y tribunales.

De todo esto se sigue que la comparación jurídica presupone una clara determinación del *derecho existente*. La comparación jurídica no puede limitarse a coleccionar y confrontar textos, por ejemplo, documentos "constitucionales"; éstos pueden ser una simple hoja de papel, o una mera "constitución" semántica, para usar la celebrada expresión de Karl Löwenstein,[25] y las "constituciones" latinoamericanas normalmente lo son. (El problema no es describir derecho legislado, el problema es tratar como derecho, simples palabras de un texto.) En ocasiones, por ejemplo, el constitucionalista se limita a hablar del texto y cuando éste "se acaba", en vez de usar conceptos como 'eficacia', 'derogación', 'costumbre', etcétera, para describir la experiencia jurídica, se contenta con oponer al texto "la realidad", la cual es jurídicamente inefable, inaprehensible.[26]

Sólo mediante la adecuada identificación del derecho es posible determinar la doctrina jurídica que se le aplica. De esta forma se evita el uso de meras ideologías o conjeturas en la interpretación del derecho

XII. Epílogo

Recapitulando, me atrevo a decir que la comparación de órdenes jurídicos o de las instituciones que lo componen se inicia con la selección del material jurídico mediante los procedimientos adecuados de individuación de normas y disposiciones jurídicas. Asimismo, se debe caracterizar este material de conformidad con nociones claras de 'orden jurídico', 'validez', 'eficacia', etcétera, las cuales proporcionarán un primer criterio de identidad y existencia del derecho positivo. Este primer momento, el cual, como ya señalé, no es diferente de cualquier reformulación dogmática del material jurídico, permite, entre otras cosas, determinar la adecuación del marco doctrinal de referencia.

Si la comparación quiere ser dogmática relevante, ésta requiere de un marco de referencia, de un paradigma doctrinal —como diría Thomás Khun—.[27] Este marco doctrinal permitirá determinar si estos insti-

[25] Ver Löwenstein, Karl., *Verfassungslehre*, J.C. Mohr. (Paul Srebeck) Tubinga 1959. (Existe traducción española de Alfredo Gallego Ausbitarte: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 218.)

[26] Sobre este particular véase mi libro: *Introducción al estudio del derecho constitucional, cit.*, pp. 147-248.

[27] Véase Khun, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 1962. (Eexiste traducción española de Agustín Contín:

tutos son comparables. Los materiales jurídicos deben ser *conmensurables*: sus características, etcétera, deben ser susceptibles de entrar en correspondencia con otros institutos contemplados por el modelo. (Así, por ejemplo, dentro de un contruido modelo bien de tutela procesal de los administrados, puede caber el *ombudsman* sueco, el justicia aragonés, el defensor de las leyes de la Florencia de los Medicis, etcétera.) Sólo así pueden ser establecidas relaciones jurídicas relevantes necesarias para crear clasificaciones y genealogías de las instituciones.

Recordemos que la comparación jurídica debe incrementar nuestro conocimiento del derecho, no es un mero cotejo o contraste de instuciones. Es una técnica que nos permite una mejor descripción del derecho positivo.

La estructura de las revoluciones científicas, cit., México, Fondo de Cultura Económica, 1975.)

BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO *

Giuseppe DE VERGOTTINI**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Instituciones políticas y comparación en el campo del derecho constitucional.* III. *La función de la comparación en el derecho constitucional.* 1. *La función primaria de conocimiento; la comparación del derecho constitucional como ciencia.* 2. *La función de comprobación de los conocimientos.* 3. *La función de auxilio a la interpretación.* 4. *La función de auxilio a la preparación de textos normativos.* 5. *La función de auxilio a la armonización y unificación normativas.* IV. *El objeto de la comparación en el derecho constitucional.* 1. *Comparación interna y externa a un ordenamiento estatal.* 2. *Derecho extranjero y derecho comparado.* 3. *Macrocomparación y microcomparación.* 4. *El derecho positivo como objeto de comparación.* V. *La comparabilidad como presupuesto de la comparación.* 1. *Homogeneidad y comparabilidad de ordenamientos.* 2. *Homogeneidad y comparabilidad de institutos.* VI. *Clasificación y comparación.* 1. *Clasificación y teoría de las formas de Estado. Criterios para elaborar una tipología.* 2. *Las tipologías escogidas.* 3. *Referencia a otras hipótesis de clasificación propuestas.* VII. *Reflexiones finales sobre el método del derecho constitucional comparado.*

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de su vasta producción doctrinal, el profesor Héctor Fix-Zamudio ha demostrado repetidamente su vivo interés por el estudio de la comparación en el derecho constitucional. Así lo testimonian sus conocidos trabajos sobre los derechos del hombre y los instrumentos para su protección, como el recurso de amparo y, más en general, las competencias de los tribunales constitucionales.

Al comenzar este estudio —destinado a manifestar al ilustre amigo mi estima por su prolongado y apasionado compromiso científico y también la profundidad de los lazos que existen entre la Universidad de Bolonia y los juristas de lengua española—, quisiera tomar el hilo de una frase del profesor Fix-Zamudio en su relación general

* Traducción de Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

** Profesor ordinario de derecho constitucional, Universidad de Bolonia.

sobre "L'importance du droit comparé dans l'enseignement juridique", presentada al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Teherán en 1974: "Le droit comparé est une discipline méthodologique, et cependant, paradoxalement, il est à son tour affecté par de serieux problèmes de méthodologhie." [1] En esta frase se resume, en efecto, el verdadero problema de fondo de la comparación jurídica; problema afrontado con resultados cada vez más satisfactorios por los estudiosos del derecho privado, pero todavía abierto para los del derecho público y a cuya solución quiero ofrecer mi contribución.

II. Instituciones políticas y comparación en el campo del derecho constitucional

La formación de los Estados nacionales cuya consolidación se produce especialmente en el siglo pasado y continúa en el presente, condujo a la superación de la unidad de los grandes sistemas jurídicos preexistentes, dando lugar a la aparición de múltiples ordenamientos estatales que se consideran soberanos y autosuficientes.

Hoy en día, cada Estado pretende poseer un ordenamiento que procede de unas fuentes propias de producción normativa y capaz de ofrecer respuestas a todas las exigencias de la comunidad. De la independencia política y del rechazo de condicionamientos externos, deriva el postulado de su aptitud para disciplinar las relaciones sociales y definir los principios organizativos esenciales, así como la plenitud de las normativas adoptadas. Sin embargo, la *autosuficiencia* de un ordenamiento estatal y, por tanto, su idoneidad para cubrir con su propia normativa todas las situaciones que se consideran merecedoras de disciplina, no excluyen la existencia de *conexiones* con otros ordenamientos externos. Tales conexiones pueden suponer la simple toma en consideración de la existencia de otras disciplinas normativas —por ejemplo, para valorar mejor los proyectos de una nueva Constitución, de revisión constitucional, de leyes— o, incluso, la introducción en el ámbito de un ordenamiento de reglas jurídicas elaboradas y vigentes en otro, a través del procedimiento del reenvío.

El reconocimiento de la existencia de ordenamientos diferentes del que se toma como referencia y su consideración con fines diversos, según se indicará, lleva al *contraste* entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a varios ordenamientos. De tales contrastes

[1] *Cfr.*, Académie internationale de droit comparé, Rapports généraux au IX Congrés international de droit comparé, Teheran, 1974, Bruxelles, 1977, p. 146.

surgen coincidencias, semejanzas, diferencias que se tendrán en cuenta en distinta medida en función de las exigencias de quien los realice. La *comparación jurídica* es, pues, la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume los caracteres de las disciplinas científicas.

En el campo del derecho público y, en especial en el del derecho constitucional, la comparación reviste unos caracteres particulares que la distinguen sensiblemente de la que se produce en el derecho privado. En efecto, aquélla considera, sobre todo, los institutos jurídicos que se refieren a los individuos en la medida que afectan a la forma en que los diferentes ordenamientos regulan la *organización del poder* y, además, la posición de las personas y los grupos.

Así pues, aunque el esfuerzo del comparatista se ha de dirigir a la identificación y examen de la *disciplina jurídica* de las instituciones, el conocimiento de las instituciones políticas tiene una especial importancia para él. Es evidente que la familiarización con las diversas formas políticas constituye un presupuesto imprescindible para profundizar en los distintos regímenes jurídicos con ellas vinculados. Reaparece, por tanto, también al nivel de la comparación, el conocido problema de la relevancia o irrelevancia para el estudioso del derecho de las cuestiones relativas al *hecho político*. Problema que se resuelve distinguiendo claramente los perfiles propios del derecho constitucional de los correspondientes a otras disciplinas (politológicas, sociológicas, históricas) que cumplen una función auxiliar respecto de aquél y de los análisis comparativos que se desarrollan en su ámbito.[2] Las contribuciones que aportan los estudiosos de esas ciencias con absolutamente necesarias para comprender una materia que engloba temas propios de la teoría de la Constitución y de la teoría de los derechos de libertad en el ámbito más amplio de la teoría de las formas de Estado y de gobierno.

[2] Sobre la diferencia entre derecho comparado y otras disciplinas jurídicas, históricas, politológicas y sociológicas, *cfr.*, los estudios publicados en Rotondi, M. (ed.), *Buts et méthodes de droit comparé*, Padua, 1973. Además, Rotondi, M., voz "Diritto comparato" en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Turín, 1960, pp. 822 y ss.; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al Diritto Costituzionale*, 5ª ed., Milán, 1984, pp. 16 y ss.; Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, 1983, pp. 99 y ss.; Schwarz-Lieberman von Wahlendorf H. A., *Droit comparé, Théorie générale 16 principes*, París, 1978, pp. 69 y ss.; Bernhardt, R., "Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 24, 1964, pp. 431 y ss.; Zweigert, K. y Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, I, Amsterdam, 1977, pp. 4 y *ss.*

Tras esta breve introducción advirtamos que la ciencia de la comparación se enfrenta a una serie de problemas que pueden reducirse a las siguientes cuestiones: para qué se compara (problema de la *función); qué* se compara (problema del *objeto); cómo* comparar (problema del *método)*. Ahora bien, en el derecho constitucional, salvo contadas excepciones, la comparación se ha hecho siempre con escasas preocupaciones sistemáticas. De ahí lo limitado del esfuerzo de orientación científica, aunque evidentemente sea posible extraer una serie de criterios metodológicos implícitos en la mayor parte de las investigaciones que han estudiado las relaciones entre el ordenamiento italiano y otros diferentes desde una perspectiva comparada.

Las razones de la sustancial desatención a los problemas del *método comparado* en el derecho constitucional, pese a que numerosos autores recurren inevitablemente a ella, han de buscarse probablemente en el hecho de que hasta tiempos recientes las comparaciones se han producido, por un acuerdo general implícito, entre ordenamientos pertenecientes a un área político-institucional sustancialmente homogénea, centrada en los Estados europeos y en algunos de sus apéndices extraeuropeos. Los ordenamientos y los institutos comparados han sido los propios de la democracia liberal, que era considerada la forma política "natural" de los Estados que contaban en la escena internacional. Las desviaciones del modelo liberal clásico se consideraban como "degeneraciones" de las formas de Estado liberal. Los ordenamientos por los que se interesaba el estudioso eran normalmente los europeos y el de los Estados Unidos, históricamente ligado profundamente con el inglés. Los ordenamientos extraños a esta área constitucional y geográfica suscitaban más que nada una curiosidad erudita pero, en general, eran ignorados.

Esta visión fundamentalmente *eurocéntrica* comenzó a difuminarse tras el primer conflicto mundial con la entrada en escena del Estado soviético, que constituía una realidad demasiado notoria para ser olvidada pese a apartarse del modelo "clásico" de los ordenamientos democráticos. Y terminó con la ola imparable de nuevos ordenamientos estatales surgidos de la descolonización de la segunda posguerra.[3]

Estos dos eventos rompieron progresivamente el consenso sobre cuál había de ser la forma de Estado digna de atención para la ciencia

[3] *Cfr.*, Knapp, V., *La scienza del diritto* (trad. it.), Bari, 1978, p. 90. Sobre la influencia ejercida por la forma de Estado socialista sobre la clasificación tradicional de las formas de Estado, *cfr.*, Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político*, IV Madrid, 1984, pp. 379 y ss.

constitucional y, en consecuencia, para la del derecho constitucional comparado. Hicieron ver que, junto a la forma de Estado de democracia "clásica", iban surgiendo otras. Se tuvo en cuenta al Estado soviético y se comenzó a pensar que las desviaciones autoritarias del modelo democrático podían conducir a la individualización de una específica forma de Estado autoritario. Se comprendió que los Estados de nueva independencia no siempre podían encuadrarse en el esquema de referencia del Estado democrático-liberal o en el esquema socialista soviético, a pesar de que hicieran constante mención de principios y soluciones organizativas ya experimentados en tales ordenamientos.

El reconocimiento de esas formas de Estado diferentes y no coincidentes no significó, sin embargo, que fuese fácil su sistematización científica, ni el hallazgo de metodologías de comparación satisfactorias. En cuanto a la clasificación de las formas de Estado, únicamente el Estado liberal y el socialista han consentido una determinación clara de elementos reconducibles a tipologías precisas. Los Estados recién independizados son, a menudo, la resultante híbrida de principios y soluciones organizativas que se remontan a características histórico-políticas y del sistema jurídico propias de tradiciones locales y de principios y soluciones inspirados en el Estado liberal o en el socialista. Su reducción a unidad es problemática, cuando no impropia, y solamente una investigación analítica de cada ordenamiento o grupo de ordenamientos podría conducir a la elaboración de una tipología científicamente aceptable.

Esto nos hace comprender las dificultades que representa proceder a comparaciones ampliadas a Estados diferentes del democrático-liberal y la razón por la cual, durante mucho tiempo, pasaban por estudios comparados análisis meramente descriptivos de ordenamientos específicos reunidos en una recolección. Las dificultades que acabamos de recordar no han desaparecido y, en la actualidad, a pesar del rico debate sostenido por los comparatistas en el campo del derecho privado, la depuración de los criterios metodológicos de la comparación en el derecho constitucional está todavía por realizar.

En el estudio que sigue se intentará reordenar conceptos en gran parte conocidos y ofrecer una orientación sistemática del estudio comparado del derecho constitucional, examinando su función, su objeto y su metodología.

III. La función de la comparación en el derecho constitucional

A la hora de identificar las funciones de la comparación en el derecho constitucional, son de gran ayuda las conclusiones, ampliamente compartidas, que hace ya tiempo alcanzaron los estudiosos de la comparación en el derecho privado y mercantil: la función primaria de la comparación es el conocimiento y su función secundaria es la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación para conseguir diversos objetivos que se examinarán más adelante.

1. *La función primaria de conocimiento: la comparación del derecho constitucional como ciencia*

La comparación, además de instrumental para la verificación de las generalizaciones y de servir para otros fines que se indicarán después, es un método que consiente la adquisición de nuevos *conocimientos*. En otras palabras, del estudio comparado de ordenamientos o de institutos de distintos ordenamientos, surgen elementos cognoscitivos indispensables para la ciencia del derecho constitucional. Un ejemplo clásico lo constituye el estudio comparado, del que se extrae aquel conocimiento de los ordenamientos que permite elaborar las categorías clasificatorias para encuadrar y analizar las diversas experiencias constitucionales. Los conceptos de "forma de Estado" y "forma de gobierno", proceden de intentos de depuración realizados por los estudiosos de los ordenamientos políticos y jurídicos a través de investigaciones comparadas de las experiencias institucionales del pasado y del presente. De este modo, la comparación puede ofrecer una ayuda válida a la construcción de los conceptos con los que se forman las clasificaciones dentro de las que se desarrolla el estudio del derecho constitucional y, en especial, el comparado.

Aunque sean muy variados los criterios utilizados para elaborar los esquemas de referencia, la teoría de las formas de Estado y la de las formas de gobierno, estrechamente ligada a ella, parten de un examen empírico de las distintas experiencias constitucionales y, luego, una vez formulados los propios criterios de clasificación, tienden a insertar en ellos las realidades constitucionales existentes históricamente.

Si, por ejemplo, consideramos la "forma de gobierno parlamentaria", constatamos que se trata de una fórmula clasificatoria que ha sido

teorizada a partir de la observación de la experiencia constitucional inglesa y también de otros ordenamientos (francés, belga). El estudio de las analogías y de las constantes históricas ha conducido a la definición de un modelo dotado de elementos identificadores bien precisos (gobierno representativo, elecciones libres, confianza parlamentaria, control político del Parlamento sobre el gobierno, función de oposición, distinción entre las funciones parlamentarias y las gubernamentales, función arbitral del jefe del Estado, etcétera). Todas las veces que se examine un ordenamiento que, a primera vista, contenga alguno de estos elementos, será inevitable operar una comparación con el modelo abstracto de gobierno parlamentario o con algunos ordenamientos que habitualmente se definen como de gobierno parlamentario. De este modo se llegará a proponer si se debe incluir o no el ordenamiento estudiado en la figura tipológica denominada precisamente "gobierno parlamentario".[4]

Otras consideraciones que se hacen comúnmente para subrayar la función cognoscitiva del derecho comparado derivan de la observación según la cual "ningún análisis que se limite a los fenómenos surgidos dentro de las fronteras nacionales merece el nombre de ciencia". Una disciplina científica, para serlo verdaderamente, no puede limitarse al conocimiento de un solo ordenamiento estatal aunque sea cierto que el estudio de las ciencias jurídicas, tras la Constitución de los Estados nacionales, se ha mantenido normalmente dentro de sus confines. El derecho comparado permite que la ciencia jurídica se haga internacional y, por tanto, ciencia en sentido propio.[5] Esta opinión, difundida entre los estudiosos del derecho privado puede, seguramente, extenderse a las investigaciones que tienen por objeto el derecho público y constitucional.

La función de la comparación jurídica, incluso en el campo del de-

[4] *Cfr.*, por ejemplo, Mortati, C., *Le forme di governo*, Padua, 1973, pp. 145 y *ss.*, a propósito de la noción de forma de gobierno parlamentaria y sus aplicaciones y, más en general sobre la utilización en el derecho comparado de la tipificación de las diversas formas de Estado y de gobierno, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9ª ed., Padua, 1975, p. 53; igualmente, *cfr.*, Dogliani, M., "Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo", en *Giustizia Costituzionale*, 1973, pp. 216 y ss.; *cfr.*, además, Giannini, M. S., "Prólogo", a Burdeau, G., *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milán, 1950, XV; Crisafulli, V., "Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia", en *Studi Crosa*, Milán, 1960, p. 598. Sobre la importancia de la tipificación, *cfr.*, en especial Sánchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, 6ª ed., Madrid, pp. 23 y *ss.*

[5] Zweigert, K., y H. Kötz, *An Introduction, cit.*, p. 11.

recho constitucional, es el conocimiento.[6] El conocimiento es la premisa necesaria para utilizar los *resultados* de la comparación. Éstos pueden encaminarse bien a fines de elaboración doctrinal, bien a fines eminentemente prácticos, según se verá inmediatamente.

Pero el conocimiento es también la esencia de una disciplina científica autónoma.[7] Basta con mencionar al respecto la larga polémica que se produjo —especialmente en las últimas décadas— entre aquellos que sostenían que la comparación jurídica era un *método* de investigación científica y quienes, al contrario, entendían que se le debía reconocer el carácter de verdadera *disciplina científica*.

Será suficiente recordar, en relación con esta cuestión, que el derecho comparado no coincide con una disciplina sectorial caracterizada por un específico ámbito de conocimiento (como cuando el término derecho se ve calificado por los adjetivos "privado", "público", "constitucional" y otros similares) que afecta a una parte del *derecho positivo* vigente. El derecho comparado no es derecho positivo, pero concierne al contraste entre diferentes ordenamientos positivos y a partir de él se dedica a operaciones lógicas de análisis y de síntesis. En contraste comporta una metodología específica. Por eso, es innegable que el método comparado debe ocupar una posición central en cuanto instrumento y ocasión de conocimiento y también es comprensible que muchos autores hayan terminado por reducir la comparación exclusivamente al método comparativo.

Sin embargo, cuando el método comparado se construye con sus propias modalidades, cuando la comparación afecta a campos de investigación concretos, responde a fines específicos y atiende a reglas que sólo son propias de ella y no de otras disciplinas científicas, bien puede concluirse que es una ciencia autónoma de las demás.[8]

[6] *Idem*, p. 12; Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., *Droit comparé, cit.*, pp. 25 y 204.

[7] Udina, M., "Metodi e fini del diritto comparato", en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1972-1973, p. 8; Gorla, G., voz "Diritto comparato", en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, pp. 928 y ss.; Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 1980, pp. 12 y ss.; Gambaro, A., y R. Sacco, voz "Diritto Comparato", en *Novissimo Digesto Italiano*, apéndice II, Turín, 1981, pp. 1167; Sacco, R., "Droit commun de l'Europe et composantes du droit", en Cappelletti, M., *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Florencia, 1978, pp. 95 y ss.; *idem*, "Comparazione giuridica e conoscenza del dato guiridico positivo", en AA. VV. *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, pp. 243 y ss.; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.*, pp. 4 y ss.; Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato, cit.*, pp. 100 y ss.; Grzybowski, S. M., "Les buts des recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, p. 325.

[8] *Cfr.*, Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.*, pp. 4 y ss.; Pizzorusso, A.,

2. *La función de comprobación de los conocimientos*

La comparación ofrece al investigador la ocasión de efectuar una comprobación de los datos referentes al conocimiento de los ordenamientos examinados. Es, pues, un "elemento de control",[9] para constatar lo fundado de cuanto resulta de otros métodos de investigación, y entra en el marco más amplio de las posibilidades de las que dispone el intérprete de los ordenamientos constitucionales.

A los datos obtenidos a través del examen del derecho positivo y de la historia constitucional, puede añadirse la comprobación comparativa.

Tomemos el instituto de la confianza parlamentaria en la Constitución italiana. Para conocerlo será imprescindible examinar la normativa escrita y también la práctica constitucional republicana. Sin embargo, en un momento dado, se revisará la regulación (consuetudinaria) de la confianza durante la vigencia del Estatuto de Carlos Alberto para convalidar ciertas valoraciones —recurso al método histórico-constitucional— y se recordará la introducción del instituto de la confianza y su desarrollo en una serie de ordenamientos cuya relación con el italiano se admite convencionalmente —recurso al método comparado e histórico-comparado.[10]

En otros casos, el recurso a la comparación puede hacerse para comprobar la compatibilidad con el ordenamiento de referencia de eventuales modificaciones del ordenamiento constitucional (hipótesis de nueva normación o de innovaciones normativas introducidas, pero no suficientemente experimentadas).

Del debate político verificado en Italia en los últimos años pueden extraerse dos ejemplos: las "leyes excepcionales" y "la alternancia". Frente a las amenazas del terrorismo político y frente a la exigencia de defender las instituciones, se pensó que los remedios ofrecidos por la legislación vigente no eran suficientes. Por eso se recurrió a las "leyes excepcionales". Sin embargo, si se examina la Constitución italiana se verá que no existe en ella traza formal alguna de tal posibilidad jurídica. Para comprender en qué consiste este instituto es inevitable remitirse, además de a los precedentes constitucionales y a

Corso, cit., pp. 105 y ss.; Schwarz-Libermann von Wahlendorf H. A., *Droit comparé, cit.*, p. 214; Sánchez Agesta, L., *Curso, cit.*, pp. 22 y ss.; Ancel, M., *Utilità e metodi del diritto comparato*, Nápoles, 1974, p. 34.

[9] Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A. *ob. cit.*, p. 205.

[10] *Cfr.*, por ejemplo, el estudio de Galizia, M., *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milán, 1972.

la interpretación sistemática de la Constitución, a las experiencias positivas de otros ordenamientos semejantes al italiano: artículo 48 de la Constitución de Weimar; artículo 16 de la actual Constitución francesa; capítulo X a de la Ley fundamental de Bonn, por citar solamente los más conocidos. De estas normas —y también de la praxis y de la elaboración doctrinal— se deduce que la tutela de la Constitución puede justificar una derogación de las garantías, previstas para los tiempos normales, de la separación de poderes, de las competencias de los jueces y otras similares.

El ejemplo de la "alternancia" se refiere a la observación que se ha hecho acerca de la posibilidad de aplicar también en Italia el principio de la rotación de las diversas fuerzas políticas en el control del aparato del gobierno, principio desconocido en la práctica constitucional italiana, ya que desde la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, hasta hoy, las funciones de gobierno y de oposición han permanecido tendencialmente estables. El principio de la alternancia es, por el contrario, familiar a numerosos ordenamientos europeos o históricamente relacionados con Europa (Inglaterra, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Alemania, Austria, estados escandinavos). De aquí se desprende que para comprender su significado será necesario comparar las instituciones constitucionales italianas —especialmente el sistema de partidos, la legislación electoral, las concepciones de la lealtad constitucional— con las de los ordenamientos que han experimentado realmente tal alternancia.

En virtud de las consideraciones precedentes, parece que se puede aplicar también al estudio del derecho constitucional comparado una persuasiva convicción que expresan los estudiosos de la política comparada: la *comprobación de las generalizaciones* que se formulan sobre la base de los conocimientos empíricos es una función esencial de la ciencia comparada. Observa, por ejemplo, Sartori, que entre los métodos seguidos por los científicos sociales (experimental, estadístico, comparado e histórico), el recurso al comparado se hace inevitable cuando se quieran comprobar los resultados obtenidos por medio de los demás, especialmente los ofrecidos por aquellos de carácter empírico que parecen, en principio, los más seguros y satisfactorios.[11]

En particular, se suele observar que el método empírico es adecuado para afrontar cuestiones claramente definidas, institutos bien delimitados; mientras que difícilmente puede utilizarse para análisis de

[11] Sartori, G., "La politica comparata: premesse e problemi", en Urbani, G., *La politica comparata*, Bolonia, 1973, pp. 60 y ss.

amplio espectro. Puede recurrirse al método estadístico cuando se cuenta con datos susceptibles de un tratamiento de esta naturaleza. El método histórico será útil cuando sean necesarios los precedentes históricos para estudiar un instituto desde una perspectiva diacrónica, que requiere una competente y meditada atención a los elementos y circunstancias de hecho, a menudo profundamente diferentes de los que caracterizan la realidad institucional actual de quien efectúa el análisis. En consecuencia, cuando los datos empíricos, estadísticos e históricos no sean suficientes, el único remedio será la comparación de las soluciones acogidas por diversos ordenamientos a fin de comprobar la exactitud de los datos cognoscitivos disponibles.

Un ejemplo aclarará cuanto se ha señalado. Como es sabido, el instituto de la encuesta ocupa un lugar significativo en el estudio de los instrumentos inspectivos del Parlamento en los ordenamientos con separación de poderes de los Estados de derivación liberal. Pues bien, la investigación sobre las encuestas parlamentarias en el ordenamiento italiano puede circunscribirse al estudio de una concreta comisión de encuesta (ley institutiva, composición, criterios organizativos, funcionamiento, conclusiones, eventual debate parlamentario subsiguiente), analizando con método empírico un "caso" particular; también puede efectuarse reuniendo los datos relativos a los criterios seguidos por el ordenamiento italiano para la creación de estas comisiones y sometiéndolos a tratamiento estadístico (formación de comisiones monocamerales o bicamerales; acuerdo constitutivo con forma de ley o sin ella; criterios de selección de los representantes de los grupos parlamentarios en relación con su número de miembros o el peso de los partidos; pautas entorno a la interpretación del principio de "proporcionalidad"; determinación de las normas procesales, recogidas en los códigos de enjuiciamiento y en los reglamentos parlamentarios, aplicables a la realización de la instrucción pertinente; previsión de sesiones públicas o secretas; posibilidad de conclusiones minoritarias; efectos de la presentación de las conclusiones ante el pleno, distinguiendo la hipótesis de que se produzca discusión de aquella en la que no la hay). En fin, será posible llevarla a término mediante el método histórico recogiendo los precedentes que existan tanto en el ordenamiento republicano cuanto en el anterior monárquico (tal como generalmente se suele hacer respecto del acto institutivo de la comisión, su composición, los poderes de instrucción, las normas aplicables, los acuerdos que pueden adoptar y respecto de otros extremos similares).

Por lo regular, los criterios metodológicos observados por el investigador son integrados con consideraciones de carácter comparado que tienen —normalmente de manera implícita— la función de comprobar y justificar la exactitud de los datos extraídos del análisis directo de un ordenamiento nacional. Recurriendo a la comparación que relaciona ordenamientos homogéneos con el italiano (pertenecientes a la misma forma de Estado), el investigador está en condiciones de comprobar la existencia del instituto de la encuesta en casi todos los Parlamentos; la discrecionalidad política de la mayoría y, en general, la conexión con las directrices del gobierno respecto de la decisión de proceder a la encuesta; la naturaleza excepcional de la competencia parlamentaria de encuesta política sobre el gobierno y la administración pública; el paralelismo entre las competencias de instrucción parlamentarias y judiciales; la distinción entre el cometido constitucional de la comisión *ad hoc* y el de la asamblea y entre las competencias inspectivas de la primera y las de control político de la segunda.

Obviamente, el investigador podrá poner de manifiesto elementos que se apartan de los que existen en el ordenamiento italiano o en la práctica totalidad de los que se han examinado: notará las diferencias que hay entre la función de las comisiones inquiridoras de los ordenamientos con gobierno parlamentario y las de los que poseen tendencias presidencialistas; observará la existencia de tribunales de encuesta desvinculados del Parlamento en Inglaterra;[12] encontrará hipótesis de iniciativa vinculante de la oposición y de atribución de competencias inquiridoras a comisiones permanentes en Alemania.[13] Pero, en su conjunto, el conocimiento comparado ofrecerá un sólido marco de referencia al análisis realizado sobre el instituto de la encuesta en el ordenamiento nacional en la medida en que la depuración de los conceptos esenciales de la forma de gobierno de otros ordenamientos —con especial referencia a las relaciones entre el Parlamento y el gobierno, a la inspección política y, particularmente, a las encuestas parlamentarias— permitirá una madura reflexión sobre la exactitud de los elementos reunidos mediante el análisis empírico. Es posible concluir, por tanto, que también en el derecho constitucional el estudio comparado de otros ordenamientos en materia de encuestas parla-

[12] *Cfr.*, Bercusson, B., "Le commissioni parlamentari di inchiesta nel diritto costituzionale britannico", en De Vergottini, G. (ed.), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Rimini, 1985, p. 330.

[13] *Cfr.*, Leisner, W., "Le commissioni d'inchiesta parlamentari e la legge fondamentale di Bonn", *idem*, pp. 361 y ss.

mentarias permite perfilar mejor los contornos de este instituto dentro del ordenamiento italiano.[14] En consecuencia, es correcto definir el método comparado como un instrumento a través del cual se convalidan los resultados de las investigaciones conducidas con arreglo a otros métodos.

3. *La función de auxilio a la interpretación*

Más en general, hay que señalar que el método comparado forma parte de las técnicas interpretativas de los institutos constitucionales utilizadas en el marco de la interpretación sistemática,[15] especialmente por los órganos jurisdiccionales. El recurso a la comparación lo efectúan tanto los órganos jurisdiccionales nacionales cuanto los internacionales.[16]

La Corte Constitucional italiana utilizó el método comparado cuando, al confrontar el sistema de garantías previsto por la Constitución italiana en materia jurisdiccional con el previsto por el tratado institutivo de la CEE, llegó —entre otras— a la conclusión de que la cuestión de legitimidad constitucional de la norma nacional que consiente la ejecución en Italia del artículo 189 CEE era infundada *(cfr.,* la sentencia n. 183 de 27 de diciembre de 1973). Igualmente, la Corte siguió el mismo método para considerar fundada la cuestión de legitimidad planteada respecto del convenio ítalo-francés en materia de extradición en la medida en que consentía la extradición por delitos que en el Estado reclamante eran castigados con la pena de muerte, no admitida por la Constitución italiana. En este caso, se comparó el ordenamiento italiano con el francés *(cfr.,* sentencia n. 54 del 21 de junio de 1979).

El artículo 38, letra *c)* del Estatuto del Tribunal Internacional de

[14] Sobre la utilización de la comparación espacial y temporal del instituto de la encuesta a la vista de su calificación en el ordenamiento italiano, *cfr.,* Recchia, G., *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste,* Nápoles, 1979, *passim.*

[15] Pizzorusso, A., *Corso, cit.,* pp. 109 y ss.

[16] Sobre el recurso a la comparación por parte de los tribunales internacionales, *cfr.,* Mosler, H., "Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten", en *Internationale Festschrift für A. Verdross,* Munich-Salzburgo, 1971, pp. 381 y ss.; Zemanek, K., "Was Kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Recht fur das Recht der Internationalen Organizationen leisten?", en *Zeitchchrift für ausländisches öffentliches Rech und Völkerrecht,* 1973, pp. 453 y ss.; Ress, G., "Rechtsvergleichung und internationaler Schutz der Menschenrechte", en *Landesreferate II internationaler Kongress für Rechtvergleichung,* Caracas, 1982, Heidelberg, 1982, pp. 257 y ss.

Justicia,[17] dispone que el Tribunal aplica, además de las convenciones y costumbres, los "principios generales del derecho reconocidos por las Naciones civilizadas". Tales principios proceden, en su origen, de los ordenamientos estatales; pero pueden ser aplicados a nivel internacional, previo examen comparado. Entre ellos, destacan los que se refieren a la interpretación de las normas jurídicas.[18] Por otra parte, el carácter fragmentario de las reglas procesales a observar ante el Tribunal Internacional de Justicia ha impulsado la búsqueda de una disciplina para las hipótesis no reguladas expresamente por las normas internacionales y ha sugerido el recurso a la comparación como método para colmar las lagunas.[19]

Pese a que no existe una normativa específica en relación con las competencias del Tribunal de Justicia comunitario, el artículo 215 del Tratado de la CEE (y el artículo 188 del Tratado de la CEEA) prevé que la Comunidad debe resarcir los daños causados por sus instituciones en materia extracontractual "de conformidad con los principios generales comunes a la legislación de los Estados miembros". Esta previsión expresa de los tratados ha llevado a subrayar la importancia de la comparación entre las regulaciones de la responsabilidad extracontractual en los ordenamientos de los Estados que forman parte de la Comunidad.[20]

Pues bien, el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas debe utilizar frecuentemente los principios del derecho común a los ordenamientos de los Estados miembros para resolver numerosas cuestiones que se le someten en virtud de los tratados, y para obtener esos principios comunes es evidente que debe proceder a una comparación.[21]

[17] Sobre la comparación respecto al art. 38, *c)*, *cfr.* Friedmann, W., "The teaching of comparative jurisprudence", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, p. 228; Schwarz-Liebermann, H. A.,*ob. cit.*, p. 84; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 6 y ss.

[18] *Cfr.*, Udina, M., *Metodi, cit.*, p. 6.

[19] Mangoldt, H. von, "La comparaison des systémes de droit comme moyen d'élaboration de la procédure des tribunaux internationaux", en *Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Rech und Völkerrecht*, 1980, pp. 561 y ss., llega a la conclusión de que el recurso a la comparación ha de subordinarse a la voluntad de los Estados miembros de la institución internacional.

[20] Sereni, A. P., "Funzione e metodo del diritto comparato", en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 160; Grisolo, A., *Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli stati della Comunità Europea in materia di responsabilità extracontrattuale*, Pubblicazione della Università di Pavia, Padua, 1963; Zweigert, K., "Les principes généraux de droit des Etats membres", en Ganshof Van der Meersch, W. J. (ed.), *Droit des Communautés européennes*, Bruselas, 1969, pp. 441 y ss.; Cappelletti, M., "Le droit comparé et son einseignement", en Rotondi, M. (ed.), *Buts., cit.*, p. 69.

[21] Sobre el recurso a la comparación por parte del Tribunal de Justicia Comuni-

A partir de la sentencia Nold (causa 4-73),[22] el Tribunal ha reconocido que no puede separarse de los principios constitucionales "comunes a los Estados miembros". Posteriormente, el Tribunal se ha mantenido, en general, fiel a esta orientación. Así, a título de ejemplo, señalemos que reconoció su competencia, en materia contencioso-electoral relativa a la formación de los comités de personal, para el examen de los "recursos promovidos respecto de dichas elecciones en consideración a los principios de libertad y democracia comunes a todos los Estados miembros en materia de derecho electoral" (sentencia De Dapper, en la causa 54-75).[23] También admitió la declaración de responsabilidad extracontractual de la administración por los daños eventuales en la medida en que está prevista por los ordenamientos de los Estados miembros (sentencia Kampfmeyer en la causa 56 a 60-74).[24] Asimismo procedió a la comparación de los sistemas nacionales de tutela jurisdiccional para la restitución de impuestos indebidamente percibidos por los Estados miembros (sentencia Denkavit italiana, en la causa 61-79).[25] En fin, en la sentencia dictada en la causa 149-79 (Comisión-Reino de Bélgica),[26] a los efectos de interpretar el artículo 48, n. 4 del Tratado de la CEE que excluye la aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores "a los empleos de la administración pública", el Tribunal se planteó el problema de si era posible extender tal cláusula, además de a la administración dotada de poderes de imperio, también a la formada por los entes públicos económicos. Para resolverlo tuvo que considerar el régimen de la administración pública y del empleo público en los ordenamientos de los Estados miembros con el objeto de comprobar si las diferentes normativas constitucionales consentirían excluir a los no ciudadanos del empleo público.

4. *La función de auxilio a la preparación de textos normativos*

La preparación de los textos normativos es un momento privilegia-

tario, *cfr.*, Bredima, A., "Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities", en *The Yearbook of World Affairs*, 1978, pp. 320 y *ss.*; Pescatore, P., "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Stats membres", en *Revue internationale de droit comparé*, 1980, pp. 335 y ss.

[22] *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1974, 4, p. 491.

[23] *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, 7, p. 1389.

[24] *Idem.*, 5, p. 740.

[25] *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1980, pp. 1224 y ss.

[26] *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1979, pp. 3881 y ss.

do para recurrir a la comparación. Más aún, históricamente, la ocasión para el desarrollo de la moderna ciencia de la comparación vino dada, precisamente, por los estudios de legislaciones comparadas.

En la elaboración de los textos constitucionales escritos siempre se ha recurrido de una forma más o menos sistemática a la comparación. Prescindiendo de la hipótesis en que un Estado distinto al destinado a recibir la Constitución ha impuesto sustancialmente un determinado modelo constitucional, en casi todos los casos de adopción de nuevos textos constitucionales los órganos constituyentes realizan una comparación entre las soluciones ya experimentadas o entre éstas y esquemas de referencia elaborados por los centros constituyentes interesados: influencia del modelo norteamericano sobre los constituyentes iberoamericanos; influencia de los modelos de los Estados liberales y de los socialistas sobre los constituyentes de muchos Estados recién independizados; influencia del modelo soviético sobre los constituyentes de la totalidad de los Estados socialistas.

Viniendo a ejemplos más próximos, es posible recordar las referencias a las constituciones de otros Estados durante los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente italiana: la organización del Estado, la descentralización regional, la regulación de las libertades fundamentales, fueron objeto de amplios debates, frecuentemente basados en consideraciones y menciones de las experiencias comparadas.[27]

Los trabajos de la Comisión Parlamentaria para las Reformas Institucionales, creada por las dos cámaras del Parlamento italiano en la octava (abril de 1983) y novena (octubre 1983) legislaturas con el objetivo de proponer incluso modificaciones constitucionales, son particularmente ricos en referencias comparadas, del mismo modo que los análisis efectuados en distintas sedes, también doctrinales, en tal ocasión. Por lo demás, ya los mismos acuerdos parlamentarios constitutivos de la Comisión aludían a institutos constitucionales propios de otros ordenamientos (como el Parlamento unicameral o el defensor

[27] Sobre la influencia ejercida por los modelos extranjeros sobre el Constituyente italiano, *cfr.*, Volterra, S., "La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti", en De Siervo, U. (ed.), *Scelte della Costituente e cultura giuridica, I: Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bolonia, 1980, pp. 117 y ss.; De Siervo, U., "Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia", *idem*, pp. 293 y ss.; Bruno, F., "I guiristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati", *idem*, pp. 59 y ss.; *idem*, "Il problema del governo alla Costituente; el contributo di Egidio Tosato, Suggestione di modelli stranieri e spunti originali", en *Il Politico*, 1981, 1-2, pp. 127 y ss.

cívico) que implicaban el estudio comparado de diferentes experiencias constitucionales.

Análisis comparados precedieron a la elaboración de la Ley fundamental de Bonn de 1949,[28] a la de las constituciones francesas de 1946 y 1958,[29] y han caracterizado los trabajos preparatorios de la Constitución portuguesa de 1976 y de la española de 1978.[30] Las consecuencias de este planteamiento del trabajo constituyente emergen a menudo con claridad en el mismo texto constitucional definitivo. Así, si entre otros ejemplos, tomamos el que ofrece la Constitución española considerando solamente un número limitado de sus disposiciones, constatamos que: el artículo 113 recoge el mecanismo de la "censura constructiva" regulado por la Ley fundamental alemana (artículo 67); el artículo 122 instituye un órgano de garantía de la independencia de la magistratura fielmente modelado sobre la base del Consejo Superior de la Magistratura previsto por la Constitución italiana (artículo 124); el artículo 155 prevé una forma de intervención represiva frente a una comunidad autónoma que incumpla sus obligaciones que toma como modelo el mecanismo de la *Bundesexecution* (artículo 37 de la Ley fundamental alemana); el artículo 54 instituye el Defensor del Pueblo como alto comisario parlamentario que se inspira en el instituto del *ombudsman* previsto por las constituciones escandinavas.

La comparación tiene una función significativa en la preparación de la legislación en la práctica totalidad de los ordenamientos,[31] in-

[28] Dolle, H., "Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 149 y 150; Drobnig, U. y P. Dopffel, "Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber", en *Rabel's Zeitschrift für auslandisches und internationales Privatrecht*, pp. 257 y 258.

[29] Vedel, G., "Les apports de droit comparé de droit constitutionnel francais (1945-1965)", en *Livre du centenaire de la societé de legislation comparée*, I, Paris, 1969, pp. 184 y ss. Para una consideración de la experiencia comparada en los trabajos preliminares y sobre la influencia de las constituciones extranjeras, *cfr.*, De Vergottini, G., *Le origini della seconda repubblica portoghese, 1974-1976*, Milán, 1977, pp. 83 y ss.; Miranda, J., *A Constitucao. Estrutura, Principis fondamentais*, Lisboa, 1978, pp. 170 y ss.

[30] Herrero de Miñón, M., "Les sources étrangères de la Constitution" en *Pouvoirs*, 8, 1978, pp. 97 y ss.; también Lucas Verdú, P., *Curso de derecho politico, cit.*, pp. 34 y ss.

[31] Una convincente panorámica del recurso a la comparación antes de la adopción de la legislación con especial referencias al establecimiento de códigos se encuentra en las relaciones país por país publicadas en AA. VV. *Livre du centenaire de la societé de legislation comparé, II, Evolution internationale et problémes actuels du droit comparé*, Paris, 1971, pp. 267 y *ss.* Sobre la influencia ejercida por los estudios comparados en la preparación de las grandes codificaciones en materia penal. *cfr.*, Pedrazzi, C., "Apporto della comparazione alle discipline penalistiche", en AA. VV., *L'apporto, cit.*, pp. 179 y ss., y Denti, V., "Diritto comparato

cluidos los socialistas aunque en estos últimos se suele limitar exclusivamente a la que se realiza con los ordenamientos que comparten las mismas premisas ideológicas.[32] Referencias comparadas y verdaderas investigaciones de esta naturaleza se pueden encontrar en la fase preparatoria de la legislación en Italia. Citemos, como muestra, la Ley italiana de 27 de julio de 1967, n. 685 que aprobaba el Programa Económico 1966-1970. Esta ley fue precedida por un amplio debate político y doctrinal en el que la valoración y comparación de las experiencias de otros ordenamientos estuvieron a la orden del día.[33]

Reconocer la importancia de la comparación entre los proyectos de leyes nacionales y los textos normativos de otros ordenamientos, no debe, obviamente, inducir al error de aceptar el trasplante de tales textos al ordenamiento desde el que se realiza la comparación. Por el contrario, es exacto afirmar que la comparación tiende a suscitar propuestas o a comprobar aquéllas que han madurado en el ordenamiento en cuestión y que, más que los textos considerados en sí mismos, interesan al legislador nacional las "ideas" que están tras las formulaciones normativas [34] o las soluciones ofrecidas a los problemas que se viven en el país.

En cualquier caso, está fuera de dudas que los factores políticos nacionales propios del ordenamiento que recurre a la comparación, así como el conocimiento del contexto político en el que operan las normativas estudiadas con motivo del análisis comparado, pueden condicionar la eventual propuesta de normas que deberían ser "trasplantadas".[35] En este sentido, no se debe ocultar el riesgo de la inutilidad

e scienza del processo", *idem*, pp. 204 y ss. Sobre el recurso a la comparación en apoyo de proyectos de reformas legislativas, *cfr.*, Treu, T., "Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano", *idem*, pp. 130 y ss., donde se pone de relieve la influencia que ejercen sobre la legislación y la doctrina los modelos extranjeros invocados en materia de negociación colectiva, relación ley-convenio colectivo, reconocimiento de los sindicatos, regulación de la huelga.

[32] *Cfr.*, Knapp, V., "Le droit comparé en Tchécoslovaquie", en *Livre du centenaire, II, cit.*, pp. 535 y ss.

[33] Citemos a título indicativo a Predieri, A., *Pianificazione e Costituzione*, Milán, 1963, e *idem*, "Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici", en AA. VV., *Il programma economico 1966-1970*, Milán, 1967.

[34] En este sentido, *cfr.*, Watson, A., *Legal transplants*, Edinburgo, 1974 p. 17.

[35] Entorno al condicionamiento que ejercen los factores políticos ambientales sobre el éxito de una eventual utilización de normativas extranjeras, *cfr.*, Marsh, N. S., "Comparative Law and Law reform", en *Rabel's Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 41, 1977, pp. 661 y ss.; para una referencia a los diversos resultados de los institutos constitucionales propios de las viejas potencias coloniales en los ordenamientos africanos, *cfr.*, Ojwang, J. B., "The application of the Comparative Method in the Domain of Public Law: Some Reflections", en *Revue de Droit International*, 1982, pp. 207 y ss.

de una comparación basada únicamente en el dato formal de tales textos normativos, ignorando, en cambio, su aplicación en el ordenamiento considerado.[36]

No existe, pues, ningún criterio orgánico que presida el recurso a la comparación por parte del legislador: exigencias específicas,[37] condicionadas por factores locales o por el particular momento histórico, al igual que la notoriedad lograda por opciones realizadas en otros ordenamientos, puede incitar a la comprobación comparada.

Se admite, generalmente, que el recurso a la comparación se efectúa mejor en la fase preparatoria que tiene lugar en las oficinas legislativas de los ministerios. En cambio, cuando el proyecto comienza su viaje a través de las comisiones parlamentarias, las exigencias políticas contingentes de los parlamentarios y de los representantes del gobierno tienden a hacer que se olvide la confrontación con otros ordenamientos.[38]

En fin, se ha observado que el recurso a los análisis comparados termina por interesar en aquellos sectores de la actividad legislativa que presentan aspectos técnicos particulares o uniformidad de intereses con los ordenamientos objeto de estudio comparado (por ejemplo: derecho penal, derecho mercantil, con especial referencia a la competencia, tutela del consumidor). Sin embargo, difícilmente se produce en aquellos sectores en los que emerge prioritariamente el carácter exquisitamente nacional de los intereses regulados o en los que existen instituciones nacionales sólidamente enraizadas.

En consecuencia, se ha constatado que "la predisposición a la comparación es inversamente proporcional a la originalidad del ordenamiento jurídico nacional".[39]

5. *La función de auxilio a la armonización y unificación normativas*

Los procesos de formación de nuevos Estados y los de colaboración política entre Estados han conducido a la experimentación de formas de integración de ordenamientos jurídicos diferentes, frecuentemente con el recurso determinante a la comparación. Los términos empleados

[36] *Cfr.*, Dunné, J. M. van, "The use of Comparative Law by the Legislation in the Netherlands", en *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, Caracas, 1982, Amsterdam, 1982, pp. 58-61.

[37] Dunné, J. M. van, *ob. cit.*, p. 48.

[38] *Cfr.*, para la República Federal Alemana, Drobnig, V., y P. Dopffel, *ob. cit.*, p. 296.

[39] *Ibidem.*

para calificar el proceso de integración varían. Se habla de unificación, uniformización, aproximación, coordinación, armonización de las normativas estatales y se señala al respecto que con esta incierta terminología puede aludirse a procesos sensiblemente distintos.[40]

A grandes líneas puede considerarse que las medidas puestas en práctica tienen como objetivo una *simplificación* o *eliminación de las diferencias* entre ordenamientos [41] que se pretenden superar mediante formas de coordinación que permitan una verdadera reconducción a la unidad. Hablar de armonización significa convencionalmente referirse a un proceso coordinado de homogeneización de los derechos estatales que conservan su propia individualidad, aunque revistan características comunes. En cambio, hablar de unificación significa pensar en un proceso de uniformización de los ordenamientos implicados de manera que la homogeneidad sea lo más completa posible.[42]

El fenómeno de la superación de las diferencias afecta al ordenamiento estatal unitario o descentralizado, según el esquema federal o regional; a las relaciones entre ordenamientos estatales regulados por convenios; a las relaciones entre los Estados que se producen en el marco de las organizaciones internacionales. La normativa respecto de la cual se produce la mencionada simplificación o eliminación de las diferencias, rara vez pertenece al campo del derecho constitucional (como, por ejemplo, cuando ordenamientos constitucionales preexistentes son englobados por otro nuevo). Sin embargo, parece oportuno referirnos a ella por razones sistemáticas recordando la función de los órganos constitucionales en el proceso de simplificación.

La unificación de ordenamientos o de normativas se produce cuando un Estado impone un ordenamiento unitario único sobre territorios que anteriormente estaban sujetos a otro poder soberano. En estos casos, el factor unificante está constituido precisamente por la voluntad soberana [43] sin que pueda excluirse que, en esos supuestos, la imposición de nuevos ordenamientos se vea acompañada por investi-

[40] La incertidumbre de la terminología empleada a propósito de la progresiva aproximación de las normativas de los Estados miembros de organizaciones internacionales ha sido puesta de relieve por Sereni, A. P., "Funzione e metodo del diritto comparato", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 156 y ss.

[41] *Cfr.*, Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 19.

[42] La contraposición entre armonización y unificación se encuentra por ejemplo en Udina, M., *Metodi, cit.*, p. 4.

[43] Sobre la unificación en el interior de ordenamientos estatales, *cfr.*, Rodiére, R., *Introduction au droit comparé*, Barcelona, 1967, pp. 58 y ss.; Ancel, M., *Utilità, ob. cit.*, p. 73.

gaciones comparativas que precedan a las opciones políticas.[44] El contraste entre ordenamientos diferentes puede tener lugar también cuando el poder político pretende realizar una centralización a través de la imposición de un derecho uniforme en el proceso de formación de nuevos Estados, tal y como sucede en muchos Estados recién independizados, los cuales suelen importar ciertas soluciones institucionales que después tratan de imponer a las distintas comunidades locales.[45]

Por otra parte, la unificación o la armonización pueden derivarse de acuerdos entre Estados que aspiran a operar una simplificación de disciplinas de interés común —como ha sucedido en el campo del derecho privado y mercantil—. En efecto, se producirá, bien conviniendo en sede internacional una regulación uniforme que, a través de la ratificación y la orden de ejecución, entrará a formar parte de los ordenamientos de cada Estado—; bien preconstituyendo el compromiso de adoptar, dentro de cada Estado, normativas coherentes con los principios uniformes convenidos previamente, dejando así a cada Estado una esfera de autonomía en su aplicación.[46]

Es posible encontrar perspectivas satisfactorias de integración —que, preferentemente, comportan nuevas formas de coordinación, pero, a veces, suponen también la unificación de normativas— en ámbitos *regionales* circunscritos:[47] el área europea, la de la *Commonwealth*, la de los países socialistas, aquella en la que rige el derecho musulmán, han sido objeto de consideración.[48] en cuanto potencialmente idóneas para experimentar fructíferamente iniciativas facilitadas por la *homogeneidad* de los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los Estados interesados. El marco institucional en el que se opera puede venir dado por ordenamientos federales o de organizaciones internacionales. En estos casos se intenta conciliar la exigencia de respetar la autonomía (Estados miembros de Estados federales) o la soberanía (Estados miembros de organizaciones internacionales)

[44] *Cfr.*, por ejemplo, sobre el recurso a las técnicas jurídicas con objeto de lograr la unificación del derecho en la Constitución de los Estados nacionales europeos, Zagrebelsky, G., "Considerazioni sull'uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano", en AA. VV., *L'apporto, cit.*, pp. 99 y ss.

[45] *Cfr.*, por ejemplo, sobre la función de la imposición de nuevos ordenamientos respecto de la eliminación de los viejos derechos consuetudinarios africanos, David, R., *I gran di sistemi giuridici contemporanei* (trad. it.), 3ª ed. Padua, 1980, pp. 489 y ss.

[46] Ancel, M., *Utilità, cit.*, p. 74.

[47] Sereni, A. P., *ob. cit.*, p. 156; Knapp, V., *La scienza del diritto, cit.*, pp. 105 y 106.

[48] *Cfr.*, Knapp, V., *ob. cit.*

con la de actuar en un contexto normativo lo más homogéneo posible, y para ello se prevén soluciones dirigidas a provocar formas de coordinación que pueden llegar hasta la formación de un derecho uniforme.

En los ordenamientos federales, las mismas características de su Constitución requieren el mantenimiento de un notable grado de autonomía de los Estados miembros. En estos supuestos, el objetivo de la uniformización de los ordenamientos de los Estados miembros entre sí o la de éstos con el del Estado federal se persigue tanto a través de la legislación federal cuanto por medio de la interpretación del máximo órgano jurisdiccional federal, lo que en cualquier caso supone el recurso a la comparación. Podemos recordar, en relación con los Estados Unidos, la experiencia de la formación de esquemas legislativos a adoptar por los Estados miembros.[49] Respecto de la URSS, señalemos que, desde hace tiempo, está en curso un proceso de armonización que tiende a aproximar la legislación de las repúblicas federadas en el campo del derecho constitucional, administrativo y penal, y todas ellas a la vigente Constitución federal. Para desarrollar este proceso, se recurre sistemáticamente al método comparado, estudiando los distintos institutos y perfilando los aspectos normativos que deben ser asumidos como modelo para la generalidad de los ordenamientos interesados.[50]

El recurso a la comparación es obligado cuando los entes internacionales pluriestatales elaboran nuevas normativas que han de aplicarse en su ámbito.

La normativa electoral que adoptará la CEE para las elecciones al Parlamento europeo, en virtud del artículo 138, 3, *c)*, del Tratado, tendrá en cuenta las normas y las experiencias de los diversos ordenamientos que forman parte de la Comunidad Europea.[51] La exigencia de una mejora de la tutela de los derechos fundamentales de los ciu-

[49] Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 20.

[50] Faïziev, M., "Etude comparative de la législation des republiques fédérées", en *Academie des sciences de l'URSS, Problèmes du monde contemporain, nº 57, Developpement du droit et de la science juridique en URSS*, Moscú, 1978, pp. 52 y ss.

[51] Como es sabido, las primeras elecciones directas al Parlamento europeo han sido reguladas por normas nacionales, mientras que las sucesivas serán disciplinadas sobre la base de un proyecto de procedimiento electoral uniforme que habrá de ser elaborado por el propio Parlamento (acuerdo del Consejo de Ministros de la Comunidad de 20 de septiembre de 1976 y acta adjunta, artículo 7); *cfr.*, Zagrebelsky, G., "I meccanismi elettorali per le elezioni del parlamento europeo e le loro implicazioni politiche", en AA. VV., *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milán, 1979, pp. 11 y ss.; Pocar, F., *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, 2ª ed., Milán, 1979, pp. 87 y ss.

dadanos que forman parte de la Comunidad, ha llevado al estudio de diferentes propuestas encaminadas a la adopción de un "catálogo" comunitario de derechos o a la adhesión a la Convención Europea de Derechos del Hombre en el marco del Consejo de Europa. Todas estas iniciativas han requerido un profundo estudio comparado del régimen de los derechos fundamentales en los Estados europeos miembros de la Comunidad.[52]

En general, en el ordenamiento comunitario europeo, la uniformización de una disciplina normativa se logra mediante la adopción de reglamentos que se aplican en todo el ordenamiento comunitario, así como a través de convenios que crean derecho uniforme de acuerdo con el artículo 220 del Tratado, entre los cuales se prevén los que se refieren a la tutela de los derechos.[53] En todos estos casos es evidente el recurso preliminar a la comparación. Ciertamente, el camino preferido por el Tratado es el de la armonización de las legislaciones nacionales por medio del concurso de una intervención comunitaria previa, a través de directivas, y de su sucesiva adecuación estatal. No obstante, también aquí es preciso acudir a la comparación para extraer los criterios directivos necesarios para elaborar la legislación nacional. Este es el sistema que viene siguiéndose para alcanzar la "aproximación" de las legislaciones nacionales a que aluden los artículos 100 y otros del Tratado de la CEE.[54] Puede ser un ejemplo válido el de la propuesta dirigida por la Comunidad a los Estados para que establezcan normativas uniformes para la represión de las infracciones cometidas en sectores regulados por el derecho comunitario.[55]

IV. El objeto de la comparación en el derecho constitucional

Los ordenamientos estatales y sus instituciones son el objeto de la

[52] *Cfr., Bollettino delle Comunità europee,* Supl. 2/79 y Parlamento europeo, *Atti della tavola rotonda sui "Diritti speciali e Carta dei diritti del cittadino della Comunità europea", Firenze, 26-28 ottobre 1978,* Luxemburgo, 1979. Para el análisis científico que se produjo, vase Bernhardt, R., *Problemi, cit., passim.*

[53] Pocar, F., *ob. cit.,* pp. 219 y 220.

[54] La normativa sobre la aproximación de las legislaciones tiene una gran importancia en los tratados comunitarios. Se dirige a provocar la armonización de las legislaciones por medio de la aprobación de directivas que dejen a los estados destinatarios el suficiente margen de discrecionalidad en su cumplimiento. *Cfr.,* Megret, J. y otros, *Le droit de la Communauté économique européenne,* V, Bruseles, 1975, pp. 152 y ss.; Tallon, D., "Droit communautaire et droit comparé", en *Miscellanea Ganshof van der Meersch,* II, Bruselas, 1972, pp. 943 y ss.

[55] G. U. C. 222 del 22/9/1976.

comparación en el derecho constitucional, aunque sea necesario advertir que la comparación puede interesar a ordenamientos públicos internos, a los ordenamientos estatales o a los de las organizaciones internacionales.

1. *Comparación interna y externa a un ordenamiento estatal*

Los ordenamientos, institutos y normativas que forman parte de ordenamientos estatales, son el objeto de la comparación en el derecho constitucional y en el derecho público, según la opinión generalizada en la doctrina. Sin embargo, teniendo en cuenta el pluralismo ordinamental, la comparación podría realizarse tanto en el interior de un ordenamiento cuanto en su exterior.[56]

El recurso a la comparación en el *interior* de un ordenamiento constitucional se produce cuando, por ejemplo, se confrontan los criterios de selección de la representación política y los procedimientos electorales a nivel municipal, provincial, regional y estatal (tratándose en tal caso de un contraste entre distintos niveles de un ordenamiento de estructura jerárquico-vertical); también, cuando se confrontan diferentes legislaciones regionales paralelas que se hayan aprobado en un mismo sector material, como la agricultura o la planificación territorial (tratándose en este supuesto de conjuntos normativos que se encuentran en el mismo nivel).

El examen comparativo entre ordenamientos o entre sectores orgánicos de disciplinas infraestatales responde a particulares cónones de análisis comparativo; pero, *convencionalmente*, se considera que se trata de una materia comprendida en el derecho público interno, si bien no existe unanimidad entorno a si se debe incluir o no en el ámbito del derecho interno la comparación efectuada en el seno de ordenamientos federales.[57]

La comparación jurídica, en cuanto disciplina autónoma, se limita a las relaciones entre ordenamientos estatales diferentes y, por tanto, se orienta al *exterior* de un determinado ordenamiento de referencia, tanto en el campo privado cuanto en el público. Pero, si es cierto que la comparación se preocupa, como norma, de la confrontación de orde-

[56] Sobre la comparación dentro de un ordenamiento estatal, *cfr.*, las observaciones de Udina, M., *Metodi, cit.*, pp. 4 y 5.

[57] Entorno a la extensión del ámbito de la disciplina comparada hasta llegar a abrazar el estudio de los ordenamientos internos del Estado federal, *cfr.*, Knapp, V., "Champ d'application du droit comparé (le droit comparé interne et le droit étranger)", en *Mélanges A. Molmström*, Estocolmo, 1972, pp. 136-138.

namientos estatales, ha de observarse, sin embargo, que el ordenamiento estatal puede ser comparado con el de entidades jurídicas que no sean Estados. Así, puede producirse la comparación entre la normativa estatal en materia de derechos fundamentales y aquella propia de una organización internacional sobre el mismo argumento. Además, la regulación estatal puede ser comparada con la de ordenamientos supranacionales que vinculan a ciertos sujetos de derecho prescindiendo de la territorialidad, como ocurre en algunos ordenamientos religiosos.[58]

Las observaciones anteriores se refieren a la comparación entre ordenamientos estatales o entre un ordenamiento estatal y otros ordenamientos en la medida en que el derecho constitucional comparado presupone que, al menos, uno de los ordenamientos implicados en el proceso comparativo sea estatal. Pero, obviamente, es posible comparar entre sí otros ordenamientos, como los de organizaciones internacionales o los religiosos.

2. *Derecho extranjero y derecho comparado*

Una cuestión que es preciso aclarar es la que se refiere a la función del *derecho extranjero* en el estudio de la comparación jurídica, entendiendo por extranjero aquel derecho distinto del propio del ordenamiento estatal al que pertenece el *autor* del estudio comparado —que normalmente coincidirá con el del *lector*-usuario del análisis comparado.[59] Generalmente, el autor contrasta el derecho extranjero con el propio del ordenamiento al que pertenece, aunque no puede excluirse la comparación entre varios ordenamientos jurídicos positivos, todos ellos extranjeros para el autor.

El estudio del derecho extranjero ha de realizarse con la mayor precisión posible para lograr su conocimiento efectivo y que éste sea útil para el sucesivo examen comparado.[60] Así, debería obtenerse un conocimiento general de la historia constitucional, del sistema de fuentes, de la aplicación real de la normativa constitucional, para, de esta

[58] Sobre la comparabilidad de ordenamientos estatales, ordenamientos de organizaciones internacionales, ordenamientos de Estados miembros de Estados federales y ordenamientos que prevén un *status* personal diferenciado para los pertenecientes a diversas religiones con tal de que exista la homogeneidad suficiente, Udina, M., *Metodi, cit.*, pp. 5 y ss.; Pizzorusso, A., *Corso, cit.*, pp. 124-126.

[59] Knapp, V., *La scienza, cit.*, p. 96.

[60] Constantinesco, L. J., *Traité de droit comparé*, I y II, París, 1972-1974, *passim*; Schwarz-Liebermann, H. A., *ob. cit.*, pp. 197 y ss.; Rotondi, M., voz *"Diritto comparato"*, *cit.*, p. 823.

forma, encuadrar cada instituto objeto de un futuro examen comparado en el apropiado contexto de referencia. Del mismo modo, habría que conocer los institutos típicos del ordenamiento extranjero y familiarizarse con la terminología jurídica, desconfiando de aparentes afinidades con la propia del ordenamiento del autor, pues, a menudo, términos homólogos encubren realidades jurídicas diferentes.[61]

A pesar de posibles equívocos, está fuera de discusión que el simple análisis y conocimiento de ordenamientos extranjeros o de sus institutos o normativas no significa comparación,[62] sino simplemente conocer cuál es el derecho público o privado de un Estado determinado: muchos estudios que pasan impropiamente por análisis comparativos, en realidad son obras de derecho extranjero. Así, un estudio sobre la presidencia de la república según la Constitución francesa de 1958, si se limita a examinar el derecho y la praxis constitucional franceses, es un estudio de derecho constitucional francés, no un trabajo de derecho constitucional comparado.[63] Igualmente, el estudio separado de varios ordenamientos extranjeros puede llevar a un simple análisis descriptivo de institutos "país por país", no a una comparación.[64] Así un estudio de las monarquías parlamentarias europeas efectuado con tal técnica queda fuera del derecho comparado.[65]

Para que se pueda hablar de derecho comparado es menester que el derecho extranjero sea considerado en relación con otro derecho, normalmente con el nacional del autor, por ejemplo con el derecho italiano. Entonces, el conocimiento del derecho extranjero es un presupuesto indispensable para la futura comparación.[66] Nada excluye que ésta se

[61] *Cfr.*, Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, 2ª ed., Cambridge, 1949, pp. 117 y ss.; Kisch, I., "Droit comparé et terminologie juridique", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 406 y ss.

[62] Ancel, M., *Utilità, cit.*, pp. 86 y ss.; Gorla, G., *Diritto comparato, cit.*, pp. 930 y ss.

[63] *Cfr.*, la óptima investigación de Volpi, M., *La democrazia autoritaria*, Bolonia, 1979, en la que el análisis se centra en la forma de gobierno de la Quinta República francesa, con una comparación exclusivamente temporal respecto de los precedentes históricos franceses.

[64] *Cfr.*, al respecto, entre los estudios "país por país", Lucas Murillo, P. (ed.), *Sistemas políticos contemporáneos*, Barcelona, 1984; Ferrando Badía, J. (ed.), *Regímenes políticos actuales*, Madrid, 1985; Ortino, S., *Diritto costituzionale. Storia, ordinamenti, teoria*, Florencia, 1985, pp. 203 y ss.

[65] *Cfr.*, Fusilier, R., *Les monarchies parlamentaires, Étude sur les systemes de gouvernement (Suède, Norvège, Danemark, Belgique, Pays Bas, Luxembourg)*, Paris, 1960, en donde se efectúa un análisis pas por país.

[66] *Cfr.*, Ancel, M., *ob cit., loc. cit.*; Gorla, G. voz "Diritto comparato", *cit.*, pp. 930 y 931; *idem*, "Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo", en Sacco, R. (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, 1980, p. 284.

produzca entre dos ordenamientos extranjeros.[67] Por eso serán obras de derecho constitucional comparado tanto aquellas que estudien la presidencia de la república italiana relacionándola con los institutos análogos de otras constituciones, cuanto las que se ocupen de la presidencia de la república y del gobierno en el ordenamiento presidencial y en el parlamentario con predominio del primer ministro (prescindiendo, por tanto, de los institutos italianos homónimos).[68]

Desde el punto de vista metodológico, la diferencia entre el simple estudio de un ordenamiento extranjero y su consideración a efectos comparativos, consiste en que el primero tiene un carácter *descriptivo*, mientras que el segundo supone, además del conocimiento de más de un ordenamiento, un examen conjunto y una *operación lógica* de contraste de la que se extraen conclusiones.[69]

3. *Macrocomparación y microcomparación*

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macrocomparación) o a sectores o institutos concretos (microcomparación).[70] La comparación de dos ordenamientos, por ejemplo el italiano y el francés, es, ciertamente, posible; pero por el carácter extremadamente amplio de sus términos, puede ser problemática y dar unos resultados excesivamente genéricos. Más factible es la comparación de sectores de los respectivos ordenamientos o, mejor, la que, considerando los ordenamientos francés e italiano como dos sistemas normativos, se efectúa entre dos de sus respectivos subsistemas, por ejemplo el derecho parlamentario francés y el italiano. Es mucho más practicable aún y más provechosa la comparación de institutos o grupos de institutos en el ámbito de dos subsistemas, por ejemplo entre las formas de inspección política en las relaciones Parlamento-gobierno, o, incluso, entre los regímenes que caracterizan un instituto específico dentro de tales formas inspectivas, como la interpelación o las comisiones de encuesta.

[67] *Cfr.*, por ejemplo, la obra de Rescigno, G. U., "L'art. 87, 1°, c. VII comma", en Branca, G. (ed.), *Commentario della costituzione. Il Presidente della Republica*, Bolonia, 1978, pp. 149 y ss.

[68] *Cfr.*, por ejemplo, Negri, G., *Il leader del partito anglosassone. Osservazioni sulle tendenze monocratiche nei sistemi britannico e statunitense* (1958), reimpresión, Milán, 1974.

[69] *Cfr.*, Merryman, J. H., "Modernización de la ciencia jurídica comparada", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46, 1983, pp. 67-69.

[70] Constantinesco, L. J., *Traité de droit comparé, II, La Méthode comparative*, Paris, 1974, *passim*.

4. *El derecho positivo como objeto de comparación*

El derecho que constituye el objeto de una posible comparación es el derecho positivo [71] efectivamente vigente en los ordenamientos afectados por la investigación comparada. El eventual examen de normativas que no están ya en vigor es propiamente objeto de las investigaciones históricas.

Esta observación sirve para introducir un argumento que se maneja con frecuencia por los estudiosos de la comparación cuando se preguntan si el examen de los ordenamientos positivos debe limitarse al estudio del derecho escrito.

La tendencia a circunscribir la comparación al derecho escrito está ligada al origen mismo de los estudios modernos de derecho comparado. Éste nació el siglo pasado bajo la forma de "legislación comparada", disciplina destinada a facilitar el auspiciado proceso de unificación de los derechos nacionales y contrapuesta a la "historia comparada", encaminada a esclarecer científicamente los orígenes de los derechos en el marco más amplio del devenir social, según el planteamiento realizado por Lambert con ocasión del Congreso Internacional de Derecho Comparado (1900), que tanta influencia tendría sobre los estudios jurídicos comparados.[72]

El estudio comparado de las legislaciones nacionales ha seguido siendo uno de los pilares de los estudios jurídicos comparados. Sin embargo, los comparatistas, al abrirse camino, han comprendido rápidamente la importancia del derecho en la realidad social con independencia del dato meramente formal de la inclusión de las normas en las constituciones o en las leyes. En este sentido han influido las aportaciones de la sociología jurídica [73] y, en el campo de los estudios hechos en los países socialistas, los análisis de la totalidad de los comparatistas están condicionados por la concepción oficial del derecho fundada en el marxismo-leninismo.[74]

[71] *Cfr.*, en este sentido, Rotondi, M., *Diritto comparato, cit.*, p. 825; Pizzorusso, A., *Corso, cit.*, p. 105.

[72] Además de la contribución de Lambert, E., en las actas del *Congrés international de droit comparé (1900)*, I, Paris, 1905, pp. 167 y ss.; *cfr.*, sobre el significado que se atribuye al derecho legislativo comparado, Ancel, M., *Utilità, cit.*, pp. 16 y ss.

[73] *Cfr.*, Schwarz-Liebermann, *Droit comparé, cit.*, pp. 57 y ss.; Ancel, M., "Réflexions sur la recherche et sur la méthode compartives", en *Festschrift M. Rheinstein*, I. Tubinga, 1969, p. 219.

[74] Knapp, V., "Quelques Problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé", en Rotondi, M., *Buts, cit.*, pp. 431 y ss.; Ionasco, T., "Quelques con-

La divergencia, potencial o efectivamente producida, entre los textos normativos y el derecho que se aplica en la práctica a las relaciones sociales, reviste una particular importancia en el derecho constitucional, ya que en él la influencia de la política condiciona evidentemente la aplicación de los textos normativos. En este ámbito, la simple comparación de disposiciones normativas contrapuestas —en el caso de que se disponga de ellas— es absolutamente insuficiente. Es preciso tener en cuenta su interpretación y aplicación, así como la existencia en los ordenamientos que se comparan de normas no escritas, entre las que se encuentran costumbres y convenciones,[75] y preocuparse de determinar las normativas realmente vigentes.[76]

Mirkine-Guetzevitch observaba, en la conclusión de uno de sus trabajos, que

> Los estudios de derecho constitucional comparado nos ponen de manifiesto la relatividad de los textos, de las fórmulas, de los dogmas. No son los textos los que crean las democracias. Son los hombres y las ideas, los partidos y los principios, las místicas y los *slogans,* los usos y las tradiciones, los factores determinantes de un régimen. Los textos solamente crean algunas condiciones de evolución, transformación o realización jurídica.

Y señalaban, por último: "El examen de la praxis constitucional se convierte en el objetivo principal del derecho constitucional comparado." [77]

Por lo tanto, comparar significa confrontar poniendo de relieve las semejanzas y las diferencias que se advierten en la disciplina normativa establecida por distintos ordenamientos y, también, las que resultan de la práctica constitucional y de la jurisprudencia. Por razones evidentes, es absolutamente impensable limitar la comparación exclusivamente al derecho formalizado, es decir, escrito y codificado.[78] Si

sidérations sur le droit comparé et le systémes socio-politiques", *Ibidem,* pp. 445 y ss.; Lukic, R. D., "Les méthodes sociologiques et droit comparé", *idem, passim.*

[75] *Cfr.,* Di Ciolo, V., "In merito alle 'comparative politics'," en *Rassegne parlamentare,* 1971, p. 238.

[76] Lavagna, C., "Apetti tecnici della comparazione costituzionale (1966)", ahora en Lavagna, C., *Ricerche sul sistema normativo,* Milán, 1984, pp. 246 y 247.

[77] Mirkine-Guetzevitch, B., "I metodi di studio del diritto costituzionale comparato", en *Il Politico,* 1950, p. 195.

[78] Sobre la importancia de la comparación entre normas no escritas, y, en particular, en el derecho consuetudinario, *cfr.,* Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.,* pp. 9 y 10.

se procediese de ese modo, la comparación resultaría parcial, distante de la realidad social y jurídica y, por tanto, sin valor.

El derecho constitucional, además de ser el derecho de la organización constitucional y de la libertad —y, en cuanto tal, en principio codificado—, normalmente es también el derecho del hecho político en la medida en que consiste en un conjunto de normas que tiende a regular el desarrollo de la acción política. Por eso, su formalización es, a menudo, imposible o inoportuna. De ahí que muchas normas de comportamiento de los "actores" políticos suelan ser plasmadas y modificadas por ellos mismos (convenciones), en lugar de consignarse en normas constitucionales. Añádase, además, que muchas conductas que se consideran obligatorias, son observadas por las fuerzas políticas y por los órganos constitucionales, incluso sin que sean formalizadas por la Constitución (costumbres), y que, en algunos ordenamientos, el propio derecho constitucional no codificado asume una posición concurrente o preferente respecto de la del derecho escrito (países de *common law*, Estados islámicos, Estados asiáticos y africanos de nueva independencia).[79] En fin, el derecho constitucional formal, cuando existe, es frecuentemente modificado en su aplicación práctica y tales modificaciones de hecho desnaturalizan las previsiones formales.

Todas estas precisiones indican que el comparatista no puede ignorar el ser real y el funcionamiento de las constituciones, limitándose, allá donde exista, al examen del texto formal. La comparación —de ordenamientos o de institutos— debe, pues, tener en cuenta estos dos —o más— términos de referencia señalados globalmente, utilizando tanto los elementos de carácter formal (constituciones, legislación, jurisprudencia) cuanto aquellos no formales (costumbres, convenciones, praxis interpretativas).

Así pues, es posible concluir que la comparación se refiere a las normativas efectivamente vigentes con independencia de su inserción o no en textos escritos y que ha de tenerse presente la regla, frecuentemente recordada por los estudiosos del derecho privado comparado, según la cual el derecho realmente vigente *(law in action)* que hay

[79] Sobre la importancia de la costumbre y del derecho no codificado en numerosos ordenamientos contemporáneos, *cfr.*, Losano, M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Turín, 1978, pp. 125 y ss. Respecto de la necesidad de tener en cuenta a los efectos de la comparación en el derecho público las costumbres, las convenciones, los precedentes, *cfr.*, Pizzorusso, A., "La comparazione giuridica e il diritto pubblico", en Sacco, R. (ed.), *L'apporto, cit.*, pp. 65 y 66.

que considerar a efectos comparativos no coincide necesariamente con el derecho escrito *(law in the books)*.[80]

V. La comparabilidad como presupuesto de la comparación

La comparabilidad de ordenamientos e instituciones hace referencia a la selección de los materiales objeto de estudio y a algunas cuestiones relativas al método.

Hay que advertir, ante todo, que la *comparabilidad* de ordenamientos o institutos pertenecientes a distintos ordenamientos se ha vinculado a la búsqueda de su *homogeneidad*. Sin embargo, es preciso observar al respecto que el concepto de homogeneidad del que se habla a propósito de las relaciones entre ordenamientos es diferente del que se refiere a las relaciones entre institutos de diversos ordenamientos.

1. *Homogeneidad y comparabilidad de ordenamientos*

La homogeneidad de los ordenamientos presupone que pertenecen a la misma "forma de Estado". No obstante, conviene señalar al respecto que excluir la comparabilidad de dos ordenamientos estatales solamente porque son "heterogéneos" por pertenecer a formas de Estado diferentes, es un contrasentido. En efecto, la definición de las diversas formas de Estado responde a exigencias de clasificación de ordenamientos distintos y se hace sobre bases convencionales: tiene un valor indicativo, no absoluto; ofrece en muchas ocasiones un alto grado de discrepancia, y, además, los límites entre unas formas y otras se mueven, no son rígidos. Asimismo, es evidente que una clasificación no puede obstaculizar el conocimiento de los diversos ordenamientos, que es el fin de la ciencia comparada. Máxime cuando es pacífico que la comparación puede manifestar diferencias junto a las semejanzas.

Por otra parte, en la práctica, el análisis científico no puede prescindir del contraste entre ordenamientos inspirados en principios diferentes cuando, por ejemplo, se piense en la necesidad de estudiar las relaciones entre los ordenamientos de los Estados recién indepen-

[80] *Cfr.*, por ejemplo, Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.*, pp. 23 y ss.; Gorla, G., voz "Diritto comparato", *cit.*, pp. 938 y ss.; Newmayer, K. H., "Law in the books, Law in action et les méthodes du droit comparé", en Rotondi, M., *Buts, cit.*, pp. 507 y ss.

dizados y los de las potencias coloniales europeas (la práctica totalidad de los ordenamientos africanos y asiáticos); o entre las diversas formas históricas de ordenamientos que pasan de la vigencia de los principios del Estado liberal a los del Estado autoritario o viceversa (ordenamientos iberoamericanos, ordenamiento griego, español, portugués, por poner ejemplos de particular interés para el investigador italiano). Obviamente, la comparación que se produce entre ordenamientos encuadrados en formas de Estado distintas, obliga a profundizar en los aspectos sustanciales de los ordenamientos constitucionales examinados, desconfiando de los hallazgos de meras similitudes formales que, a primera vista, podrían inducir a conclusiones apresuradas que, después, se revelan inexactas y desviadas.

El estudio comparado de ordenamientos heterogéneos está, por tanto, perfectamente justificado en el marco de la ciencia comparada, siendo necesario advertir que la insistencia con que la mayor parte de la doctrina exige la homogeneidad de los ordenamientos como requisito de la comparabilidad, o desconfía de contrastes poco cuidadosos, procede del hecho de que la comparación tiene, entre otras, la importante función de suministrar materiales para la adopción de textos constitucionales o legislativos, o para la armonización o la unificación del derecho. Objetivos que, indudablemente, son más fáciles de conseguir moviéndose en el ámbito de tratamientos normativos homogéneos propios de ordenamientos que forman parte de la misma forma de Estado.

El problema de la comparabilidad de ordenamientos no homogéneos ha alcanzado una especial resonancia con motivo del contraste entre institutos pertenecientes a ordenamientos de derivación liberal y otros procedentes de ordenamientos socialistas en el campo del derecho privado y mercantil. En efecto, los juristas soviéticos y los de los países incluidos en el área de influencia de la URSS sostenían, refiriéndose a los principios de la doctrina marxista-leninista del derecho y del Estado, que la radical diversidad existente entre el ordenamiento económico y político capitalista y el socialista y, por tanto, entre sus respectivos derechos, que no son sino una simple superestructura, impedían toda comparación.[81]

Sin embargo, el hecho de la instauración de relaciones económicas cada vez más frecuentes obligó a revisar esa rotunda preclusión de la comparación. En consecuencia, se ha puesto de relieve que la comparación entre institutos propios de un ordenamiento capitalista y los de un ordenamiento socialista no significa en modo alguno admitir

[81] *Cfr.*, la referencia en Zweigert, K. y H. Kötz, *ob. cit.*, I, pp. 31 y 32.

"una asemejanza entre lo que se confronta" (salvándose así el principio de la diversidad y superioridad del derecho socialista). Y se ha afirmado que lo verdaderamente útil es el recurso a la microcomparación, existiendo un indiscutible interés por estudiar y conocer aspectos prácticos y circunscritos de institutos específicos.[82]

Así, pues, la tendencia más reciente de la doctrina socialista oficial citada consiste en la admisibilidad de una comparación que mire también a poner en evidencia los contrastes entre el derecho capitalista y el socialista con la preocupación de resaltar siempre aquellos elementos de los ordenamientos socialistas que los caracterizan inequívocamente frente a los capitalistas.[83]

No fue diferente la actitud de la doctrina occidental que, en un primer momento, negaba la posibilidad de la comparación con los ordenamientos socialistas para mostrar, posteriormente, una mayor disponibilidad para admitirla.[84] Es indicativa la posición de Zweigert y Kötz que si, inicialmente, afirmaron, refiriéndose especialmente al área del derecho público y constitucional de los ordenamientos socialistas y occidentales, que "la realidad de hecho cubierta por las instituciones legales es de tal manera diferente que las necesidades legales no son en ningún modo semejantes y, por tanto, no son soluciones comparables funcionalmente", poco después no excluían que una atención prudente en el estudio de los dos grupos de ordenamientos pudiese ofrecer materiales útiles para el comparatista.[85]

En la doctrina, tras la investigación de Loeber,[86] que ha sugerido

[82] Knapp, V., *La scienza, cit.*, pp. 98-101.

[83] Para un examen de la posición de la doctrina de los países socialistas, *cfr.*, Eminescu, Y., "Sur le probléme de la comparabilité des systémes de droit différents", en *Jahrbuch für Ostrecht*, XIV, 1973, pp. 75 y ss.; en la misma doctrina, sobre la admisibilidad de la comparación, *cfr.*, Blagojevic, B. T., "Le méthode comparative juridique", en Rotondi, M. (ed.), *cit.*, p. 36; Knapp, V., "Le droit comparé en Tchécoslovaquie", en *Livre du centenaire, II, cit.*, p. 538, que recoge también una referencia a las anteriores orientaciones restrictivas.

[84] *Cfr.*, Ancel, M., *Utilità, cit.*, pp. 61 y ss.; *idem*, "Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative", en Rotondi, M. (ed.), *Scopi e metodi del diritto comparato*, Padua, 1973, pp. 11 y ss.; Hazard, J. H., "Pour quoi le droit comparé? L'URSS et les Stats Unis", en *Revue internationale de droit comparé*, 1979, pp. 292 y ss.; Lesage, M., "Comparing Public Institutions. Their organisation and procedures: East-West Cooperation in East-West Comparisons", en Niessen, M., J. Peschar, y C. Kourilisky, *International comparative research. Social structure and public institutions in Eastern and Western Europe*, Oxford, 1984, pp. 136 y ss.

[85] Zweigert, K., H. Kötz, *ob. cit.*, I, pp. 32 y 33.

[86] Loeber, D., "Rechtsvergleichung zwischen Landern mit verschiedener Wirtschaftsordnung", en *Rabel's zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1961, 2, pp. 201 y ss.

distinguir las instituciones jurídicas ligadas al sistema social y económico de aquellas "neutras", Constantinelsco,[87] más específicamente, ha aportado su contribución a la solución del problema de la comparabilidad tratando de identificar en los ordenamientos liberales y en los socialistas los elementos "determinantes" y los elementos "fungibles". Son elementos determinantes (concepción del derecho y del Estado, Constitución económica, fuentes del derecho, principios relativos a la interpretación y otros semejantes) los que caracterizan un ordenamiento y lo insertan en una concreta forma de éstado, llevando, en el momento de la comparación, a una *oposición* frente a ordenamientos inspirados en principios diferentes. En cambio, los elementos fungibles pueden coincidir en ordenamientos adscritos a distintas formas de Estado. En cualquier caso, ya resulten coincidencias, ya se manifiesten oposiciones, la comparación entre ordenamientos socialistas y de derivación liberal sería científicamente admisible en todos los supuestos.

Por consiguiente, si se comprende que la comparación entre ordenamientos homogéneos puede ser facilitada por las afinidades y coincidencias que caracterizan sus elementos identificadores, no puede excluirse, sin embargo, la comparabilidad de ordenamientos heterogéneos. La comparación entre ellos es consecuencia de los objetivos que se fija el investigador, y el resultado de la investigación bien puede conducir, además de a manifestar semejanzas y equivalencias, a poner en evidencia las diferencias. En conclusión, la macrocomparación que se realiza entre ordenamientos estatales pertenecientes a distintas formas de Estado es científicamente legítima con tal de que sea funcional respecto de los objetivos de la investigación.

Después de cuanto se ha aclarado, no hay obstáculos que impidan reconocer que la comparación de institutos concretos se realiza fácilmente cuando se hallan en ordenamientos homogéneos.[88] Partiendo de aquí, no es difícil comprender lo sencillo que resulta efectuar un estudio comparado del régimen de los derechos fundamentales en los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad Europea, ya que, pese a las diferencias de regulación formal, están todos mancomunados por una sustancial homogeneidad en la concepción de las

[87] Constantinesco, L. J., *Traité, I, cit.*, pp. 3 y ss.; *idem*, "La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différents et la théorie des éléments déterminants", en *Revue internationale de droit comparé*, 1973, 1, pp. 5 y ss.

[88] *Cfr.*, Amorth, A., *Corso di diritto costituzionale comparato*, Milán, 1945, p. 3.

relaciones entre el individuo y el poder estatal.[89] También es apropiada la comparación de los sistemas de justicia constitucional de los ordenamientos de derivación liberal en los que, si bien existen algunas diferencias en su régimen jurídico, se produce una amplia convergencia sobre los elementos esenciales, como la institución de un tribunal dotado de competencias para comprobar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos en que no se haya establecido solamente un control difuso de constitucionalidad.[89 bis] Del mismo modo, es posible efectuar una comparación de las instituciones parlamentarias propias de los Estados de derivación liberal en la medida en que coinciden en la concepción de las instituciones representativas. Por lo tanto, tendrá sentido aproximar el régimen jurídico de los grupos parlamentarios en el Parlamento italiano, por ejemplo, al de los grupos del Parlamento español.[90] El instituto que se examina ("grupo parlamentario") tiene unos criterios de identificación bien definidos, ya que es la estructura jurídica que consiente la presencia en el Parlamento de los partidos políticos en los ordenamientos democráticos pluripartidistas. De idéntica manera puede razonarse a propósito del instituto de las "inmunidades" parlamentarias que se ha desarrollado en todos los ordenamientos del tipo ahora recordado para garantía de la función política de los miembros del Parlamento.[91] Otro tanto puede señalarse respecto de muchísimos otros institutos: por ejemplo, los partidos políticos, la legislación electoral, la representación política, etcétera. En todos estos casos, los principios fundamentales de los ordenamientos democráticos pluripartidistas son semejantes y, por eso, los institutos mencionados, aunque reciban una regulación diferenciada de Estado a Estado, son fácilmente contrastables.

[89] *Cfr.*, el estudio de Bernhardt, R., "Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità europee", en *Commissione delle Comunità europee, La salvaguardia dei diritto fondamental nelle Comunita europee,* supl. 5/76, al *Bolletino della Comunità europea,* pp. 19 y *ss.*; también Sorrentino, F., "La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento communitario ed in quello italiano", en AA. VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano,* Milán, 1982, pp. 37 y ss., con observaciones críticas sobre la posibilidad de alcanzar resultados satisfactorios con la comparación en el campo de actuación de la Corte.

[89 bis] *Cfr.*, al respecto, Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato,* Milán, 1968; Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político, cit.*, pp. 815 y ss.; Fix-Zamudio, H., *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos,* México, 1980; Pizzorusso, A., "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", en *Quaderni costituzionali,* II, 1982, pp. 521 y ss.

[90] *Cfr.*, por ejemplo, Torres del Moral, A., "Los grupos parlamentarios", en *Revista de Derecho Político,* 9, 1981, pp. 21 y ss.

[91] *Cfr.*, Zagrebelsky, G., *Le immunità parlamentari,* Turín, 1979, cap. I.

Del mismo modo que en los ordenamientos de los Estados de derivación liberal, podrá realizarse la comparación de institutos similares en el ámbito de otras formas de Estado. Así, en el seno de la forma de Estado socialista, es fácil encontrar un régimen en materia de derechos individuales o en la disciplina de los principios fundamentales del ordenamiento estatal (asambleas, comité restringido de la asamblea, órganos de la administración, tribunales, *procuratura)*[92] que haga practicable la comparación.

Menos sencilla y necesitada de mayor cautela es la comparación de institutos presentes en ordenamientos profundamente diferentes entre sí en sus fundamentos políticos e inspiración ideológica, por ejemplo, en ordenamientos de derivación liberal y en aquellos fundados en los principios del socialismo "real".[93]

Así, se puede mencionar el instituto del *ombudsman,* órgano inspectivo de designación parlamentaria que tutela los intereses de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública en los ordenamientos escandinavos, que se suele relacionar con el instituto de la *procuratura,* introducido en la Rusia soviética y, después, difundido en los Estados de la Europa oriental.[94] A este respecto, es menester señalar que, si bien es verdad que formalmente existen semejanzas entre ambos institutos, sin embargo, sucede que el régimen de los derechos individuales y el de su tutela, cuestiones éstas estrechamente relacionadas, son de tal modo distintos y distantes en uno y otro grupo de ordenamientos que no se puede efectuar una aproximación apresurada.

Otro caso puede ser el de la participación de los ciudadanos en la actividad legislativa de los parlamentos. En los ordenamientos deriva-

[92] *Cfr.,* Slapnicka, H., "Die rezeption des Sowjetsrechts in den europaischen Volksdemokratie", en *Osteuropa Recht,* 1974, pp. 94 y ss.

[93] Se ha puesto especialmente de relieve la extrema dificultad de efectuar una comparación entre el ordenamiento alemán occidental y el oriental, a pesar de su común matriz histórica. *Cfr.,* Rotter, F., "Dogmatische und soziologische Retchtsvergleichung. Eine methodologische Analyse für die Ostrechtsforschung", en *Osteuropa Recht,* 1970, pp. 81 y ss. En realidad, también a veces surgen dificultades no pequeñas cuando se comparan ordenamientos incluidos en una misma forma de Estado. Por ejemplo, se ha señalado lo difícil que resulta comparar la disciplina de los derechos fundamentales prevista en la Constitución china de 1975 con la establecida por la Constitución de la URSS de 1936 (pertenecientes ambas a la forma de Estado socialista). *Cfr.* Tomson, E. "Vergleich einiger Aspekte der Sowjetischen und chinesischen Verfassung", en *Osteuropa Recht,* 1975, pp. 230 y ss.

[94] Realiza una comparación entre dos grupos de institutos Colliard, C. A., *Libertés publiques,* 5ª ed., París, 1975, pp. 135 y ss. También Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.,* p. 413.

dos históricamente de los liberales encontramos varios expedientes que permiten una presencia directa de los ciudadanos a pesar del claro predominio de los institutos de democracia "indirecta", vinculados a las técnicas de la representación política parlamentaria. En los ordenamientos inspirados por el socialismo "realizado" se han desarrollado técnicas de participación especialmente para la discusión, a distintos niveles, de las proposiciones de ley más importantes presentadas en los parlamentos. Sobre la base de este dato, se ha hecho una comparación para poner de manifiesto que en estos últimos ordenamientos el ciudadano tiene un mayor espacio político y una mayor influencia ante una proposición de ley (por ejemplo, mediante la propuesta extraparlamentaria de enmiendas).[95] En este supuesto, la comparación sería muy discutible si se ignorara la profunda divergencia que existe entre los ordenamientos de derivación liberal y los socialistas, caracterizados por la función determinante del partido-guía que se manifiesta también en materia de iniciativa legislativa. De ahí que si la comparación se efectúa fijándose sólo en el aspecto de la "función del ciudadano" y no se valora el condicionamiento que ejerce el partido, la operación tendrá un carácter incompleto y formalista y, en consecuencia, será muy dudoso que sirva para la comprensión real del problema.

Los ejemplos podrían multiplicarse, extendiéndolos a otros tipos de ordenamientos, realizando comparaciones entre institutos pertenecientes a ordenamientos de derivación liberal y otros procedentes de ordenamientos de países recién independizados. Así, se podría considerar, entre otros, el instituto "presidente de la república" en los ordenamientos de gobierno parlamentario y presidencialista de democracia pluralista con separación de poderes y el instituto homónimo en la totalidad de los ordenamientos de los países recién independizados en los que opera el principio de la concentración del poder en el presidente.

Está fuera de discusión que una comparación que se limitara al dato formal, basándose en las estructuras de los textos constitucionales, no sería provechosa porque ofrecería resultados circunscritos a un conocimiento meramente superficial. La profundización en las realidades constitucionales efectivas llevaría seguramente a detectar sensibles di-

[95] *Cfr.*, Grospich, I., "The Influence of Constitutional Development, 1945-1978 on the Creation of New Forms of Representative Democracy in the Political System of European Socialist Countries", en *Atti del XI Congresso mondiale dell'IPSA*, Moscú, 12-18 agosto 1979.

ferencias que suscitarían dudas sobre la oportunidad de una comparación que no fuera consciente, ante todo, de las particularidades de los diversos ordenamientos considerados globalmente como especie de distintas formas de Estado. Por lo tanto, si dentro de una misma forma de Estado (liberal, socialista, etcétera) la semejanza de los presupuestos facilita la comparación, entre formas de Estado diferentes el uso del método comparado exige especiales cautelas que tengan en cuenta esas radicales diferencias.[96]

Esta última observación se funda también en la conciencia de las notables dificultades que se encuentran dentro del área de los ordenamientos de Estados de nueva independencia, pues se inspiran en principios extremadamente heterogéneos (derivados de los modelos liberal, socialista, autoritario, aunque ligados a ordenamientos locales tradicionales, normalmente integrados en diversa medida con los de las viejas potencias coloniales) y, en consecuencia, manifiestan contrastes sustanciales más allá de llamativas coincidencias formales.

2. *Homogeneidad y comparabilidad de institutos*

El concepto de homogeneidad que se aplica a institutos presentes en varios ordenamientos (homogéneos o heterogéneos) es profundamente diferente. En este caso, la homogeneidad alude a la determinación de los *elementos identificadores comunes* a dos o más institutos objeto de confrontación. Elementos que consisten en la identidad de

[96] Para subrayar la importancia del recurso a la comparación de institutos de ordenamientos diferentes en el marco de una misma forma de Estado, *cfr.*, Pizzorusso, A., *La comparazione, cit.*, pp. 76 y 77. Sobre la inutilidad de la comparación que se efectúa entre institutos nominalmente semejantes (por ejemplo, "los parlamentos"), pero pertenecientes a distintas formas de Estado, *cfr.*, Elia, L., "Governo (forme di)", *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 1970, pp. 635 y 636; Dogliani, M., *Spunti metodologici, cit.*, p. 226; Ortino, S., *Forme di governo nel diritto comparato*, Florencia, 1975, pp. 1 y 2. En general, la doctrina comparatista acentúa la exigencia de confrontar sistemas jurídicos afines; *cfr.*, Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H. A., *Droit comparé, cit.*, pp. 73 y ss. A la luz de cuanto se ha señalado parece discutible que se deban analizar conjuntamente las instituciones parlamentarias de los Estados liberales y aquellas de los Estados socialistas, como se hace en el libro de Ollero, C., *El derecho constitucional de la postguerra (Apuntes para su estudio)*, Barcelona, 1949, pp. 13 y ss. Asimismo, el volumen editado por Herman, V., y F. Mendel, *Les parlements dans le monde. Recueil des données comparatives*, París, 1977, para la Unión Interparlamentaria, contiene informaciones utilísimas; pero trata al mismo nivel las instituciones parlamentarias de todos los países del globo. De ahí que no sólo no hace comparación, sino que además induce fácilmente al error a quien no esté al corriente de la realidad política de los países considerados.

los intereses presentes en los distintos ordenamientos y en la fijación de las modalidades (diversamente estructuradas, denominadas y reguladas) encaminadas a satisfacerlos.

Esto quiere decir, en primer lugar, que los aspectos meramente formales de la calificación de un instituto no son suficientes para establecer *a priori* equivalencias entre institutos de ordenamientos encuadrados en formas de estado diferentes.[97] El concepto de Constitución y de fuente del derecho, al igual que los de derechos de libertad, partidos, representación, parlamento y otros, son comunes a los ordenamientos más diversos; pero sería improcedente deducir una identidad de contenido de la identidad de su calificación formal en ordenamientos de derivación liberal, socialistas, autoritarios.

Si bien se mira, el riesgo de establecer conclusiones apresuradas se da también cuando la comparación se lleva a cabo dentro de una misma forma de Estado; por ejemplo, es cierto que en materia de fuentes hay una clara afinidad entre los ordenamientos de derivación liberal. Ahora bien, si se estudia el concepto de *constitutional convention* en el ordenamiento inglés, se comprenderá que no casa con el de convención constitucional propio del ordenamiento italiano, pues la *convention* inglesa engloba hipótesis que en Italia se clasificarían como costumbres constitucionales.[98] Así, pues, si se procede al examen de los institutos constitucionales, enseguida surgen por todas partes diferencias sustanciales que confirman el peligro que supone confiar en la simple calificación formal que reciben en los ordenamientos observados.

En segundo lugar, la no existencia de institutos que por su calificación sean aparentemente homogéneos, no quiere decir que no existan soluciones jurídicas que, desde el punto de vista sustancial, sean homogéneas.

Pongamos nuevamente como ejemplo el *ombudsman* (procurador o comisario parlamentario), ese órgano de inspección parlamentaria y, sobre todo, de tutela de los intereses de los ciudadanos frente a los abusos administrativos. Se trata de un instituto sueco, exportado a muchos otros países: así, Nueva Zelanda, Alemania, Inglaterra. No cabe ninguna duda de que aquí se puede efectuar una comparación. No obstante, la situación es sensiblemente distinta cuando el examen

[97] *Cfr.*, por ejemplo, en tal sentido, Lesage, M., *Comparing Public Institutions*, *cit.*, pp. 138 y ss.

[98] *Cfr.*, De Vergottini, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 1981, pp. 114 y ss.

se extiende a ordenamientos que no han acogido al *ombudsman*, como Italia (donde sólo se ha instituido a nivel regional: el llamado defensor cívico); pero que, sin embargo, tienen otros instrumentos de protección de los ciudadanos. En efecto, en el caso italiano, cuentan con los recursos administrativos y jurisdiccionales, las intervenciones del Tribunal de Cuentas frente a la administración y otros semejantes. En estos casos no es improcedente comparar el *ombudsman* con otros institutos heterogéneos como el control del Tribunal de Cuentas sobre la administración; al contrario, es perfectamente admisible en el marco de una investigación comparada amplia y atenta que estudie globalmente el problema de la tutela del ciudadano en determinados ordenamientos jurídicos.[99]

Esta última observación nos lleva a subrayar la importancia que, a menudo, asume en enfoque *funcional*[100] en la comparación de los ordenamientos jurídicos. Cuando se utiliza no se pueden ignorar, al contrastar institutos de ordenamientos diferentes, las funciones cuya realización inspira las distintas soluciones organizativas. En efecto, la comparación no puede limitarse a aquellos institutos que reciban la misma o semejante calificación formal (cosa que no siempre ocurre). En el ejemplo propuesto, si la función del *ombudsman* en los ordenamientos que lo prevén es la de proporcionar a los intereses subjetivos una tutela distinta y complementaria respecto de la que ofrecen las garantías jurisdiccionales, podrá resultarle útil al comparatista no tanto dedicarse a la búsqueda de instituciones con análogas calificaciones formales cuanto verificar si existen en otros ordenamientos (por ejemplo, en el italiano) expedientes organizativos, estructurados y organizados de distintas maneras, que se encaminen sustancialmente a la satisfacción de los mismos intereses y, por tanto, correspondan a la misma función de tutela. En esos supuestos será procedente comparar tales soluciones organizativas.

VI. Clasificación y comparación

Uno de los problemas metodológicos que se le plantean a la ciencia

[99] Entorno a la compatibilidad de un instituto como el *ombudsman* con el sistema constitucional italiano, *cfr.*, por ejemplo, Di Giovine, A., "L'ombudsman in Italia: competenze e poteri", en Mortati, C. (ed.), *L'ombudsman (il difensore civico)*, Turín, 1974, p. 173.

[100] Zweigert, K., y H. Kötz, *Einführung, cit.*, I, 1971, pp. 28 y ss.; Friedman, L. M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. it.), Bolonia, 1978, p. 46.

del derecho constitucional comparado se refiere a la exigencia, anterior a la misma comparación,[101] de poner orden entre los ordenamientos y los institutos que pertenecen a ordenamientos que sólo aparentemente son semejantes. En efecto, en cualquier comparación "el primer problema a afrontar es siempre el de comprobar si las variables objeto de contraste son realmente de la misma clase".[102] La clasificación supone el agrupamiento de los objetos de análisis de manera que formen categorías sistemáticas, "contextos comunes",[103] dentro de los cuales quepan todos los casos que respondan a los elementos característicos de unas mismas categorías. *Exhaustividad* y *exclusividad* son los rasgos propios de la clasificación. Efectivamente, cada clase debería comprender todas sus categorías y nada más que ellas, excluyendo las que correspondan a otra clase.[104]

No obstante, Pizzorusso ha señalado que la clasificación en el campo del derecho comparado no puede conducir a resultados dotados de un rigor semejante al logrado por los estudiosos de las ciencias de la naturaleza.[105] Las causas de las dificultades que se encuentran al intentar una clasificación satisfactoria han de buscarse en el hecho de que el objeto del estudio comparado son los ordenamientos jurídicos[106] preferentemente los estatales, caracterizados por la compleja heterogeneidad de sus elementos constitutivos.

Sin embargo, pese a esta advertencia, es preciso esforzarse por alcanzar una clasificación aunque no sea completa. En este sentido, si se tiene en cuenta la constatada prevalencia de los Estados en cuanto forma histórica del poder político contemporáneo, así como que el estudio de los ordenamientos estatales integra el objeto del derecho constitucional, seguramente se admitirá el recurso a la teoría de las formas de Estado y de gobierno como esquema en el cual encuadrar

[101] *Cfr.*, Kalleberg, A. L., "The Logic of comparison. A Methodological Note in the Comparative Study of Political Systems", en *World Politics*, XVIII, 1966, pp. 69 y ss.; Sartori, G., *La politica comparata*, *cit.*, p. 65.

[102] Urbani, G., "Introduzione" a AA. VV., *La politica comparata*, Bolonia, 1973, p. 25.

[103] Swelser, N. J., *La comparazione nelle scienze sociali* (trad. it.), Bolonia, 1982, pp. 226 y ss.

[104] Hempel, G. G., *Aspects of scientific Explanation*, Nueva York, 1965, pp. 137 y ss.; Sartori, *ob. cit.*, p. 77.

[105] Pizzorusso, A., *Corso*, *cit.*, p. 116; *cfr.*, también, Langrod, G., "La comparaison en science juridique. Quelques remarques concernant ses avantages et les piéges a éviter", en Luke, G., Ress, G., Will, M. R., *Rechtsvergleichung, Europa Recht und Staatenintegration, Gedächtsschrift für L. J. Constantinesco*, Colonia, 1983, p. 432.

[106] Pizzorusso, A., *Corso*, *cit.*, pp. 123 y ss.

la clasificación a los efectos de la comparación, tal como ya indicara fructíferamente Biscaretti di Ruffia.[107]

El agrupamiento de las diversas categorías de ordenamientos estatales en clases a la vista de su homogeneidad recíproca constituye la premisa necesaria para realizar comparaciones en su interior. Esto no excluye, de raíz, sin embargo, la posibilidad de comparar ordenamientos encuadrados en clases diferentes, ya que todos los ordenamientos clasificables entran en la más amplia unidad de estudio que representa el concepto general de ordenamiento estatal. En otras palabras, dentro de la clase "ordenamiento estatal" se incluyen algunas subclases agrupadas en las distintas formas de Estado ya estudiadas por la doctrina constitucional: a la comparación dentro de la forma de Estado puede añadírsele la que se realiza entre formas de Estado diferentes, diferenciadas por variables significativas (y, por tanto, normalmente consideradas heterogéneas), pero homogéneas entre sí en la medida en que pertenecen a la figura clasificatoria "ordenamiento estatal".

La elección de tales criterios para clasificar es perfectamente admisible y corresponde a cada investigador escoger los que sean funcionales para el tipo de trabajo que quiere realizar. De este modo, será posible identificar algunas características contextuales de los fenómenos estudiados, las cuales servirán como parámetros constantes para la investigación a desarrollar.[108] Además, se ha insistido no solamente en la relatividad de los criterios clasificatorios, sino también en la inevitable diferencia que existe entre los criterios manejados por unos y otros sectores del derecho,[109] aunque hay acuerdo en considerar que los criterios utilizados en el derecho público y constitucional son distintos de los usados en el derecho privado.[110]

1. *Clasificación y teoría de las formas de Estado. Criterios para elaborar una tipología*

La teoría de las formas de Estado y de gobierno ofrece el esquema más idóneo para recoger la exposición de un análisis comparado que

[107] *Cfr.*, *Introduzione, cit.*, pp. 27 y ss.

[108] *Cfr.*, las consideraciones de Swelser, N. J., *ob. cit.*, pp. 228 y ss.

[109] *Cfr.*, Zweigert, K., "Zur Lehre von den Rechts-Kreisen", en *XX Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of H. E.* Leyden, 1951, p. 45.

[110] *Cfr.*, Malmström, A., *The System, cit.*, pp. 139 y ss.; Knapp, V., *La scienza, cit.*, p. 30; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, p. 59.

afronte los temas propios del derecho constitucional. El estudio comparado de los ordenamientos y de sus instituciones ha de ser precedido por una reconsideración esencial de los elementos a través de los que se expresa hoy el poder político estatal y de las características propias de las constituciones estatales. De ahí que se articule: *a)* En una parte en la que se analizan las instituciones específicas de los estados que se mueven en el ámbito de los principios del liberalismo; *b)* en una parte en la que se analizan las instituciones del socialismo realizado según la doctrina leninista; *c)* y *d)* en fin, en dos partes relativas a las experiencias de los Estados ajenos a la inspiración liberal o socialista y en, particular, a los de tipo autoritario y de nueva independencia.

Ahora bien, antes de proceder, es menester justificar la posición metodológica adoptada, aclarando en virtud de qué *criterios* se ha llegado a la identificación de las formas de Estado que se estiman propias de la experiencia contemporánea.

La *tipología* de las formas organizadas del poder político ha sido elaborada mediante el método deductivo y el comparativo, partiendo del estudio de las formas históricas del poder para extraer los elementos recurrentes que permitan fijar los tipos que, a su vez, se usarán para ordenar las experiencias de los diversos ordenamientos examinados.

Los criterios que se consideran idóneos para realizar el análisis y la clasificación son:

a) El criterio relativo a la *titularidad del poder.*
b) El criterio relativo a las *modalidades de ejercicio del poder.*
c) El criterio relativo a los *fines del ejercicio del poder.*

La titularidad del poder soberano puede corresponder a sujetos individuales o colectivos y el poder es ejercicio en la práctica por órganos siguiendo el principio de la concentración o el de la distribución. Las modalidades del ejercicio del poder aluden a la formación de la decisión política y a su ejecución, siendo necesario observar que la decisión puede ser el fruto de un procedimiento dialéctico-contradictorio o ser adoptada unilateralmente, variando la importancia del consenso de los destinatarios de la decisión en cada caso. Los fines perseguidos con el ejercicio del poder están condicionados en diversa medida por las opciones ideológicas que inspiran cada ordenamiento, opciones que también condicionan los criterios de asignación del poder y sus modalidades de actuación que acabamos de mencionar.

De la diferente utilización y valoración (total o parcial) de los criterios indicados, a menudo mezclados con el recurso a criterios históricos, politológicos y sociológicos, se han extraído variadas propuestas de calificación y clasificación de las formas organizadas del poder, tal como se señalará seguidamente. No obstante, todavía hoy nos parece clara y útil la distinción formulada por Kelsen, pues tiene en cuenta las características esenciales de los ordenamientos jurídicos conforme a sus respectivas constituciones, encontrando en la idea de libertad política o en su negación el rasgo distintivo de las constituciones: *democracia* y *autocracia*. Obviamente, "la democracia y la autocracia no son realmente descripciones de las constituciones históricamente dadas sino que más bien representan tipos ideales. En la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno u otro de estos tipos ideales". Hay una mezcla de elementos de ambos tipos aunque según casos se perciba el predominio del principio democrático o del autocrático.[111]

Profundizando en el fundamento de la distinción entre la forma democrática y la autocrática,[112] observamos que la primera manifiesta una tendencial coincidencia entre el Estado-aparato y el Estado-comunidad. La segunda da preferencia a las exigencias del aparato y, si fuera preciso, admite distorsiones entre ambos elementos prescindiendo del consenso de los gobernados respecto de las opciones de los gobernantes. Esto significa que los criterios relativos a la titularidad del poder y a las modalidades de su ejercicio adquieren una importancia determinante para la calificación de un ordenamiento como democrático o autocrático en la medida en que terminan por ser el banco de pruebas sobre el que se constata la efectividad del funcionamiento de los institutos garantistas (libertad, participación en la actividad política, elecciones libres, derecho de oposición, etcétera) más allá de las afirmaciones de principio o de los postulados ideológicos que deberían servir de indicadores para los fines del poder. Y puesto que los criterios organizativos relativos a la asignación del poder y a las modalidades de su ejercicio convencionalmente caracterizan la "forma de gobierno" en el ámbito más amplio de la "forma de Estado" —que se suele distinguir por los principios que marcan los fines políticos

[111] Kelsen, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milán, 1952, p. 289.

[112] Sobre la reducción de las formas políticas a la contraposición democracia-autocracia, véase Lavagna, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ed., Turín, 1982, p. 532.

esenciales de cada ordenamiento y que consienten diferenciar los Estados liberales, socialistas y autoritarios—, es manifiestamente evidente que un análisis realista de los ordenamientos estatales contemporáneos debería acabar primando la forma de gobierno, respetando el principio de la efectividad y atribuyendo una particular atención no sólo a los criterios relativos a la asignación y al ejercicio del poder sino también a su forma real de actuar. En la práctica, el funcionamiento de la forma de gobierno ofrece la posibilidad de captar *in concreto* la naturaleza democrática o autocrática de un ordenamiento mejor que el análisis formal de los postulados ideológicos comprendidos en los enunciados dogmáticos de los textos constitucionales.

Es preciso, no obstante, tener en cuenta que *tradicionalmente* las opciones ideológicas se nos presentan como un dato que permite determinar fácilmente las características de los ordenamientos más difundidos y estudiados, como los de los Estados definidos como autoritarios. En cambio, en relación con otros ordenamientos predominan definiciones meramente residuales o agrupaciones fundadas en criterios sociológicos (Estados en vías de desarrollo), politológicos (Estados de partido único, monopolíticos) o geográficos (el denominado tercer mundo).[113]

En el intento de proceder a una racionalización que tenga en cuenta los tres criterios señalados —el de la asignación, el del ejercicio y el de los fines del poder— se puede considerar el siguiente esquema de las formas del poder estatal, utilizando preferentemente para una agrupación expositiva convencional los términos que califican las opciones ideológicas que inspiran el ejercicio del poder (Estado de derivación liberal, socialista y autoritario, a los que se añaden los Estados mancomunados por un propósito de modernización del sistema social y político o por el designio de conservar el que tradicionalmente han tenido, los cuales por dificultades sistemáticas objetivas y exigencias expositivas se van a calificar como Estados recién independizados).

2. *Las tipologías escogidas*

a) Hoy es fácil identificar una forma de Estado que tradicionalmente se definía como de democracia "clásica" y que está profundamente influenciada por la ideología liberal: *el Estado de derivación*

[113] Sobre los distintos criterios a seguir para individualizar los ordenamientos, *cfr.*, en general, las observaciones de Rozmaryn, S., "Les grandes controverses du droit comparé", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, p. 586.

liberal. Se ha venido caracterizando por contar con constituciones que hacen hincapié en las normas que se refieren a la titularidad del poder y a las modalidades procedimentales de su ejercicio, privilegiando la búsqueda del consenso de los gobernados. Por el contrario, aquellas normas que se refieren a la determinación de los fines que informan el ejercicio del poder, solamente han comenzado a definirse mejor tras el segundo conflicto mundial.

b) Otra forma de Estado que presenta unos contornos bien definidos es la del *Estado socialista* en su versión leninista. Sus constituciones atribuyen una importancia preferente a la definición de los objetivos que presiden el ejercicio del poder. En cambio, la normativa referente a la titularidad del poder y a los criterios relativos a su ejercicio, no siempre permite apreciar la función primaria del partido depositario de la ideología oficial, la sustancial concentración del poder y las formas de condicionamiento del consenso de los gobernados.

c) Junto a las formas de Estado señaladas existen ejemplos de otras soluciones organizativas que suelen tener en común el recurso a criterios de asignación del poder que comportan formas de concentración en órganos monocráticos o colegiados restringidos. También acostumbran a configurar el ejercicio del poder prescindiendo de la búsqueda de un auténtico consentimiento de los gobernados, llegando incluso a formas de imposición. Las opciones ideológicas que distinguen a estos ordenamientos pueden ser conservadoras o progresistas; pero las mencionadas pautas de asignación y ejercicio del poder tienden a agruparlos bajo la etiqueta, genérica pero indicativa, de regímenes "autoritarios".

El estudio orgánico y la clasificación de estos ordenamientos no son sencillos, pues si es fácil excluirlos de los dos tipos más arriba señalados es, sin embargo, mucho menos simple la tarea de encuadrarlos en otros.

En primer lugar, es posible separar del conjunto de las experiencias autoritarias el caso histórico del *Estado fascista* que se basaba en una propia opción ideológica bien definida, preveía la concentración del poder en un complejo homogéneo de órganos y disponía su ejercicio mediante formas de imposición. Tal precisa identificación consiente, pues, un tratamiento separado de esta forma histórica de Estado autoritario, como, por otra parte, ya se hace en la práctica totalidad de los estudios.

En segundo lugar, parece oportuno aprovechar la ocasión para examinar algunos conceptos que se han introducido también en la termi-

nología constitucional y que, a veces, se emplean como sinónimos de Estado autoritario, pero que pueden encerrar verdaderos significados autónomos; Estados "totalitario", "dictadura", gobiernos militares.

En tercer lugar, es necesario observar que en algunos casos las soluciones autoritarias no conducen a la adopción de específicas decisiones constitucionales formales, pudiendo ser la consecuencia de la suspensión de constituciones fundadas sobre los principios del Estado liberal. En otros supuestos se puede apreciar la existencia de textos constitucionales que acogen principios democráticos y de otros que los rechazan. Situaciones de esta naturaleza son familiares a la experiencia constitucional iberoamericana en la que la matriz de las instituciones liberales puede, según los periodos, dar lugar a soluciones contradictorias.

d) Un problema generalmente irresuelto es el de la calificación de las formas de Estado de los países denominados del tercer mundo o en vías de desarrollo, nociones con las que describen aquellos Estados que han surgido de la experiencia de la *descolonización*. A este respecto, se intentará poner de relieve las características de estos ordenamientos, los cuales, tras una fase —que no siempre produjo efectos positivos— en la que tomaron como modelo las constituciones de las viejas potencias coloniales, han optado por ordenamientos con concentración del poder y un ejercicio autoritario del mismo. Los motivos que explican las opciones ideológicas de las diversas constituciones, se reducen al predominante propósito de modernización. Desde esta perspectiva, los ordenamientos de las antiguas colonias europeas se asimilan, a menudo, a aquellos ordenamientos conservadores caracterizados por regímenes tradicionalistas existentes en las mismas áreas geográficas.

En la práctica, el análisis orgánico de la forma de Estado de tales ordenamientos engloba la casi totalidad de los Estados africanos, asiáticos, de Oceanía y Centroamérica que han logrado la independencia generalmente, tras el segundo conflicto mundial.

3. *Referencia a otras hipótesis de clasificación propuestas*

De cuanto se ha dicho resulta que la tipología de las formas de Estado propuesta se separa de las que se utilizan comúnmente.

No se recoge íntegramente la subdistinción entre Estado de democracia clásica, Estado socialista y Estado autoritario que deja a los Estados recién independizados en una categoría residual elaborada

con criterios preferentemente económicos y geográficos que tiende a considerarlos bajo el ángulo de su conexión con esas tres formas de estado más estudiadas.[114] No se acoge la subdistinción entre Estados democráticos y pluralistas occidentales y Estados monopolíticos de partido único (diversamente definidos: totalitarios, autocráticos, monopartidistas, de poder "cerrado", de poder concentrado) grata, sobre todo a la literatura politológica.[115] Tampoco se sigue la contraposición propia de la doctrina política y jurídica oficial de los países socialistas entre Estado burgués capitalista y Estado proletario socialista.[116] Ni siquiera se utiliza una propuesta de clasificación que tiene en cuenta las orientaciones surgidas de la investigación de los sistemas jurídicos comparados y del derecho privado comparado, que comporta la tripartición en ordenamientos de *common law,* de *civil law* y socialistas, proponiendo como subclasificación las agrupaciones de ordenamientos religiosos y consuetudinarios de países extraeuropeos, reconociendo la dificultad o imposibilidad de la clasificación.[117]

El esquema clasificatorio de los diversos ordenamientos estatales útil para los estudios de derecho constitucional comparado es, además, profundamente diferente de los que se utilizan en el estudio del derecho privado comparado, ya que, como hemos visto, el elemento que caracteriza al derecho público y, en particular, al constitucional consiste en la esencia y en la estructura del poder político. Por el contrario, los estudios de derecho comparado centrados en el análisis del

[114] *Cfr.,* por ejemplo, en tal sentido: Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione, cit.,* pp. 12 y 104; Ferrando Badía, J., *Regímenes políticos, cit.,* pp. 57 y ss.; véase, además, sobre la aceptación de la tripartición, las observaciones de Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico,* I, 9ª ed., Padua, 1975, pp. 144 y ss.; Martines, T., *Diritto costituzionale,* 3ª ed., Milán, 1984, pp. 154 y 155; Spagna Musso, E., *Diritto costituzionale,* 2ª ed., Padua, 1986, pp. 127 y ss.; Ortino, S., *Forme di governo in diritto comparato, cit.,* pp. 1 y ss.; Amato, G., "Forme di stato e di governo", en Amato, G., y Barbera, A., *Manuale di diritto pubblico,* Bolonia, 1984, pp. 63 y ss., quien, sin embargo, encuentra en los países de nueva independencia referencias a los modelos más estudiados y difundidos.

[115] *Cfr.,* Aron, R., *Teoria dei regimi politici* (trad. it.), Milán, 1973, pp. 63 y ss.; Burdeau, G., *L'état,* Paris, 1970, pp. 114 y ss.; Leclerq, *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 4ª ed., Paris, 1984, pp. 55 y ss.; Loewenstein, K., *Political Power and the government process,* Chicago, 1957.

[116] Blahor, J., "The Development of Forms of government in the Present-Day World", en *Atti del XI Congresso mondiale dell'IPSA,* Moscú, 12-18 agosto 1979, p. 5; Lukic, R., *Théode l'état e du droit,* Paris, 1974, pp. 137-139; Forsi, G., "On the problem of the Division of legal Systems", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.,* pp. 181 y ss.; Blagojevic, B. T., "Le méthode", *idem,* p. 36; Rozmaryn, S., *Les grandes controverses, cit.,* p. 586; Knapp, V., *La scienza, cit.,* pp. 33 y ss.

[117] *Cfr.,* Pizzorusso, A., *Corso, cit.,* pp. 296 y ss.

derecho de los particulares se inspiran en criterios que sólo indirecta y parcialmente se preocupan del poder público.

Las clasificaciones existentes tienden a reagrupar los ordenamientos en distintas familias o sistemas jurídicos. Arminjon, Nolde y Wolff [118] dividen los ordenamientos en siete familias de derechos: francés, alemán, escandinavo, inglés, ruso, islámico e hindú. David,[119] autor de uno de los intentos de sistematización que ha tenido más éxito, agrupa los derechos en tres familias principales: la del derecho romano-germánico, la del *common law* y la soviética, a las que se añaden los sistemas jurídicos musulmán, hindú y del extremo oriente. La clasificación de Ancel [120] no es muy diferente. Zweigert y Kötz [121] distinguen ocho sistemas: romanista, germánico, nórdico, de *common law,* socialista, del extremo oriente, islámico, hindú. Malström [122] establece "grupos" de derechos subdivididos en "familias" (grupo occidental, dividido en las familias europea, latinoamericana, nórdica y de *common law;* grupo socialista, dividido en las familias soviética, de las democracias populares y china), a los que se han de añadir, a la espera de ulteriores profundizaciones, la categoría que comprende los derechos asiáticos y la que comprende los africanos. Ravá [123] distingue los ordenamientos laicos —caracterizados por su no dependencia de preceptos religiosos, éticos, ideológicos, capaces de resolver por sí mismos la totalidad de los problemas que interesan a las respectivas comunidades estatales y que son los de los Estados europeos junto a los influenciados por el pensamiento jurídico europeo, tanto de inspiración romano-germánica, cuanto del *common law* (a los que uniría el ordenamiento chino, que tendría un carácter laico pero que no sería receptivo respecto al valor del comportamiento observado en virtud de las costumbres)— y los ordenamientos dogmáticos, en los que la fuente primaria del derecho ha de buscarse en los preceptos religiosos (hinduismo, Islam) o ideológicos (socialismo soviético).

[118] Arminjon, P., B. Nolde, y W. Wolff, *Traité de droit comparé,* París, 1950-1952.

[119] David, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei, cit., passim.*

[120] Ancel, M., *Utilità, cit.,* pp. 41 y ss., distingue los siguientes sistemas: romano-germánico, de *common law,* soviético, sistemas de derecho religioso y sistemas del tercer mundo (respecto de estos últimos describe las dificultades que plantea su estudio).

[121] Zweigert, K., y H. Kötz, *Einführung, cit., passim.*

[122] Malmstrõm, A., "The System of the Legal Systems", en *Scandinavian Studies in Law,* XII, 1969, pp. 127 y ss.

[123] Ravá, T., *Introduzione al diritto della civilità europea,* Padua, 1982, caps. I y II.

A pesar de las diferentes calificaciones formales, prácticamente todas las clasificaciones propuestas por la ciencia de la comparación del derecho privado conceden un espacio autónomo a los sistemas de derecho romano-germánico, de *common law*, socialista, hindú, musulmán y chino.

No obstante, de todos los sistemas así identificados, solamente el socialista, por su segura autosuficiencia y por la complementariedad entre la disciplina de la organización y ejercicio del poder público y la relativa a la colocación del individuo en la sociedad política, coincide con los términos identificadores de la "forma de Estado" socialista estudiada por la ciencia del derecho constitucional. En cuanto a la contraposición privatista entre sistemas de derecho romano-germánico y sistemas de *common-law*, aun siendo bien conocida la tradicional determinación de los elementos característicos propios de un sistema codificado y los de un sistema basado en el precedente jurisprudencial y aun compartiendo las razones por las que en el campo privatista es todavía hoy inevitable una distinción en el examen de las diferentes soluciones, hay que convenir que, desde la perspectiva constitucional, los elementos comunes propios de los ordenamientos de derecho romano-germánico y de *common law*, derivados de la coincidencia en los principios que identifican la forma de Estado de derivación liberal, son suficientes para aconsejar su consideración unitaria. Por lo que hace al sistema chino tradicional, sin negar que su estudio pueda tener un interés autónomo para los juristas, resulta que desde el punto de vista constitucional está superado por la adopción de los principios socialistas y, por lo tanto, entra dentro del estudio de la forma de Estado socialista. En cambio, existen razones para que los sistemas hindú y musulmán se estudien en el derecho constitucional comparado, pero solamente si se integran con soluciones institucionales que condicionen en diversa medida las formas de Estado que no se limiten a su pura y simple recepción.

En la práctica se ha corroborado que los propósitos que inspiran las clasificaciones que se han expuesto son sensiblemente distintos de los que preocupan a los estudios de derecho constitucional y que, por eso, los esquemas que se han visto no se pueden utilizar con provecho. La opción de recurrir a las diversas formas de Estado como unidades de clasificación se ha visto confirmada.

VII. Reflexiones finales sobre el método del derecho constitucional comparado

A la vista de cuanto se ha señalado en la exposición previa, es

menester formular algunas consideraciones sobre el método utilizado en la comparación, indicando esquemáticamente algunos puntos.

1) Como se ha observado ya, la función esencial y primaria de la comparación es el *conocimiento,* pudiéndose utilizar, sucesivamente las nociones adquiridas para diversos finales.

2) Anterior a la comparación es la elección de los criterios de *clasificación.* Éstos tienen un carácter relativo, no absoluto y varían en función del *sector del derecho* objeto de investigación y de los fines que se propone el investigador. La clasificación es una operación lógica que tiene por objeto la determinación de unidades de estudio llamadas *clases,* las cuales pueden, a su vez, subdistinguirse.

En el estudio del derecho público y del derecho constitucional comparado, la unidad de estudio es el ordenamiento jurídico estatal identificable en virtud de sus propios elementos extraídos por la ciencia jurídica.

En el ámbito de esta clase, en la que pueden incluirse todos los ordenamientos que tengan el carácter de Estado, pueden operarse agrupaciones que coincidan con las diferentes formas de Estado, las cuales actúan, por tanto, como *subclases.* Por otra parte, en cada forma de Estado se pueden efectuar ulteriores subclasificaciones en función de la forma de gobierno, de la regulación de las fuentes normativas, de la regulación de los derechos fundamentales, etcétera.

3) Entre los métodos a disposición del investigador para conocer las instituciones jurídicas está la comparación. Como se suele explicar, la comparación puede ser *espacial* (o sincrónica), cuando se examinan los ordenamientos en un momento determinado, normalmente contemporáneo al análisis que se desarrolla, o *histórica* (diacrónica), cuando se examinan los ordenamientos en su sucesión temporal. Por convención, se ha excluido de los estudios comparados la comparación histórica o se la ha convertido en instrumento auxiliar.

4) La comparación presupone el examen de uno o más ordenamientos diferentes, normalmente estatales y de otras organizaciones como las internacionales. En cambio, se estima generalmente que es materia propia del derecho nacional la comparación de ordenamientos públicos internos, como los regionales.

5) Los ordenamientos comparables pueden pertenecer a formas de Estado distintas. En otras palabras, la homogeneidad, entendida como necesaria adscripción a una determinada forma de Estado, no es un requisito imprescindible para la comparación. También los ordenamientos considerados heterogéneos entre sí pueden ser objeto de análisis

siempre que aquellos que se comparan tengan en común el ser ordenamientos de comunidades políticas, con independencia del nivel de elaboración de sus técnicas organizativas. Así, pues, tal como se ha intentado poner de relieve, la homogeneidad de la que habitualmente se trata es la que se da dentro de una determinada subclase (forma de Estado) que, en realidad, está comprendida en aquella más amplia consistente en el concepto de ordenamiento político en la cual se engloban las distintas formas de Estado. La heterogeneidad entre ellas es, por tanto, un concepto relativo y convencional, puesto que todas las formas de Estado tienen elementos en común que consienten su contraste. Lo esencial para comparar es encontrar un amplio número de características constantes, que aproximan los distintos ordenamientos, a las que se les yuxtaponen otras características variables con el fin de efectuar el contraste.[124]

6) El derecho comparable no es (sólo) el que resulta de los textos normativos, sino, más ampliamente, el que está efectivamente vigente en los ordenamientos que se examinan. La investigación deberá, pues, considerar también el derecho no escrito y tendrá que verificar la vigencia del escrito.

7) Al efectuar la comparación pueden tomarse en consideración ordenamientos o institutos de diferentes ordenamientos.

La comparación de ordenamientos o de grupos de ordenamientos (macrocomparación) exige, normalmente, un elevado nivel de generalización y aproximación y sirve para introducir comparaciones más puntuales sobre institutos concretos o conjuntos normativos vinculados a institutos (microcomparación). Según se ha dicho, los estudios comparados más útiles son estos últimos y la escala que puede recorrerse para pasar de lo general a lo particular puede ser más o menos específica. Del examen de los ordenamientos generales puede pasarse, por ejemplo, a los respectivos ordenamientos parlamentarios y de ahí a los de los grupos parlamentarios y a la regulación del procedimiento legislativo, así como a las normas relativas a la orientación y control políticos, a las leyes electorales, a las modalidades de voto y a la formación de las decisiones parlamentarias, y así sucesivamente.

8) Esta referencia permite comprender que el método comparado ha de usar otros métodos[125] para llegar a extraer los materiales sobre los cuales dirigir el juicio comparativo:

[124] *Cfr.*, Lijphart, A., "Il metodo della comparazione", en *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, p. 79.

[125] Sobre los métodos utilizables en las ciencias sociales en concurso con el comparado, *cfr.*, por ejemplo, Lijphart, A., *Il metodo*, *cit.*, pp. 70 y ss.

a) El cuantitativo y estadístico (por ejemplo, para determinar el número y la duración de las legislaturas, de los gabinetes ministeriales, de los golpes de Estado, de las modificaciones constitucionales).

b) El del estudio de los casos que el investigador considere significativos en la medida en que para comprender el funcionamiento de un instituto solamente es posible analizar en profundidad algunos casos emblemáticos (por ejemplo, el análisis de una elección presidencial, de una crisis de gobierno, de una comisión de encuesta).

c) El histórico, que mediante el examen de los precedentes puede servir para comprender la actual disciplina de un instituto y que explícita o implícitamente se utiliza casi siempre (por ejemplo, el análisis histórico de la confianza parlamentaria, de los derechos de libertad, del concepto de democracia).

9) El resultado de la comparación consiste en poner de manifiesto coincidencias, afinidades, diferencias. Es del todo improcedente, inaceptable y restrictivo reducir la comparación a la búsqueda de coincidencias y afinidades.

10) La comparación consiste en una operación lógica que supone el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinados, la consideración de los datos obtenidos, su contraste y una síntesis de la que emerge una valoración crítica que contiene el juicio comparativo.

El análisis crítico de los elementos de dos o más ordenamientos examinados, que exige un contraste entre ellos, sólo tiene sentido si el investigador ha fijado, en función de sus propósitos científicos, un parámetro de referencia en relación al cual expresar su propio juicio. Este parámetro (el denominado *tertium comparationis*) sirve como término de referencia en el contraste entre lo que se compara *(comparatum)* y lo que se debe comparar *(comparandum)*.

Así, si se compara la regulación de la encuesta parlamentaria en Italia con la de otros ordenamientos con gobierno parlamentario, se debería establecer ante todo qué se ha de entender por encuesta parlamentaria. Con seguridad habrá acuerdo sobre los siguientes elementos calificadores: distinción entre la encuesta parlamentaria, la judicial y la administrativa; distinción de la encuesta parlamentaria de las otras competencias inspectivas parlamentarias; carácter derogatorio de la encuesta respecto del principio típico de la forma de gobierno parlamentaria según el cual el gobierno responde políticamente ante el Parlamento también por los actos de la administración controlada y, por tanto, no es admisible una fiscalización parlamentaria directa sobre

ella (excepcionalidad de la encuesta); atribución de la encuesta a comisiones parlamentarias normalmente constituidas *ad hoc* con un mandato temporal; paralelismo entre los poderes instructorios parlamentarios y los de los jueces. Solamente tras este reconocimiento y tras haber escogido un modelo abstracto de encuesta para usarlo como referencia, se debería examinar el instituto de la encuesta en el Parlamento italiano *(comparatum)*, confrontándolo con el que prevén otros ordenamientos *(comparandum)*. A continuación del examen ordenamiento por ordenamiento, al final del contraste resultarán, junto a las convergencias, las divergencias del instituto italiano respecto del módulo de referencia (por ejemplo, una tendencial afirmación del carácter normal, no excepcional del instituto) y las que ofrecen los ordenamientos extranjeros examinados respecto del citado módulo (por ejemplo, atribución de competencias de encuesta a comisiones permanentes en Alemania; institución de tribunales de encuesta externos al Parlamento en Inglaterra).

En la práctica sucede con frecuencia que quien lleva a cabo la comparación, sobre todo cuando se estudian institutos nacionales ya existentes y experimentados, confunde el instituto nacional con el módulo abstracto, de modo que, aparentemente, los términos del contraste se reducen a dos: *comparatum* y *comparandum*. Así, para continuar con el ejemplo propuesto, los elementos identificadores de la encuesta se deducirían exclusivamente del ordenamiento nacional que se compara con otros.

Más clara es la exigencia de establecer un módulo de referencia cuando el instituto no está regulado por el derecho positivo, sino que existe a nivel de propuesta legislativa o de estudio doctrinal. En tal caso, el trabajo de abstracción para construir ese módulo es más evidente: por ejemplo, extraido el módulo del *ombudsman* deduciéndolo de la experiencia de diversos ordenamientos, el esquema normativo nacional se comparará con las disciplinas normativas existentes en otros Estados.

Aclarada la importancia del módulo abstracto de referencia, se ha de observar también que no siempre puede hacerse coincidir con la definición de una fórmula organizativa (por ejemplo, en las hipótesis mencionadas, con una estructura denominada "comisión parlamentaria", u *"ombudsman"*, o "comisario parlamentario") o con la determinación de una normativa formal que regule tales estructuras.

Parece más seguro y científicamente más fundado establecer el *fin* que está detrás de una solución organizativa y su calificación formal

(en los ejemplos citados, la función inspectiva excepcional de los parlamentos y la función inspectiva parlamentaria unida a la tutela no jurisdiccional de intereses y derechos) sin que con esto se pretenda excluir la relevancia de los aspectos organizativos o formales, sino poner de manifiesto que no pueden encubrir la preferencia del elemento funcional.

En efecto, los análisis de derecho comparado en el campo del derecho privado y mercantil han señalado desde hace tiempo los límites de una investigación circunscrita al estudio de institutos concretos identificados por medio de criterios meramente formales. Al contrario, se ha concluido que el estudio comparado debe orientarse *funcionalmente*, sin referencias vinculantes a los conceptos propios de los distintos sistemas legales, sino teniendo en cuenta, prescindiendo de su forma, las soluciones que se ofrecen a los diferentes problemas que existen en el cuerpo social.

Según Rabel, Zweigert y Knapp, el derecho comparado no es el derecho que surge de la simple comparación de los textos legislativos, sino el que procede de la comparación de las diversas soluciones legales que se dan a los mismos problemas de hecho que afrontan los sistemas legales de los distintos ordenamientos.[126] Así pues, "los diferentes sistemas legales pueden ser comparados solamente si resuelven el mismo problema efectivo, es decir, si responden a la misma necesidad legal. En otras palabras, las instituciones de sistemas legales diferentes pueden ser razonablemente comparadas sólo si persiguen el mismo fin, si cumplen la misma función. La función es el punto de partida y la base de toda comparación jurídica; es el *tertium comparationis* durante tanto tiempo objeto de fútiles disquisiciones entre los comparatistas".[127] En consecuencia, en la ciencia del derecho comparado solamente es comparable lo que responde a la misma función y si el criterio de referencia es la función, es evidente el peligro que supone para la comparación utilizar materiales escogidos únicamente por su semejanza formal.

Trasladando estas anotaciones al campo del derecho público, es evidente que el recurso al concepto de función puede ser, con seguri-

[126] Rabel, E., "Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht", en *25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft*, 1er. III. (1937), pp. 77 y ss., ahora en *Gesammelte Aufsätze*, III, Tubinga, 1967, pp. 180 y ss.; Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 25 y ss.; Knapp, V., "Problemes méthodologiques dans la science comparé", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 429 y ss.

[127] Zweigert, K., y H. Kötz, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.

dad, útil para establecer los elementos de la comparación propios de institutos que pertenecen a ordenamientos diferentes, aunque el enfoque funcional no significa, obviamente, que sea inútil la consideración de los elementos formales ligados a la identificación de las estructuras constitucionales. En efecto, no debe olvidarse que, sobre todo, en los ordenamientos en que se ha impuesto la Constitución escrita, las soluciones organizativas formalizadas en los textos constitucionales han asumido una función, extendida por doquier, de identificación de instituciones concretas. La formalización de los institutos jurídicos, propia de todos los sectores del derecho, reviste una importancia especial en el derecho público. Es, pues, comprensible, como señalaba Rozmaryn, que: "En el derecho público (y más concretamente en el derecho constitucional) la misma tendencia "estructuralista" aparezca bajo la enseña del "enfoque orgánico" para el que el objeto propio de la investigación de derecho comparado lo constituyen en primer lugar los órganos del Estado y su estructura", aunque este enfoque estructural deba ser compensado con el funcional.[128] En conclusión, Rozmaryn observaba que la comparación debería realizarse teniendo en cuenta ambos criterios: el *estructural* y el *funcional*. Objeto de la comparación serían, por tanto, las estructuras jurídicas; pero esas instituciones habrían de ser examinadas en relación con las funciones que cumplen.[129]

En la práctica, la orientación funcional en el campo de la comparación ha obtenido, desde hace tiempo, un amplísimo apoyo,[130] aun cuando se señale que el análisis científico sobre la cuestión sólo interesa de forma marginal a los estudios de derecho constitucional.[131] Concluyendo sobre este extremo, se debe aceptar que la determinación de la función esencial de un instituto es el presupuesto y el parámetro de referencia del juicio comparativo sobre institutos de ordenamientos diferentes.

[128] Rozmaryn, S., "Les grandes controverses de droit comparè", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 580 y 581.

[129] *Idem*, p. 581.

[130] Feldbrugge, F. J., "Sociological Research Method and comparative Law", en Rotondi, M. (ed.), *Buts, cit.*, pp. 221 y ss.; Neumayer, K. H., "Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé", *idem*, pp. 515 y ss.; Ancel, M., *Utilità, cit.*, p. 96; Schwarz-Liebermann, H. A., *ob. cit.*, pp. 70 y ss.

[131] Entorno a la utilización implícita del criterio funcional, véase Lavagna, C., *Aspetti tecnici della comparazione costituzionale, cit.*, p. 243; Di Ciolo, V., *ob. cit.*, p. 337.

LAS NULIDADES PROCESALES EN EL DERECHO COMPARADO

Lorenzo ZOLEZZI IBÁRCENA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Objetivos.* 1. *Principio de especificidad.* 2. *Principio de instrumentalidad de las formas.* 3. *Principio de trascendencia.* 4. *Principio de convalidación. Nulidades absolutivas o radicales. Acto inexistente.* 5. *Principio de protección.* 6. *Extensión o efectos.* 7. *Causales de nulidades.* III. *Reflexión final.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema de las nulidades procesales es complejo en cualquier dimensión de análisis. En el terreno doctrinario, por ejemplo, se pueden citar una serie de materias que aún suscitan encendido debate entre los tratadistas: ¿el acto procesal puede ser nulo por razones diversas a las formales?, ¿cabe hablar de acto procesal inexistente?, ¿todas las nulidades son convalidables o existen nulidades absolutas que no admiten convalidación?, ¿cuáles son estas nulidades absolutas o sustanciales?, ¿qué son formas esenciales?

Los códigos procesales, por su parte, tratan el asunto de maneras muy diversas. Algunos, como el peruano, el español, el chileno, el uruguayo, el del Distrito Federal mexicano, no poseen un capítulo dedicado especialmente a las nulidades del acto jurídico procesal. La materia es cubierta en los recursos impugnatorios, en los incidentes y en disposiciones aisladas sobre nulidad de actuaciones o notificaciones. Otros, en cambio, siguiendo quizás la inspiración del Código italiano que entró en vigor en 1942, incluyen expresamente un capítulo sobre la nulidad de los actos procesales. Es el camino seguido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, el Novo Código de Processo Civil del Brasil y el Código del Ecuador, según las modificaciones introducidas en diciembre de 1978.

Pudiera parecer que estos códigos han resuelto muchos de los problemas discutidos en doctrina. Algunos de sus comentaristas, sin embargo, consideran que los grandes problemas siguen estando librados

a la interpretación jurisprudencial y a la elaboración doctrinaria. Refiriéndose al Código italiano, Redenti realiza el siguiente comentario: "Al tema de las nulidades está dedicado, según su rúbrica, el último capítulo del título sexto. Pero se reduce a unas pocas disposiciones, y aun esas mismas muy imperfectas. En efecto, gravísimas son las lagunas, y no ligeras tampoco las dificultades de interpretación".[1]

Finalmente, en el nivel de la práctica forense y los usos ante los tribunales, la nulidad posee el raro privilegio de ser el refugio de la dilación y la sinrazón, y a la vez la arena que puede dar cabida a los aspectos más sublimes del proceso. Lo primero alude a la costumbre de los abogados de sembrar nulidades a lo largo del proceso, con el objeto de invocarlas si ven perdida la causa; lo segundo, a los muchos casos en que una nulidad oportunamente deducida o declarada de oficio ha restablecido el equilibrio entre las partes y protegido el derecho de defensa.

II. Objetivos

El presente trabajo tratará de realizar una presentación sistemática de los principios que informan en doctrina la teoría de la nulidad de los actos jurídicos procesales, ilustrándolos con la manera en que dichos principios han sido asumidos en diversos códigos procesales.[2]

1. *Principio de especificidad*[3]

El Código peruano expresa el principio en toda su sencillez: "En ningún caso se declarará la nulidad, ni de oficio ni a petición de parte, por causar no prevista expresamente en la Ley" artículo 1087º, segunda parte). Es el viejo principio francés de *pas de nullité sans texte* (no hay nulidad sin texto). Se sabe que no es posible prever todas las situaciones, por lo que la doctrina ha ampliado este principio con la introducción de una serie de complementos.

[1] Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil*, t. I, p. 214.

[2] Véase la relación de códigos utilizados que figura al final del trabajo. En el caso de Venezuela no nos ha sido posible contar con el Código que ha entrado en vigencia el presente año, por lo que nos hemos visto limitados a trabajar con el Código de 1916, actualizado a 1978.

[3] Muchos autores han tratado de sistematizar los principios aplicables a las nulidades procesales. Nosotros seguimos a Condorelli, E., "Presupuestos de la nulidad procesal", en *Estudios de nulidades procesales*. Véase también Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*.

A. Primer complemento: nulidades implícitas

Son aquellas que proceden cuando el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin o cuando se violan formalidades o requisitos esenciales. Para algunos autores las nulidades implícitas podrán ser decretadas cuando el acto viciado "vulnera alguna de las garantías fundamentales del proceso, cual es la bilateralidad del mismo, que hace a un debido proceso".[4]

Para Redenti este tipo de complemento, contenido por lo demás en el Código italiano, alude a la "garantía de la voluntariedad, claridad, certeza, documentación, controlabilidad y lealtad del contradictorio e integridad de la defensa ajena, simplificación, economía".[5]

B. Segundo complemento: nulidades virtuales

Éstas son las que se producen cuando se viola una ley imperativa o prohibitiva. En el Perú, por ejemplo, cabría solicitar la nulidad de un embargo trabado contra la hacienda pública, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 245 del CPC: "Contra la Hacienda Pública no procede en ningún caso el embargo preventivo". También sería posible plantear la nulidad de todo lo actuado en un proceso en el cual una de las partes hubiera estado patrocinada por una persona que no es abogado, a pesar de no existir norma que conmine expresamente la nulidad en estos casos.

C. Tercer complemento: nulidades provenientes de vicios del consentimiento

Respecto a este punto hay posiciones antagónicas en doctrina. Recientemente, diversos autores argentinos tienden a defender la posibilidad de que pueda invocarse como causal de nulidad un vicio de consentimiento. Para Oscar J. Martínez,[6] existen tres razones que explican que no se haya prestado la debida atención a todo lo relativo a los vicios del consentimiento en el acto procesal: *a)* el hiperdesarrollo de la teoría de la cosa juzgada, que ha extremado el principio de la intangibilidad de la sentencia; *b)* la seguridad jurídica e, incluso, ra-

[4] Giovannoni, Adrio, "Los vicios formales en la realización del acto procesal", en *Estudios de nulidades procesales*, p. 75.

[5] Redenti, *op. cit.*, t. I, p. 219.

[6] Martínez, Oscar, "Los vicios del consentimiento en la realización del acto procesal", en *Estudios de nulidades procesales*, pp. 57 y 58.

zones que se vinculan con los principios de celeridad y economía, y *c)* la actuación desmedida del principio procesal de convalidación. Cierto que los procesalistas transitan con extrema cautela por este terreno, como lo hace Palacio al utilizar la expresión "vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables".[7]

Redenti posee una posición intermedia y más matizada, empleando el concepto de voluntariedad, pero reconociendo una posibilidad excepcional respecto a los actos dispositivos:

> Normalmente, los actos procesales no son afectados, en cambio, de nulidad o anulabilidad por vicios de la voluntad (dolo, error o violencia), ya que la ley, como lo hemos hecho notar, excluye de ordinario investigaciones de esta índole, deteniéndose ante la simple voluntariedad. Excepcionalmente, una posibilidad de impugnación por ese título se debe considerar, sin embargo, que se da respecto de los actos dispositivos en que excepcionalmente se toma en consideración también la voluntad (causal-final). Habrá en cambio nulidad absoluta, si (no obstante las apariencias formales) resulta excluida la voluntariedad.[8]

En este acápite, conviene citar el artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que a la letra dice: "Serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza. Los Jueces y Salas que hubiesen cedido a la intimidación o a la fuerza, tan luego como se ven libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables."

D. Cuarto complemento: nulidades no formales

Este punto no constituye estrictamente una categoría lógica del mismo orden que las que anteceden, puesto que, por ejemplo, una nulidad proveniente de un vicio del consentimiento, tema ya tratado, sería una nulidad no formal. Sin embargo, amerita su consideración autónoma la forma como el Código italiano consagra el principio de especificidad. En efecto, el artículo 156, en su primer apartado, está redactado de la forma siguiente: "No podrá pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, cuando la nulidad no esté conminada por la ley."

Tanto Redenti como Carnelutti coinciden en señalar que el artículo 156 debe ser interpretado extensivamente mediante la analogía. "Para

[7] Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 352.
[8] Redenti, *op. cit.*, p. 218.

otras causas o categorías de causas, será necesario por consiguiente razonar por analogía o argumentando por las exigencias y el espíritu del sistema." [9] Causales posibles de nulidad, no expresamente consideradas en el concepto de formas, podrían ser la incapacidad o el defecto de representación legítima del sujeto agente o del sujeto a quien éste envía o dirige un acto recepticio.

Para Carnelutti el legislador no quiso "afrontar el problema de los vicios extraformales, con una prudencia acaso excesiva, puesto que la teoría de los requisitos de los actos procesales, en toda su amplitud, estaba ya construida antes del nuevo Código".[10] Este mismo autor distingue tres categorías de requisitos de los actos jurídicos: presupuestos, elementos y circunstancias. Los presupuestos y los elementos son requisitos intrínsecos del acto, mientras que las circunstancias son requisitos extrínsecos. Los presupuestos son tres: capacidad, legitimación e idoneidad del objeto; los elementos son igualmente tres; forma, intención y causa, y, finalmente, también son tres las circunstancias: lugar, tiempo y condición. Queda, pues, amplio margen para la búsqueda de vicios que afecten al acto jurídico procesal y que no provengan exclusivamente de las formas.

E. Volviendo a los códigos

Los códigos estudiados que consagran el principio de especificidad tienden a atenuarlo por lo menos haciendo uso del complemento de las nulidades implícitas: hay nulidad, a pesar de no estar específicamente prevista en la ley, si el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin. Esta introducción del concepto de nulidad relacionada con la apreciación del fin, es normalmente enriquecida de inmediato, en diversos códigos, con la incorporación del principio de la instrumentalidad de las formas, por lo que nos parece conveniente pasar al desarrollo de dicho principio y dentro de él consignar los textos de los códigos.

2. *Principio de instrumentalidad de las formas*

Puede darse el caso de un acto procesal que se realiza contraviniendo una fórmula legal que prevé expresamente la nulidad ante determinada inobservancia u omisión, o de un acto que viola un requisito indispensable; pero en ambos casos puede haberse logrado el

[9] *Idem*, pp. 216 y 217.
[10] Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, pp. 531 y 532.

fin que subyace como razón de ser del acto. El principio de instrumentalidad de las formas establece que ante esta situación no procede la sanción de nulidad.

Ahora sí podemos comparar los textos de diversos códigos, los que tienden a tratar en un mismo artículo el principio de especificidad, el complemento de las nulidades implícitas y el principio de la instrumentalidad de las formas.

a) Código italiano, artículo 156. Trascendencia de la nulidad:

> No podrá pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, cuando la nulidad no esté conminada por la ley.
>
> Podrá, sin embargo, pronunciarse, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para conseguir su finalidad.
>
> La nulidad no podrá nunca pronunciarse, cuando el acto haya alcanzado la finalidad a que estaba destinado.

b) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 169.—"Trascendencia de la nulidad":

> Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción.
>
> Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.
>
> No se podrá declarar la nulidad, aun en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado.

c) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, artículo 74: "Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dio lugar a ella."

d) Código de Procedimiento Civil de Venezuela, artículo 229: "Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto del procedimiento. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la Ley, o cuando haya dejado de llenarse en el acto alguno de los requisitos esenciales a su validez."

c) Código de Procedimiento Civil del Ecuador, artículo 372: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1135, el proceso es nulo, en

todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código."

f) Novo Código de Procceso Civil, Brasil, artículo 244: "Cuando la ley prescribe determinada forma, sin sanción de nulidad el juez considerará válido el acto si, realizado de otro modo, alcanzara su finalidad."

g) Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, artículo 385-8: "La nulidad de actuaciones o resoluciones sólo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del juicio. Tampoco debe prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación sin perjuicio de los demás procedimientos."

h) Código de Procedimiento Civil de Colombia, artículo 156-4: "La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 4. Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa."

i) Código de Procedimientos Civiles del Perú, artículo 1086: "No hay nulidad: 2. Si el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, ha logrado el fin al que estaba destinado."

La primera observación que puede hacerse después de leer detenidamente los artículos transcritos es que los códigos se ocupan de los temas que venimos estudiando de manera muy diversa y están muy lejos de poseer comunidad de perspectiva y de redacción. Los códigos italiano y argentino son muy similares, y, como dijimos líneas arriba, en un mismo artículo tratan el principio de especificidad (primer párrafo), la referencia al complemento de las nulidades implícitas (segundo párrafo) y el principio de la instrumentalidad de las formas (tercer párrafo). Los códigos examinados, antes que en la declaración que no hay nulidad sin ley, que sólo cuatro la consignan expresamente, tienden a coincidir en la indicación de la nulidad implícita, que es una perspectiva mucho más realista e indispensable complemento del principio, dada la imposibilidad de prever en la ley todas las posibles fuentes de nulidad. El enunciado de la nulidad implícita varía desde las fórmulas más genéricas que rezan: "requisitos esenciales a su validez" (Venezuela), pasando por las más elaboradas del tipo de la italiana o argentina: "requisitos formales indispensable para conseguir su finalidad", hasta las que contienen referencias mucho más precisas, como el Código mexicano para el Distrito Federal, que dice: "cuando les falte alguna de las formalidades esenciales de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes." También el Código

de Costa Rica, aunque a través de una redacción muy diversa a la de los demás códigos, habla de "absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión".

El principio de instrumentalidad de las formas ha sido recogido, además de Italia y Argentina, por los códigos de Brasil, Colombia y Perú.

No existe todavía en doctrina un desarrollo cabal de lo que se denominan las formalidades esenciales del procedimiento. Ya hemos visto, al tratar de las nulidades implícitas, que los autores consultados utilizan los conceptos de bilateralidad del proceso, debido proceso, voluntariedad, claridad, certeza, documentación, controlabilidad, lealtad del contradictorio, integridad, simplificación, economía. La mayoría de los códigos enumera las formalidades esenciales del procedimiento al regular los recursos impugnatorios, como por ejemplo el de nulidad o casación. Sobre este punto, comentando el segundo apartado del artículo 14 de la Constitución política de México, el maestro Héctor Fix-Zamudio dice lo siguiente:

> Las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo, como lo señalamos anteriormente, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los afectados. Este requisito queda comprendido, como lo señala acertadamente la doctrina, dentro del concepto angloamericano del debido proceso *(due process of law)*, en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensa según la tradición española. Las formalidades esenciales del procedimiento han sido consignadas en sentido negativo por los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo.[11]

A título de ejemplo mencionaremos algunas de las circunstancias indicadas en el artículo 159 de la Ley de Amparo de México como violatorias de las leyes de procedimiento: cuando no se cite al recurrente a juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley; cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate; cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a ley; cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley; cuando sin su culpa se reciben, sin su

[11] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 38.

conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos, etcétera.[12]

3. *Principio de trascendencia*

Este principio es identificado generalmente a través de su expresión en francés: *pas de nullité sans grief*, es decir, no hay nulidad sin perjuicio, y ha ido ganando aceptación en la doctrina y en la legislación, en la medida que se ha cobrado conciencia de la inconveniencia de mantener la nulidad por la nulidad misma. Representa, en rigor, una reacción contra el formalismo.

El Código argentino es el que ha acuñado la forma más acabada del principio: Artículo 172, segundo párrafo: "Quien promoviere el incidente deberá expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer." También es preciso el Código brasileño en el parágrafo primero del artículo 249: "El acto no se repetirá ni se subsanará la falta cuando no perjudique a la parte." El Código colombiano, en su artículo 155, segundo párrafo, exige que la parte que alegue una nulidad exprese su interés para proponerla.

Otros códigos se refieren específicamente a los emplazamientos y notificaciones, limitándose a señalar que si el litigante se comporta en el juicio de manera tal que manifiesta haber tenido conocimiento de una providencia que no fue notificada, no procede declarar la nulidad, pues resulta evidente que no se ha causado perjuicio alguno con la omisión; o precisan que la falta de citación o la omisión de alguna solemnidad sustancial debe haber impedido que el demandado haga valer sus derechos o puede influir en la decisión de la causa (códigos peruano, artículo 1086, y ecuatoriano, artículos 379 y 380).

4. *Principio de convalidación. Nulidades absolutas o radicales. Acto inexistente*

Acto inexistente. La doctrina es coincidente al sostener que todas las nulidades son convalidables por el consentimiento, ya sea en forma expresa o tácita, por la parte que podría invocarlas. La convalidación provoca la preclusión de la facultad de pedir la anulación.[13]

[12] *Cfr.*, Ley de Amparo, edición a cargo de José Carlos Guerra Aguilera.

[13] Sobre la relación entre convalidación y preclusión, véase Barrios, Eduardo, "Convalidación de la nulidad del acto procesal", en *Estudios de nulidades procesales*, pp. 130 y 131, y Podetti, Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, t. II, p. 491.

Pero, como ocurre cuando se trata el principio de especificidad, esta afirmación debe ser matizada, pues surgen inmediatamente ejemplos de situaciones frente a las cuales repugna la idea de una convalidación o subsanación, como en el caso de una resolución pronunciada por quien no es juez. Para este tipo de casos, un sector de la doctrina reserva la denominación de actos inexistentes: "El acto inexistente ... constituye un acto que, por la falta de uno de los elementos necesarios e indispensables para su vida misma, no puede concebirse ni como acto ni como existente de hecho, en tanto que el acto nulo es aquel al que no puede serle desconocida una existencia de hecho, mientras carece de modo absoluto de la existencia jurídica." [14]

Salta a la vista el interés práctico de la distinción entre actos nulos e inexistentes, pues mientras el acto nulo es susceptible de convalidarse, el acto inexistente "puede ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple pretensión declarativa de inexistencia".[15]

Pero aquí emerge una nueva fuente de debate. ¿Es necesario pronunciamiento judicial sobre el acto inexistente, aunque sea una declaración de inexistencia, como acabamos de ver que sostiene Palacio? Es conocida la fórmula de Couture: "el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado." [16] En cambio, Redenti abre el camino para algún género de vía procesal contra la inexistencia: "la nulidad-inexistencia puede ser denunciada de cualquier otro modo, en cualquier otro tiempo y ocasión, por el juez y por cualquier interesado, y por definición es insanable e irremediable"; [17] como que alguien haya hecho una citación a juicio mediante una intimación oral.

Los códigos analizados, quizá porque la dinámica de la legislación es otra que la de la doctrina, se limitan a consagrar el principio de la convalidación e indican sus excepciones en términos muy generales, dejando a la interpretación jurisprudencial y a la doctrina la delimitación precisa de aquello que resulta insubsanable. "El concepto de inexistencia —declara Carnelutti— es uno de los conceptos que habiendo opuesto mayores dificultades a los esfuerzos de la ciencia, la nueva ley no ha osado formular. Esto no exime al intérprete del deber de deducir de las normas el principio." [18]

Casi todos los códigos contienen el principio de convalidación, sien-

[14] Rocco, Ugo, *Teoría general del proceso civil*, pp. 507-509.
[15] Palacio, *op. cit.*, t. I, p. 353.
[16] Couture, *op. cit.*, p. 377.
[17] Redenti, *op. cit.*, pp. 214 y 215.
[18] Carnelutti, *op. cit.*, t. I, pp. 535-537.

do el más completo de los analizados el colombiano, que dedica cuatro incisos al saneamiento de la nulidad (artículo 156). Los casos considerados son los siguientes: *a*) Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente; *b*) Cuando todas las partes, o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron en forma expresa antes de haber sido repuesta la actuación anulada; *c*) Cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente; *d*) Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

El Código argentino (Procesal Civil y Comercial de la Nación) posee la peculiaridad de establecer un número de días para que se configure el consentimiento tácito. Veamos su artículo 170: "Subsanación. La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido, aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto."

El Código mexicano (para el Distrito Federal) contiene el principio en su artículo 77: "La nulidad de una actuación debe reclamarse en la actuación subsiguiente, pues de lo contrario aquélla queda revalidada de pleno derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento."

También han incluido el principio los códigos de Italia (artículo 157), Venezuela (artículo 233), Costa Rica (artículo 385-4), Chile (artículo 85-2), Uruguay (artículo 673), Brasil (artículo 245), Ecuador (artículo 377).

Como dijimos anteriormente, los códigos plantean excepciones a la convalidación, las mismas que se enumeran a continuación:

1) Vicios derivantes de la constitución del juzgador o de la intervención del Ministerio Público (Italia, artículo 158, concordante con el artículo 161).

2) Vicios provenientes de falta de jurisdicción (Colombia, artículo 156, *in fine*; Ecuador, artículo 377, *in fine*).

3) Quebrantamiento de leyes de orden público (Venezuela, artículo 233).

4 Defectos en el emplazamiento (México, D. F., artículo 77, *in fine*).

5) Omisión de actos que la ley impone para garantizar el derecho de terceros (Código Procesal Civil de Tucumán, Argentina, artículo 167, *in fine*).

La doctrina se muestra también cauta cuando se trata de entrar a detallar los vicios insubsanables, y se prefieren utilizar las fórmulas generales de bilateralidad del contradictorio y debido proceso legal. Carnelutti nos habla de requisitos "cuya ausencia no consiente, ni siquiera por excepción, la obtención de la finalidad",[19] y pone el ejemplo de una sentencia pronunciada oralmente. Alsina, siguiendo a Lascano, entiende por formas sustanciales las que hacen efectivas las garantías procesales contenidas en la Constitución nacional.[20] Eduardo Barrios introduce los vicios intrínsecos (o sustanciales) de incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación.[21] Finalmente, para Goldschmidt son imperativas, y en consecuencia no subsanables:

> Las disposiciones sobre la constitución del Tribunal, admisibilidad de la vía procesal civil, competencia excluyente, capacidad para ser parte, capacidad procesal y poder de representación legal, publicidad de los debates, plazos perentorios, plazo y forma de la demanda de reposición y sobre las formas de las peticiones sobre el fondo en los procesos en que intervengan abogados.[22]

El artículo 172 del Código argentino estipula que la nulidad podrá ser declarada a petición de parte o de oficio, siempre que el acto viciado no estuviere consentido. Según la doctrina argentina, esta construcción no abarcaría ni los actos inexistentes ni aquellos atacados por los ya mencionados vicios intrínsecos de incapacidad, error, dolo, violencia, fraude o simulación, que son insubsanables. Pero aun tratándose de las nulidades típicas, hay posiciones discrepantes, como la de Esclapez, quien sostiene que "frente a la preclusión está el interés superior de la justicia que interesa al orden público; de ahí que si la resolución o diligencia viciada (sustancialmente) puede llegar a tener influencia en el resultado del pleito, es de rigor la declaración de nulidad, aun de oficio".[23]

También ha dado lugar a discusión la aparente contradicción entre el artículo 158 y el 161 del Código italiano. El artículo 158, como hemos visto, declara que los vicios provenientes de la constitución del

[19] *Ibidem.*
[20] Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, pp. 649 y 650.
[21] Barrios, l.c., pp. 131-133.
[22] Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, p. 321.
[23] Condorelli, l.c., pp. 103-106.

juzgador o de la intervención del Ministerio Público dan lugar a nulidades insubsanables y decretadas de oficio "salvo lo dispuesto en el artículo 161". Este artículo, por su parte, dice que "la nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de cesación, sólo podrá hacerse valer dentro de los límites y según las reglas peculiares de estos medios de impugnación. Esta disposición no se aplicará cuando la sentencia carezca de la firma del juzgador".

Pareciera, pues, que la insanabilidad del artículo 158 no es absoluta, y que vencidos los plazos perentorios dentro de los cuales pueden interponerse los recursos de apelación y casación, los actos quedarían subsanados, con lo cual se dará el caso de sentencias pronunciadas por un tribunal indebidamente constituido o sin intervención del Ministerio Público cuando la ley dispone su participación, y que serían validados por preclusión del término para impugnarlas, salvo el caso de carencia de firma. Redenti trata de encontrar la solución distinguiendo entre vicios de composición veniales y capitales.

> Si son veniales, serán siempre denunciables de oficio en curso de procedimiento (también en sede de casación), pero proponibles contra las sentencias sólo con los medios de impugnación; vale la remisión al art. 161. En cambio, si los vicios son capitales, la pretendida sentencia no lo es ya, ni puede venir a serlo por el solo hecho de haber sido impugnada en término; la remisión al art. 161 no sirve ni vale ya ... si se constituyese pro tribunali cualquiera que no fuera juez (funcionario del oficio juzgador) ... el defecto de la impugnación en tiempo no la sanaría.[24]

5. *Principio de protección*

La máxima latina aplicable es *propriam turpitudinen allegans non est audiendus*, lo que equivale a decir que nadie puede alegar su propia torpeza: no es posible invocar una nulidad cometida o inducida por uno mismo.[25]

Casi todos los códigos contienen este principio: Italia (artículo 157, *in fine*), Argentina (artículo 171), Colombia (artículo 155), México, D. F. (artículo 74), Brasil (artículo 243), Venezuela (artículo 233).

A título de ejemplo consignamos la versión del Código argentino:

[24] Redenti, *op. cit.*, pp. 223 y 224.
[25] *Cfr.*, Condorelli, l.c., pp. 110 y 111, y Giovannoni, l.c., p. 75.

"La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado."

6. *Extensión o efectos*

El artículo 159 del Código italiano contempla tres situaciones que de un modo u otro están contenidas en diversos de los códigos estudiados: *a*) La nulidad de un acto no implicará la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de ella; *b)* La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de la misma, y *c*) Cuando el vicio impida un determinado efecto, el acto podrá, sin embargo, producir los demás efectos para los que sea idóneo.

Los artículos pertinentes son los siguientes: Argentina, artículo 174; Venezuela, artículos 230 y 232; Colombia, artículo 158; Brasil, artículos 248 y 250; Perú, artículo 208.

Procede incluir en este punto las normas que disponen el aprovechamiento de los actos a los que no alcanza la nulidad: el error de forma del proceso acarrea la anulación únicamente de los actos que no puedan ser aprovechados (Brasil); subsistirán las pruebas y demás actuaciones a las que no afecten el vicio que causó la nulidad (Perú).

7. *Causales de nulidades*

La mayor parte de los códigos analizados no enumera específicamente las causales de nulidad de los actos procesales, sino que contiene una que otra disposición aislada sobre determinadas nulidades, como la de las notificaciones, y libran el tema a la combinación de los principios ya estudiados, con lo que el margen de apreciación judicial es bastante grande, a pesar del principio de especificidad. Más bien precisan causales de nulidad al tratar los recursos de nulidad o de casación, aunque la práctica judicial echa mano de estas causales para plantear nulidades de actos procesales en las instancias.

Una excepción a esta tendencia es el Código de Colombia, que aparte de las causales de casación contenidas en el artículo 368, reserva dos artículos de su capítulo sobre nulidades procesales para presentar una enumeración de causales. Mencionaremos algunas a modo de ejemplo: el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, cuando el juez carece de competencia, cuando el juez

procede contra providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos o permite integralmente la respectiva instancia, cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda, cuando es indebida la representación de las partes, cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o su emplazamiento, etcétera (artículo 152).

El Código del Ecuador, que por reforma de 1978 cambió la denominación del recurso de nulidad por la de nulidades procesales, enumera las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, como por ejemplo, jurisdicción de quien conoce el juicio, competencia del juez o tribunal en el juicio que se ventila, legitimidad de personería, citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe, etcétera (artículo 374).

Entre las disposiciones aisladas a que hemos hecho mención, se citan como causales de nulidad las notificaciones hechas en forma distinta a la prevenida (México, D. F., artículo 76); las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto (España, artículo 279; Brasil, artículo 247); las actuaciones judiciales no autorizadas por el funcionario correspondiente (México, D. F., artículo 58; España, artículo 249); las actuaciones practicadas en días y horas inhábiles (España, artículo 256; Perú, artículo 165); puede anularse lo actuado a pedido de parte si se ha seguido como juicio de menor cuantía el que debe ser de mayor cuantía (Perú, artículo 304); también anula el proceso la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiera influir en la decisión de la causa (Ecuador, artículo 1135).

En los casos de referencia a nulidad de notificaciones, los códigos, acordes con el principio de instrumentalidad de las formas, suelen indicar que no habrá nulidad si la persona indebidamente notificada o no notificada, se manifestare en juicio sabedora de la providencia.

III. Reflexón final

Algunos principios y algunos conceptos aplicables al acto jurídico procesal no han encontrado mayor oposición en la doctrina, y los códigos procesales que los han recogido no parecen hallar particulares tropiezos en su aplicación. Tal es el caso del principio de trascen-

dencia, que apunta validar un acto procesal que no causa perjuicio, o el principio de protección, que impide alegar un vicio procesal ocasionado por uno mismo. También puede citarse el conjunto de disposiciones sobre los efectos de la nulidad, que los códigos procesales han acuñado bajo la inspiración de los códigos sustantivos, como la permanencia de los actos que son independientes del acto viciado.

Pero nada de esto cubre los aspectos fundamentales, frente a los cuales no hay acuerdo en la doctrina, mientras que los códigos contienen planteamientos disímiles, aunque coinciden en una parquedad manifiesta y en una consecuente confianza en la elaboración doctrinaria.

Salvo algunos casos excepcionales ya estudiados, no se contienen listados de las causales de nulidad del acto jurídico procesal en la instancia, esperándose el complemento de la imaginación teórica en materia de nulidades implícitas y de instrumentalidad de las formas, temas que, como ya sabemos, están lejos de haber quedado definitivamente dilucidados en la doctrina. Se dice muy poco acerca de lo que son formalidades esenciales, o de lo que constituye la indefensión, o de los elementos constitutivos del debido proceso legal. Nada se dice de las nulidades virtuales, es decir, de las que provienen del quebrantamiento de una norma imperativa. Tampoco se abunda en las nulidades que no admiten subsanación expresa o tácita, recurriéndose nuevamente en este punto a los conceptos de indefensión o debido proceso. Se omite toda referencia a la posibilidad de invocar una nulidad por haberse violado la ley durante la tramitación del juicio. Ni se menciona, por cierto, la factibilidad de anular el acto procesal por los conocidos vicios del consentimieno. Más severo es todavía Morello, quien comentando la experiencia de una década en la evolución del tratamiento de la nulidad del acto procesal puntualiza lo siguiente:

> Ese itinerario fue mostrándonos que el incidente de nulidad, tan perfectamente emplazado en su virtualidad para la tutela específica, no respondía a la preocupación del jurista y a las necesidades del tráfico cuando se trataba de desmenuzar el acto en sí. El incidente en ese trance dejaba de abastecer a la justicia. Frente pretensiones o reclamos, muchas veces desordenadamente propuestos, en torno de lo que es eje nuclear del negocio jurídico procesal jaqueado por vicios del consentimiento, o de la causa al tiempo de su realización o como ocurría, también, desde el punto de vista paralelo en el derecho privado, o de la ineficacia a través

de la onerosidad sobreviniente, por ejemplo, el incidente se mostraba antifuncional o en todo caso *insuficiente*. Son vicios diferentes de los de la nulidad procesal clásica. No bastaba ya apelar al manejo del incidente.[26]

Se trata de una lista demasiado extensa y que toca tópicos en extremo importantes para confiar en el tradicional camino que la ciencia suele recorrer para ingresar en el terreno de las disciplinas aplicadas. Es confiar demasiado en la elaboración doctrinaria y en la capacidad y permeabilidad de los abogados y magistrados.

Los códigos procesales deben ser extensos y explícitos en estas materias, en la medida de lo posible, porque no se trata tampoco de diseñar un Código que pueda imaginar todas las situaciones posibles. Debe haber un margen de apreciación por parte del juez, para que éste asuma su rol de director del proceso. Pero es indispensable asegurar también el diálogo permanente del juez y el abogado con la esfera de la Academia, con el mundo de la Universidad, y no sólo con el área del derecho procesal civil en este caso, sino también con el campo del estudio social del derecho. Esto se debe a que el campo de las nulidades procesales tiene dos características importantes: primero, se trata de un terreno donde suele introducirse lo que no encuentra cabida en otros capítulos más precisos de la ciencia y de la práctica procesal, y segundo, porque los cambios sociales se introducen en el derecho planteando excepciones a las formas establecidas debido a situaciones no previstas. Los cambios sociales asaltan el derecho a través de las nulidades, lo que explica la cantidad de excepciones y complementos que ha sido necesario introducir a los dos principios más importantes, los de especificidad y convalidación. Entender este fenómeno y trabajar en esta línea puede alejarnos del sueño de algunos procesalistas por encontrar una arquitectura perfecta, pero que a veces hace recordar aquella ciudad de los inmortales que describe Borges, que impresiona por lo interminable, por lo atroz y por lo completamente insensato. Éste es nuestro reto ante la población que no sólo crece demasiado rápido, sino que también por motivos que aún no se entienden lo suficiente, se aleja casi con la misma rapidez del camino de la formalidad.

[26] Morello, Augusto Mario, "Las nulidades procesales, hacia una interpretación dinámica funcional", en *Estudios de nulidades procesales,* p. 156.

NOTAS SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO

Beatriz BERNAL

SUMARIO: I. *Dedicatoria.* II. *La historia de la historia del derecho.* III. *La enseñanza de la historia del derecho.*

I. DEDICATORIA

Cuando recibí la invitación para colaborar en la obra que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM programó para festejar las tres décadas dedicadas a la academia de quien fuera su director durante doce años; de quien por fortuna sigue siendo uno de sus pilares, me sentí comprometida, y muy honrada, y también, justo es decirlo un poco temerosa.

Comprometida, porque se me daba la oportunidad de participar en el homenaje a un hombre que respeto y admiro. Honrada, por tratarse de uno de los juristas más afamados de la universidad y del país que, tiempo atrás, me acogieron, permitiendo generosamente que desarrollara una actividad en el campo de la enseñanza y la investigación del derecho. Temerosa, porque las disciplinas que se señalaban en la convocatoria: derecho procesal, derecho constitucional y derecho comparado, no eran aquellas en las cuales yo, bien o mal, había trabajado.

¿Cómo conciliar el deseo firme de estar presente en el homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio con mi lejanía respecto a los campos del derecho que él ha cultivado? A los bien intencionados Dios los ayuda. Por eso, quizá, trajo a mi mente y a mis manos, una de las obras de don Héctor que más me han entusiasmado; se trata de: *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídicas* (UNAM, México, 1981); obra que recopila diez espléndidos trabajos sobre el quehacer académico del doctor Fix; obra que demuestra su vida dedicada a

la universidad. ¡Eureka!, había encontrado una línea de investigación que, salvando las distancias, se unían al entrañable maestro de maestros.

En estas notas pretendo ofrecer un panorama general que refleje el estado en que actualmente se encuentra la enseñanza de la historia del derecho en las universidades mexicanas, tanto oficiales como privadas. Asimismo, pienso demostrar el auge que los estudios de dicha disciplina han alcanzado en los últimos veinte años, después del eclipse en que por largo tiempo estuvo ésta sumida. El límite temporal del estudio abarca desde la segunda década del siglo XX, época en la que se fundó al cátedra de historia del derecho patrio en la Escuela Libre de Derecho, hasta el momento presente. El límite espacial se extiende a lo largo y a lo ancho de la República Mexicana.

Establecida la coordenada espacio-temporal, toca ahora delimitar la temática. Cuando hablo de historia del derecho me estoy refiriendo tanto a la tradición jurídica nacional o patria, como a la general o universal. Y, dentro de esta última, a la historia externa del derecho romano y a su recepción. Los cursos de instituciones (historia interna) del derecho romano privado quedan fuera, pues, de este trabajo.[1]

Para su elaboración, me he basado en varios estudios míos sobre historia e historiografía jurídicas;[2] también, en investigaciones reali-

[1] En igual sentido, Margadant, G. F., "México; 75 años de investigación histórico-jurídica" en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo,* México, vol. II, UNAM, 1979.

[2] Bernal, B., "Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX", en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo,* México, vol. II, UNAM, 1979, y revista *Historia del Derecho* de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil-Ecuador, núm. 1, mayo de 1982; "Sistematización de la enseñanza aplicada a un curso de instituciones de derecho romano", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* México, t. XXIII, núms. 89-90, enero-junio de 1973; "Importancia y técnica de la investigación jurídica" (coautor: Guillermo F. Margadant) en *Revista de la Facultad de Jurisprudencia,* Toluca, México, año II, núm. 6, mayo-junio de 1981; "Información sobre el IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano", en *Messis,* México, año 4, 2a. época, vol. 2, núm. 7, diciembre de 1974, y *Revista de la Facultad de Derecho,* México t. XXV, núms. 97-98, enero-junio de 1975; "El IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano y las Primeras Jornadas de Historia del Derecho Patrio", *Jurídica* 10, México, t. II, 1978; "Reseña de las primeras jornadas de historia del derecho patrio", "Palabras de la doctora Beatriz Bernal Gómez, Secretaría General del Congreso" y "La literatura jurídica indiana en las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la UNAM", en *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano,* México, UNAM, 1981; "Visión panorámica sobre el estado actual de la enseñanza del derecho romano en la República Mexicana", en *Diritto Romano e Universita dell' America Latina,* Napoli, volume speciale di INDEX 4, Edizioni Scientifiche Italiane, 1973.

zadas por colegas de México[3] y el extranjero,[4] y, por supuesto, en la experiencia docente que he adquirido a distintos niveles (licenciatura y posgrado) durante más de veinte años impartiendo cátedras en varias universidades del Distrito Federal y la provincia mexicanas;[5] experiencia que me ha permitido conocer, primero, y reflexionar, después, sobre

[3] Esquivel Obregón, T., "La enseñanza de la historia del derecho en México", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* México, t. VIII, núm. 28, enero-marzo de 1946; Margadant, G. F., "Enseñanza del derecho y derecho romano", "Memorándum sobre el papel que podrá desempeñar la enseñanza del derecho romano en el futuro plan de estudios de nuestra Facultad", en *Diritto Romano e Universita dell'America,* Napoli, volume speciales di Index, 4, Edizioni Scientifiche Italiane, 1973, y *El significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea,* México, UNAM, 1960; González, M. R., "Temario recomendable para la materia de historia del derecho patrio" en *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano,* México, UNAM, 1981; "La enseñanza del derecho" en *Derecho en México,* México, UNAM, 1983. Ver, también, los trabajos de Carlos Cabrera Beck, José de Jesús Ledesma Uribe, José Luis Soberanes y Fernando Vázquez Pando acerca de la enseñanza de la historia del derecho en las universidades: Anáhuac, Iberoamericana y Autónoma Metropolitana de México, así como en la Escuela Libre de Derecho, y los temarios sobre la asignatura de González y Arilla Baz, en la *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano,* ya citada.

[4] Tau Anzoategui, V., "La enseñanza de la historia del derecho argentino" en *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene",* Buenos Aires, núm. 19, 1968, e "Importancia y estado actual de la enseñanza de la historia del derecho", *La Ley,* Buenos Aires, 6 de mayo de 1968. García-Gallo, A., "Historia, derecho e historia del derecho", en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Madrid, núm. 2, XXIII, 1953; *Metodología de la historia del derecho indiano,* Santiago de Chile, Ed., Jurídica, 1971; "El desarrollo de la historiografía jurídica indiana" y "Panorama actual de los estudios de historia del derecho indiano", en *Estudios de Historia del Derecho Indiano,* Madrid, 1972, y "Bases para una programación de la enseñanza de la historia del derecho, y en especial de la del derecho indiano", en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia* del *Derecho Indiano, Actas y Estudios,* Madrid, 1973; Tomás, F., y Valiente, "Historia del derecho e historia", *Once ensayos sobre historia,* Madrid, Editorial Rioduero, 1976; Altamira, R., "La enseñanza de las Instituciones de América en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", *Revista Chilena de Ciencias Jurídicas y Sociales,* Madrid, núm. 16, 1933; *Nota bibliográfica de orientación para el estudio de las instituciones políticas y civiles de América,* Madrid. 1926; *Técnica de la investigación de la historia del derecho indiano,* México, 1939, y *Manual de investigación de la historia del derecho indiano,* México, 1948. Ver también para Europa, los trabajos citados por F. Tomás, y Valiente en "Historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)" en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo,* vol. II, México, UNAM, 1979, y para América Latina y México los contenidos en mi estudio, "Historiografía jurídica...", *op. cit.,* nota 2 y en el de G. F. Margadant: "México, 75 años...", *op. cit.,* nota 1.

[5] Además de mis cátedras regulares de derecho romano I y II en la Facultad de Derecho de la UNAM a nivel licenciatura y la de historia del derecho mexicano en el propedeútico del posgrado en el mismo centro, he impartido cátedras de historia del derecho en las universidades: Iberoamericana, Anáhuac, Paname-

los planes de estudio y programas de esta asignatura; experiencia que constituye, sin duda, la fuente más directa de estos apuntamientos.

Vayan, pues, estas *notas* que dan cuenta y razón de lo que se ha hecho en México en el ámbito de la historia jurídica, como homenaje a quien ha incursionado en los campos de la docencia y la investigación del derecho haciéndolos alcanzar vuelos altísimos.

II. La historia de la historia del derecho

Desde un punto de vista académico-institucional, la historia del derecho comenzó a cultivarse en México a principios de este siglo. Tocó a la Escuela Libre de Derecho [6] el mérito de crear la primera cátedra de historia del derecho patrio, fundada el 12 de noviembre de 1912, y al jurista porfiriano Miguel Macedo [7] hacerse cargo de ella.[8] Años después, entre 1935 y 1945, floreció allí una verdadera escuela de historiadores del derecho, en torno a la figura de Toribio Esquivel Obregón.[9]

Durante mucho tiempo, las únicas obras de conjunto con que contaron los estudiantes mexicanos para conocer la tradición jurídica de su país fueron los cuatro volúmenes de la famosa y ya clásica obra de Esquivel Obregón: *Apuntes para la historia del derecho en México,*[10] y los apuntes de clases mecanografiadas sobre historia universal

ricana y Femenina, del Distrito Federal (todas a nivel licenciatura). También en las Universidades Autónomas de: Tamaulipas, San Luis Potosí, Yucatán y Complutense de Madrid a nivel de posgrado. Así como los cursos de "Instituciones indianas" en el instituto "Dr. José M. Luis Mora" y en el Centro de Estudios Mayas del Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM, en el Distrito Federal y a nivel de posgrado.

[6] Ver: *Memoria del 70 Aniversario de la Escuela Libre de Derecho,* México, 1982. También, López Medina, Manuel, "Investigación y difusión jurídica en la Escuela Libre de Derecho (1912-1980)", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho,* México, año 4, núm. 4, 1980, y Adame Godard, Jorge, "Proyecto de reorganización de los seminarios de la Escuela Libre de Derecho" *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho,* México, año 4, núm. 4, 1980.

[7] Autor de *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano,* México, 1931, y otras obras.

[8] La cátedra estuvo a cargo de Macedo hasta 1929. A partir de entonces, pasó a manos de Antonio Rodríguez Gil hasta 1935, que fue ocupada por Toribio Esquivel Obregón. Ver, Margadant, G. F., "México: 75 años...", *op. cit.,* p. 65.

[9] Sobre este autor, ver González, G. M., *Toribio Esquivel Obregón, actitud e ideario político,* México, 1967.

[10] *México 1937-1947,* 2a. ed., México, Porrúa, S. A., 1984. Ver la valoración que G. F. Margadant hace de su obra en "75 años...", México, *op. cit.,* p. 67.

del derecho e historia del derecho mexicano, de su discípulo Javier de Cervantes;[11] obras todas que cuestionaban desde un punto de vista conservador la importancia formativa de la disciplina.[12]

Ahora bien, desde finales del siglo XIX y principios del XX se habían sentado ya las bases para el desarrollo que la historia del derecho tendría cincuenta años más tarde. Durante esa época se publicaron colecciones de fuentes como las de García Icazbalceta[13] y Genaro García,[14] que contenían datos importantes sobre la historia jurídica patria. También se publicaron revistas,[15] se escribieron obras colectivas[16] y monográficas,[17] así como capítulos históricos en textos generales sobre el derecho.[18] Además, en varios de los estados de la República Mexicana, se impartieron cátedras de historia del derecho[19] y se publicaron libros sobre historia jurídica universal y nacional.[20]

Ver también Esquivel Obregón, T., *Prolegómenos de la historia constitucional de México,* México, UNAM, 1980.

[11] Cervantes, Javier de, *La tradición jurídica de occidente,* antología de los apuntes del profesor Javier de Cervantes preparada por M. R. González y J. L. Soberanes, México, UNAM, 1978. Los apuntes sobre historia del derecho mexicano no se han publicado.

[12] *Vid.,* González, M. R., "Temario recomendable...", *op. cit.,* p. 47.

[13] Ver, García Icazbalceta, Joaquín, *Bibliografía mexicana del siglo XVI,* nueva edición por Agustín Millares Carlo, México, FCE, 1954, y sus dos famosas colecciones de documentos para la historia de México (México, 1858-1866 y 1891).

[14] La biblioteca de Genaro García junto a otros ricos fondos, constituyen el núcleo central de la famosa "Latin American Collection" en The University of Texas, Austin. Ver *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México,* México, Ed. Porrúa, S. A., 1975.

[15] *El Derecho, El Foro, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Revista Jurídica, La Ciencia Jurídica* y otras. Casi todas estas revistas desaparecieron en la década primera del siglo XX. En la revista *El Foro,* que floreció entre 1870 y 1880, destacan los trabajos de historia del derecho de Luis Castañeda. Ver Bernal, B., "La recepción del derecho romano a la luz de un jurista mexicano", *Anuario Jurídico,* XI, UNAM, 1984.

[16] Por ejemplo, *Curso científico y artístico del centenario,* México, 1910.

[17] Por ejemplo, las tres monografías de Pablo Macedo: "La evolución mercantil", "Comunicaciones y obras públicas" y "La hacienda pública", en *Tres monografías,* México, 1905.

[18] Ejemplo, *Curso completo de derecho mexicano. Exposición filosófica, histórica y doctrinal,* de Jacinto Pallares, México, 1901.

[19] Que existió una cátedra de historia del derecho en Puebla lo prueba el prólogo a la obra de Emilio Álvarez: *Tablas cronológicas de la historia externa e interna del derecho romano,* Puebla, Imprenta de la Escuela de Artes y Oficios, 1895 (reimpresión facsimilar México, 1980). Dicho prólogo fue elaborado por Félix Beistegui, y en el mismo reza que el prologuista era a la sazón catedrático de historia y de historia del derecho.

[20] Como el del jurista tabasqueño Gregorio Castellanos Ruiz: *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho,* San Juan Bautista de Tabasco, 1896. Otra edición, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, México, 1978.

El ambiente de zozobra del periodo revolucionario (1919-1920 aproximadamente), no fue favorable para el desarrollo de la historia del derecho. Muchos archivos fueron destruidos y un buen número de intelectuales conservadores partieron al exilio.[21] A pesar de ello, directa o indirectamente, se obtuvieron logros. Aunque en detrimento del derecho novohispano, la revolución incrementó el interés oficial por el pasado indígena, dando pie así a que años más tarde se desarrollaran estudios arqueológicos que aportaron beneficios a la historia del derecho.[22] Por otra parte, la extensa labor legislativa de esta época, sobre todo durante el gobierno de Venustiano Carranza dio lugar a la elaboración de obras importantes en torno a la Constitución de 1917.[23] Fue además en este periodo, ya lo he dicho, cuando se fundó la cátedra de historia del derecho patrio en la Escuela Libre.

El arribo a México de numerosos intelectuales españoles después de la guerra civil (1936-1939), dio nuevos bríos a la enseñanza de la historia del derecho. Un grupo de historiadores y juristas liberales, exiliados de España, fueron acogidos en México y en la UNAM. Su perspectiva, distinta a la de los conservadores de la Escuela Libre, se adecuaba mucho más a la visión del México posrevolucionario.

Rafael Altamira, fundador de la escuela de historiadores del derecho indiano y discípulo de Hinojosa, vino por segunda vez a estas tierras y murió en ellas en 1951;[24] también José Miranda, José Ignacio Mantecón, Javier Malagón Barceló y Agustín Millares Carlo. A estos hombres debemos obras importantes para el estudio de la historia juri-

[21] Ver Margadant, "75 años...", *op. cit.*, p. 65.

[22] Durante esa época se tradujo y publicó la obra de Kohler, J., *El derecho de los aztecas*, con prólogo de Miguel Macedo. La obra fue publicada por segunda vez en la *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, III, 9, diciembre, 1959. A estos años debemos también, *El derecho precolonial*, de Lucio Mendieta y Núñez, México, Ed. Porrúa, 1937; Toro, Alfonso, "Instituciones judiciales de los pueblos indígenas", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, t. II, 1931; Toscano, Salvador, *Derecho y organización social de los aztecas*, México, 1937.

[23] Por ejemplo, *Historia de la Constitución de 1917*, México, 2 vols., 1938; de Palavicini, F. F., y Emilio Rabasa, *El artículo 14. Estudio constitucional*, México, 1906, y *El juicio constitucional, orígenes, teoría y extensión*, París, 1919.

[24] Su anterior visita fue en la primera década de este siglo, dentro de un periplo hispanoamericano. Durante 1987 se celebrarán, en España y en México, una serie de actos en homenaje a don Rafael, quien fuera profesor en el Colegio de México (1947) del curso: "El proceso histórico de la historiografía humana". Sobre la vida y obra de Altamira, ver: *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, UNAM, 1986, obra en coautoría de Javier Malagón y Silvio Zavala.

dica.[25] En el campo de la historia del derecho romano fue de suma importancia la labor realizada por Wencesalo Roces, mi maestro, cuyas cátedras y traducciones fueron fundamentales cuando llegó el momento de fundar una nueva generación de romanistas.[26]

Los intelectuales españoles coincidieron en tiempo con un grupo de académicos mexicanos de gran talla. Entre ellos destacaron Silvio A. Zavala, Edmundo O'Gorman, Antonio Gómez Robledo, Antonio Martínez Baéz, Genaro Estrada, Manuel Cervantes y Felipe Tena Ramírez, por mencionar sólo algunos.[27] De esta fructífera unión surgió, entre otras cosas, la creación de un centro de altos estudios históricos: El Colegio de México.[27 bis]

Sin embargo, todavía no podía hablarse de una escuela de historiadores del derecho en México. Si bien era cierto que antropólogos e historiadores cultivaban con acierto la historia precortesiana,[28] también lo era que el derecho romano había decaído y el novohispano estaba semiolvidado. Pocas publicaciones de fuentes coloniales aparecieron

[25] A J. Miranda debemos: *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*, México, 1952. Otra ed. UNAM, México, 1978, con prólogo de Andrés Lira. A A. Millares Carlo y J. I. Mantecón, *Índice y extractos de los protocolos del Archivo de Notarios de México*, México, 1946 (2 vols.) y *Album de paleografía hispanoamericana de los siglos XVI y XVII*, México, 1955; Malagón Barceló, A. J., *Literatura jurídica española del Siglo de Oro de la Nueva España*, México, 1959, y *Estudios de historia del derecho*, México, 1966. Para la labor realizada por los españoles en México, ver: *El exilio español en México; 1939-1982*, México, FCE-Salvat, 1982.

[26] A él se deben las traducciones del alemán de las obras de Söhm, Friedländer, Mommsen, R. von Mayr y otros. La labor docente de este profesor emérito fue reconocida por la UNAM al otorgársele el primer Premio Universidad Nacional en el área de las humanidades en 1985.

[27] De esa época son: Gómez Robledo, A., *Política de Vitoria*, México, UNAM, 1940; Cervantes, M., *El derecho mercantil en la Nueva España*, México, s.f.; Tena Ramírez, F., *México y sus constituciones*, México, 1937; y, Gorman, E. O., *Breve historia de las divisiones territoriales*, México, 1938. Para las obras de Silvio A. Zavala ver, *infra*, nota 33. De la siguiente década, y en el área constitucional, son dos obras colectivas de interés: *Plan de Ayutla*, México, UNAM, 1954, y *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957. En el ámbito general, *Evolución del derecho mexicano 1912-1942*, Escuela Libre de Derecho, 1943 (2 vols.).

[27]bis Ver *Historia mexicana*, núm. 100, El Colegio de México, 1977, por toda ella.

[28] De esa época es el trabajo de Alfonso Caso "Instituciones indígenas precortesianas" publicado en la *Memoria del Instituto Nacional Indigenista*, México, 1954, vol. IV, y el libro de Ignacio Romero Vargas, *Organización política de los pueblos de Anáhuac*, México, 1947.

durante la década de los cincuenta [29] salvo los trabajos ininterrumpidos de Silvio Zavala.[30]

El auge comenzó en los años sesenta. Dos fueron los acontecimientos que lo ocasionaron. El primero la creación del Seminario de Derecho Romano (hoy de Derecho Romano e Historia del Derecho) en la Facultad de Derecho de la UNAM. (Fundado y dirigido hasta la fecha por Guillermo F. Margadant, este centro cuenta con una biblioteca especializada de seis mil ejemplares; además, con un repositorio de fuentes legislativas y doctrinales de temática variada, localizados en el cuarto piso de la Biblioteca Antonio Caso. Este acervo contiene incunables y ediciones príncipes sobre los derechos romano, castellano, canónico e indiano, principalmente.) El segundo acontecimiento fue el desarrollo alcanzado por las disciplinas históricas jurídicas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.[31] En esa época, el Instituto contaba ya con una biblioteca *ad hoc* y con un equipo de investigadores de muy buen nivel trabajando sobre todo nuestra historia constitucional.[32]

El terreno estaba abonado y la simiente fructificó diez años más tarde cuando un grupo de docentes egresados del curso de formación del profesorado de derecho romano,[33] impartido en la Facultad de Derecho en 1965, se unió con los jóvenes investigadores que dentro del Instituto —en aquel tiempo dirigido por nuestro homenajeado— cultivaban la historia jurídica. Otra unión que resultó afortunada; unión que comenzó con la celebración en Morelia del IV Congreso de Historia del Derecho Indiano [34] en 1965, y que ha venido consolidándose a través de la realización de cuatro congresos sobre historia del derecho mexicano en: Toluca (1978); México (1980); México-Taxco (1983) y Querétaro (1986). Resultado de estas reuniones han sido

[29] Entre ellas, el *Cedulario Cortesiano* (México, 1950) de Beatriz Arteaga y Guadalupe Pérez San Vicente.

[30] Los trabajos de Silvio A. Zavala se encuentran recogidos en: *Bio-Bibliografía del Dr. Silvio Zavala,* México, El Colegio Nacional, 1982.

[31] Fundado en 1940 por juristas españoles y mexicanos bajo el nombre de Instituto de Derecho Comparado. Ver *XL Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas,* México, UNAM, 1980.

[32] Ver Margadant, "75 años...", *op. cit.,* p. 74.

[33] El curso fue auspiciado por el entonces director César Sepúlveda y coordinado por el profesor Margadant. Ver el trabajo de Wenceslao Roces: "Los cursos de capacitación para docente", en *Revista de la Facultad de Derecho de México,* t. XV, núm. 60, octubre-diciembre de 1965, pp. 1047-1057.

[34] Como resultado del contacto que se estableció entre Beatriz Bernal, María del Refugio González y José Luis Soberanes con Alfonso García-Gallo, durante el tiempo en que las dos primeras fueron discípulas, en la Universidad Complutense de Madrid, del prestigiado profesor español.

las *Memorias,* que contienen trabajos sobre los diferentes periodos de la historia del derecho patrio.[35] Este grupo, concentrado hoy día en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, contará pronto con una publicación periódica: el *Anuario de Historia del Derecho Mexicano,* que verá la luz, espero, a finales de 1987.[36]

III. La enseñanza de la historia del derecho

Dentro del área general de las disciplinas histórico-jurídicas, en México se imparten actualmente las cátedras de: historia del derecho mexicano,[37] historia de las instituciones jurídicas[38] y derecho romano. Entre ellas, el derecho romano —dividido en dos cursos anuales o semestrales— ocupa, por su antigüedad y arraigo, el lugar primordial.[39] Esta asignatura se encuentra prevista como obligatoria en casi todos los planes de estudio de las facultades de jurisprudencia del país[40] Sin negar su carácter de disciplina eminentemente formativa, por ser fundamento de gran parte de las instituciones jurídicas de occidente, considero que el derecho romano se encuentra sobrevaluado en la UNAM, en detrimento de las otras asignaturas del área histórica.

En la actualidad, en el primero de los cursos, se enseña la evolución de las fuentes del derecho romano, antes y después de la compilación justinianea; esto es, abarcando tanto el derecho romano propiamente dicho (primera vida), como su recepción en la Europa occidental (se-

[35] Publicadas las tres por la UNAM. En 1981, las dos primeras; en 1984, la tercera.

[36] Así se acordó en el último Congreso de Historia del Derecho Mexicano, realizado en Querétaro, agosto de 1986.

[37] También denominada historia del derecho patrio, siguiendo la tradición de la Escuela Libre de Derecho.

[38] En muchos planes de estudios denominada también: historia universal del derecho o historia general del derecho. Ejemplos: Universidad Iberoamericana, Universidad Politécnica Alfonso Reyes (UDUAR) de Nuevo León, Escuela Nacional de Estudios Profesionales (ENEP) Acatlán, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Universidad Panamericana, Universidad Anáhuac, Universidad Autónoma de Yucatán y otras.

[39] Para los cambios que se han sugerido con el fin de balancear dicha disciplina con las historias universal y nacional del derecho ver de G. F. Margadant: "Enseñanza del derecho..." y "Memorándum...", *op. cit., supra,* nota 3.

[40] Hay algunas excepciones, como el Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, recinto de Azcapotzalco.

gunda vida).[41] Esta parte bien podría referirse al estudio de la historia universal del derecho en cuanto a que corresponde a la familia de los derechos neorromanistas; también, a la historia del derecho nacional o patrio, en cuanto a que éste heredó de Roma las instituciones (sobre todo del derecho privado) que hoy día lo componen.

La cátedra de historia de las instituciones jurídicas (historia universal o general del derecho) es de reciente creación. Corresponde al plan de estudios que hace más de una década elaboró el profesor Margadant con el fin de ofrecer a los alumnos de los primeros semestres de la carrera de derecho los conocimientos básicos sobre las grandes corrientes o familias a las cuales corresponden los sistemas jurídicos en la actualidad.[42] Aunque este plan de estudios, apoyado por sus discípulos en su momento, fue seguido por un buen número de facultades y escuelas de derecho de las universidades del Distrito Federal y de la provincia,[43] todavía no ha sido aceptado en la UNAM, donde la materia se imparte como optativa en el último semestre de la carrera. Una de las razones que entonces se adujo para no incluirla como obligatoria fue la falta de bibliografía adecuada. Esta carencia se ha resuelto en parte mediante la publicación de un libro panorámico que abarca el temario de la asignatura.[44] Sin embargo no veo fácil, en un futuro cercano, su inserción en los planes de estudio de la Facultad. La causa estriba, más que en la bibliografía, en la insuficiencia del personal académico que se hace cargo de ella. La historia universal del derecho, disciplina por lo demás muy especializada,

[41] Ver, Bernal, B., "Visión panorámica...", *op. cit., supra,* nota 2. Para la primera vida del derecho romano (antes de la compilación justinianea) recomiendo: Bernal, B. y J. J. Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas,* 3ra. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1986. Para la segunda vida (después de la compilación justinianea) recomiendo de Margadant, G. F., *Segunda vida del derecho romano,* México, Miguel Angel Porrúa, 1986.

[42] Ver Margadant, G. F., "Memorándum...", *op. cit., supra,* nota 3.

[43] Escuelas y Departamentos de Derecho de las universidades Iberoamericana, Panamericana, La Salle y Anáhuac; ITAM, Escuela Libre de Derecho y ENEP Acatlán. En la Facultad de Derecho de la UNAM se imparte como optativa en la licenciatura y como obligatoria en los cursos propedéuticos y en la maestría del posgrado. Asimismo, en las respectivas facultades y escuelas de las universidades de: Puebla, Guadalajara, Veracruz, Tamaulipas, Estado de México, San Luis Potosí, Coahuila, Monterrey y Yucatán. También, en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y en la Politécnica Alfonso Reyes de Nuevo León.

[44] Margadant, Guillermo F., *Introducción a la historia universal del derecho,* Xalapa. Veracruz, t. I, 1974, y *Panorama de la historia universal del derecho,* México, 1983.

cuenta con pocos cultivadores en el país. Difícil será encontrar profesores *ad hoc* para que la impartan debidamente en una universidad de masas como es la nuestra. Por otra parte, creo que los esfuerzos que la UNAM realiza en la línea de formación de su personal docente en el área jurídica, deben inclinarse más hacia materias formativas y de derecho positivo, que hacia las meramente culturales.

No opino lo mismo cuando de la historia del derecho mexicano se trata. Nuestra tradición jurídica, observada a través de los puntos de vista evolutivo e institucional, debe llegar con urgencia, y por razones obvias, al bagaje cultural de los estudiantes mexicanos. De ahí que considere inadecuado el tratamiento de asignatura optativa que actualmente tiene en la Facultad de Derecho de la UNAM, y que me parezca insuficiente que se pretenda llenar la laguna —que más que una laguna es un océano de conocimiento— con la impartición de dos cursos en el propedéutico y en la maestría de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad. No deja de sorprenderme, año tras año, que los alumnos que egresan de nuestra Facultad de Derecho, puedan recitar de memoria los tipos de manumisiones solemnes de esclavos en la antigua Roma, mientras que desconocen el proceso codificador del derecho privado en el siglo XIX mexicano y, dentro de él, la existencia del Código de Imperio. Esta cátedra, actualmente en auge, se imparte en la mayoría de las universidades del Distrito Federal[45] y de la provincia.[46] Causas de este florecimiento, ya lo he dicho, son la celebración periódica de congresos de historia del derecho mexicano y la publicación de sus *Memorias;* también, el que contemos con varios textos modernos que complementan los *Apuntes...* de Esquivel Obregón.[47]

[45] Universidades: Iberoamericana, Panamericana, ITAM, La Salle, ENEP Acatlán y Escuela Libre de Derecho.

[46] Facultades, Escuelas y Departamentos de Derecho de las Universidades: Autónoma del Estado de México, Autónoma de San Luis Potosí, Veracruzana, Autónoma de Tamaulipas, Autónoma de Puebla, Guadalajara, Politécnica Alfonso Reyes (UDAR), Cuauhtémoc de Puebla, Monterrey, Autónoma de Coahuila, Iberoamericana del Noroeste (Tijuana), De Occidente (Los Mochis, Sinaloa), Autónoma de Yucatán; Instituto Tecnológico de Monterrey, y Centro Universitario Hispanoamericano (Estado de México). La cátedra se imparte tanto a nivel licenciatura como en las maestrías y los doctorados.

[47] Entre ellas destacan: *Introducción a la historia del derecho mexicano* (México, 1976) de Guillermo F. Margadant, e "Historia del derecho mexicano" en *Introducción al derecho mexicano,* México, t. I, UNAM, 1981, de M. del Refugio González.

Los programas de historia del derecho mexicano se desarrollan, en la mayoría de las cátedras, siguiendo una periodificación histórico-cronológica;[48] esto es, abarcando los periodos: prehispánico[49] colonial o novohispano y del México republicano[50] Aunque no hay homogeneidad entre los docentes respecto a la técnica de exposición y al contenido de la materia que imparten, he podido observar que se inclinan más hacia el derecho público que hacia el privado; también que prefieren el tercer periodo (México republicano) a los dos anteriores, y que dentro del primero (México prehispánico) se interesan más por el mundo azteca que por el maya.[51] Así, el estudio del derecho constitucional, desde la Constitución de Cádiz (1812) hasta la Constitución vigente de 1917, se ha llevado hasta ahora la mayor parte de la explicación.[52] Y digo hasta ahora, porque actualmente han cobrado fuerza los estudios sobre derecho privado,[53] así como los correspondientes al periodo indiano; [54] esto último, gracias a la labor del grupo de india-

[48] Para entender los criterios de periodización de la historia del derecho en sus varias vertientes, ver de B. Bernal: "Reflexiones en torno a la periodización de la historia del derecho", OMNIA, año 2, núm. 3, junio, 1986, y "Cómo periodizar el derecho indiano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XIX, núm. 56, mayo-agosto de 1986.

[49] También denominado precortesiano y precolombino.

[50] También denominado "Periodo del México independiente".

[51] Esto se debe en parte a que cuentan con los trabajos de Alfredo López Austin, entre los cuales destaca: *La Constitución de México Tenochtitlán,* México, UNAM, 1961.

[52] Esto no es de extrañar, pues se cuenta con numerosas ediciones de fuentes legislativas y doctrinales del siglo XIX en esta temática, así como con textos debidos a la pluma de excelentes constitucionalistas de la vieja y nueva escuela como Antonio Martínez Báez, Ernesto de la Torre Villar, Alfonso Noriega, Felipe Tena Ramírez, Jorge Carpizo, Jorge Madrazo, Jorge Mario García Laguardia, José Barragán, Ignacio Carrillo, Diego Valadéz, etcétera, y por supuesto, nuestro homenajeado, don Héctor Fix-Zamudio.

[53] Sobre todo, los relativos al proceso codificador, realizadas por M. del Refugio González. Ver de esta autora: "Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)" en *Libro del Cincuentenario del Código Civil,* México, UNAM, 1978; "Cien años de derecho civil?" en *Un siglo de derecho civil mexicano,* México, UNAM, 1985, y *Estudios sobre la historia del derecho civil en México,* México, UNAM, 1981. También las realizadas por Beatriz Bernal, Guillermo F. Margadant, José de Jesús Ledesma, Fernando Vázquez Pando, Carmen García Mendieta y otros sobre recepción de instituciones del derecho privado en el derecho positivo mexicano. Dichos trabajos se encuentran publicados en las memorias de los congresos de historia del derecho mexicano y en varios tomos de la *Revista Jurídica,* Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

[54] Ejemplo de ello son los dos cursos sobre derecho indiano que impartí en el Instituto Dr. José María Luis Mora y en el Centro de Estudios Mayas de la UNAM; ver nota 5.

nistas formado en España,[55] a su participación en los congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano,[56] y a la política que el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en colaboración con otras instituciones editoriales, ha tenido con respecto a la publicación de fuentes de la época colonial.[57]

Sólo me resta añadir unas líneas relativas al método utilizado por los docentes en las dos cátedras de historia del derecho. La tónica general es hacer "historia externa"; por consiguiente, se estudia la evolución de las fuentes del derecho, ya general, ya mexicano, dentro de una coordenada espacio-temporal fijada con anterioridad. Sólo en casos excepcionales, cuando se imparten cursos monográficos, el profesor se avoca al análisis interno o institucional.[58]

En resumen, México cuenta ya con una "escuela" de historiadores del derecho nacional. Esto es, con un grupo de especialistas que imparten cátedra en diversos niveles de enseñanza, que trabajan en varios centros de investigación[59] y que publican con frecuencia[60] y alta

[55] María del Refugio González y Beatriz Bernal estudiaron con Alfonso García-Gallo, en Madrid; José Luis Soberanes con Antonio Muro Orejón, en Sevilla; Jaime del Arenal con Rafael Gibert, en Madrid; José Barragán con José María Ots Capdequi, en Valencia. En cuanto al derecho romano, Jorge Adame y Francisco Villalón se formaron con Alvaro D'Ors, en Pamplona.

[56] Se han celebrado hasta ahora ocho congresos en: Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid, Morelia (México), Quito, Valladolid, Buenos Aires y Santiago de Chile. Como resultado de ellos se han publicado sus *Actas y estudios,* de gran riqueza doctrinal en esta temática.

[57] Entre ellas destacan: Ventura Beleña, Eusebio, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España* (2 vols.), México, UNAM, 1981 (prólogo de María del Refugio González); Palacios, Prudencio A. de, *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias,* México, UNAM, 1979 (estudio, edición e índices por Beatriz Bernal); Zorita, Alonso de, *Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias de la Mar Océana,* México, M. A. Porrúa Editor, 1984 (estudio crítico de Beatriz Bernal); Puga, Vasco de, *Cedulario de la Nueva España,* México, Condumex, 1985 (estudio preliminar de María del Refugio González), y Alvares, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* (2 vols.), México, UNAM, 1982 (estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González).

[58] Así procedimos el profesor Margadant y yo cuando impartimos en la División de Estudios Superiores de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, un curso denominado: "Marco histórico del derecho privado mexicano".

[59] Principalmente: el Instituto de Investigaciones Jurídicas, el Instituto de Investigaciones Históricas y el Centro de Estudios sobre la Universidad, todas de la UNAM; El Colegio de México; El Colegio de Michoacán y la Escuela Libre de Derecho.

[60] En materia de publicaciones periódicas, además de las memorias de los congresos de historia del derecho mexicano, el área de historia del derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas tiene en prensa el número 4 de *Cuadernos,* la más joven revista del Instituto.

calidad.[61] Si a eso añadimos archivos ricos, aunque con catalogación deficiente, buenas bibliotecas y la continuada edición de fuentes histórico-jurídicas tanto de la época novohispánica como del siglo XIX mexicano,[62] podremos congratularnos de lo logrado en las últimas décadas y afirmar, sin temor a equivocarnos, que la historia del derecho ha alcanzado, en México, niveles realmente satisfactorios.

[61] Varios trabajos de los historiadores del derecho del Instituto serán próximamente traducidos y publicados en Houston, Texas, en el volumen: *Chapters in Mexican Legal Research: Reading in the Law of New Spain.*

[62] El Instituto de Investigaciones Jurídicas ha publicado un buen número de fuentes del siglo XIX en colaboración con la Coordinación de Humanidades de la UNAM y la editorial Miguel Angel Porrúa Editor, tanto en el área del derecho público como privado. Entre ellas: las *Pandectas hispanomexicanas* de Rodríguez de San Miguel; el *Sala mexicano;* la *Curia filipica mexicana; El litigante instruido* de Juan Sala; las *Actas constitucionales mexicanas* (1821-1824) (13 vols.); las obras de José María Luis Mora y las constituciones del siglo XIX, por citar las más importantes. Todas estas obras han sido editadas y prologadas por investigadores del Instituto.

EL AUTOR MEDIATO

Álvaro BUNSTER

1. El principio de que el autor del delito es quien realiza el hecho que lo constituye, posee en la teoría del *concursus delinquentium* la doble virtud de la evidencia lógica y de la certeza política. Si el delito es un hecho, parece intuitivo que se tenga por autor de él a quien "lo realice por sí", como reza el Código Penal mexicano, y si el delito es un acto externo y no una mera idea, parece adecuada garantía política la de que se tenga por autor de él, no a quien lo ha concebido en su imaginación, sino a quien lo ha realizado. Es pues explicable que, frente a esos claros y simples postulados, la posibilidad de erigir también a la condición de autor con el nombre de *autor mediato* a quien —sin ejecutar el hecho con sus manos ni intervenir materialmente en su realización, se ha valido para ello de otra persona como intermediario, mediador o instrumento— haya suscitado desde antiguo vivo debate respecto de su fundamento racional y de los criterios de certeza que deben acompañarla.

La denominación de autor mediato es de procedencia alemana, mas no así las cuestiones jurídicas que lleva implícitas. Se atribuye inexactamente a la doctrina germana el haberlas planteado y se imputa su dificultad a aquel prurito de bizantinismo tan frecuentemente censurado a los juristas alemanes. En el caso del autor mediato se trataría de ahondar en un falso problema que, por añadidura, no podría exhibir aspiraciones de universalidad, desde que las peculiaridades del derecho penal alemán lo confinarían de antemano al exclusivo ámbito del *jus positum* de aquel país.

2. El concepto del autor mediato parece haberse hallado latente, si no en el derecho romano, del cual la ciencia moderna suele invocar para estos fines el aserto de que también quiere el que ha cometido el hecho por coacción, *coactus volui,*[1] en la elaboración jurídica de

[1] *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui, Paulus, Digesto (4, 2, 21, 5).*

los comentaristas italianos que, como se sabe, construyeron un verdadero sistema del *concursus delinquentium*.

Los llamados posglosadores distinguieron claramente al autor de los partícipes. Para ellos, era autor del delito aquel cuya acción aparecía como consecuencia de una libre y culpable resolución de voluntad, y partícipes —en las formas de mandato, consejo y auxilio— quienes intervenían en grado menor que el autor en el hecho delictivo. Reconocían en quien se valía de un inimputable, en quien compelía al que se hallaba en el trance de obedecer una orden, en quien constreñía a otro por amenaza y en quien utilizaba a quien era víctima de error exculpante, a un "verdadero autor".[2]

Estos principios inspiraron por largo tiempo al derecho común europeo, en cuyo desenvolvimiento, como se explanará adelante, la figura del autor mediato cobró sucesivo realce a pesar de pasajeras vicisitudes, hasta adquirir contornos definitivamente acusados en los comienzos del siglo XIX. Desde entonces, la ciencia alemana empieza a acordarle la designación que lo acompaña hasta hoy.[3]

3. El testimonio histórico divisa, pues, el origen del concepto en un momento muy anterior a la época en que se inicia el desenvolvimiento científico del derecho penal alemán. La tendencia a recluirlo dentro de las fronteras del derecho positivo y, una vez en él, dentro del derecho positivo germano, carece igualmente de fundamento.

Las aspiraciones de universalidad del concepto de autor mediato se ven rotundamente legitimadas en un sistema como el de Carrara, que no es de derecho penal positivo, sino de derecho natural. Y es particularmente digno de nota que eso acontezca en el pensamiento de un jurista tan fiel a la teoría de las fuerzas del delito y guardián tan celoso del principio conforme al cual la ciencia penal sólo tiene por objeto actos externos y no se ocupa de los pensamientos sino para indagar las causas de aquéllos.[4] Para la ciencia —dice el gran maestro— el delito es un *ente jurídico*, que resultando de la contradicción entre un *hecho* y la *ley*, no tiene vida si la ley no es ofendida materialmente con un *hecho*, y *autor* de este *hecho* es sólo quien materialmente lo con-

[2] Dahm, G., *Das Strafrecht Italiens in ausgehenden Mittelalters*, Berlin und Leipzig, 1931, Walter de Gruyter & Co., p. 207; Schröeder, F-Ch., *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, p. 19.

[3] Schaffstein, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 174 y ss.; Jescheck, H.-H., *Tratado de derecho penal, Parte general*, Barcelona, Bosch, 1971, t. II, p. 919; Schöeder, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.

[4] Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, § 428.

sumó.[5] Esta premisa, sostenida sin desmayo a través de las muchas páginas magistrales que consagra el concurso eventual de sujetos al hecho punible, no lo hace retroceder, sin embargo, ante la necesidad de hacer sitio en la teoría de la complicidad a quien se vale, no ya de un agente, sino de un instrumento ciego y puramente pasivo de la voluntad prava que lo puso en movimiento.[6] Con propiedad de lenguaje, no puede llamarse *autor* del delito —dirá— a quien es sólo autor del *pensamiento* delictuoso, salvo el especialísimo caso en que el autor físico no haya obrado con voluntad libre e inteligente. En este caso, el *autor físico* del hecho se equipara a la materia bruta y debe considerarse como mero instrumento de quien le dio impulso, el cual es autor como si se hubiese valido de un leño, de una piedra o de una materia cualquiera, desde que no hay *acción* delictiva de aquel en quien no concurre ni el *hombre externo* ni el *hombre interno*. Y si fue ignorante y completamente coacto o irresponsable de cualquier otra manera —continuará diciendo—, allí no concurre el hombre interno; será él autor del *hecho*, pero no del delito, pues a su respecto aquel hecho no es delito. El *agente* del delito es, pues, sólo el que se valió de su brazo como de un instrumento.[7] De esta forma, está bien que se le llame *autor* del delito.[8]

Obsérvese que la excepción al principio de tener por autor sólo a quien materialmente consumó el hecho con el propio acto, no se contrae sólo al que se sirve de otro como de una "materia cualquiera", sino que se extiende expresamente también al *ignorante*, al *completamente coacto* y, en definitiva, al irresponsable por cualquier causa de que derive la ausencia del hombre *interno*. Que ese sujeto situado tras el autor físico no puede ser confundido, en el pensamiento de Carrara, con el instigador que en su sistema conforma un concurso de voluntad sin concurso de acción y que es un delincuente accesorio, lo muestran las últimas líneas del núm. 191 de su monografía sobre el grado en la fuerza del delito, que estamos citando:

> Con gran exactitud, por tanto, habían distinguido siempre los criminalistas en el delito a los *motores* de los *autores*. Sólo entre los modernos prevaleció la vaguedad de unificar a los *motores*

[5] *Ibidem.*

[6] Carrara, F., "Grado nella forza fisica del delitto", en *Opuscoli di Diritto Criminale*, Firenze, 1909, vol. I, § 191.

[7] *Ibidem.*

[8] Carrara, F., *Programa...*, *op. cit.*, § 428.

y los autores, y de comprender también a aquéllos bajo esta denominación. Pero la ciencia no ganó con ello en exactitud.[9]

4. Lo que en el siglo XIX pensaba el jusnaturalismo penal italiano sobre el autor mediato, se halla en sustancial conformidad con el modo como lo concebían los cultores del derecho positivo. Salvo puntos de disensión en cuanto al cómplice de quien obra sin voluntad libre e inteligente, el célebre ensayo de Impallomeni sobre el concurso de varias personas en un mismo delito de 1887,[10] las *Lezioni* de Civoli aparecidas en 1895 [11] y la edición del *Trattato* de Manzini que vió la luz pública ocho años después de cerrado el siglo,[12] erigen a la condición de autor del hecho a quien, sin ejecutarlo con sus manos, se ha servido de otro como un puro medio o instrumento inconsciente, o se ha limitado puramente a auxiliarlo. El mismo pensamiento prevalece en un texto particularmente significativo, donde se vierte de modo admirable la ciencia penal finisecular italiana. La relación de Zanardelli al Proyecto de Código Penal de 1889, que al año siguiente recibiera sanción legislativa, dice en el pasaje pertinente: "...es un instigador sólo en apariencia... en realidad es él el verdadero y solo *autor*, puesto que quien ignora o se halla ebrio no puede ser considerado sino como instrumento de que el malhechor se sirve para la ejecución del maleficio." [13] Ya antes, en la relación al Proyecto de 1887, como hace recordar Grispigni, se había dicho a propósito de las circunstancias personales: "Si el hecho fuese cometido por un menor de nueve años o por un loco, aquellos que lo hubieran instigado, o incitado a cometer el maleficio no serían partícipes en el delito, sino autores de él." [14]

El concepto de autor mediato, lejos de ser ajeno, pues, a la ciencia jurídica italiana, ha adquirido en ella carta de naturaleza desde muy antiguo y continúa siendo objeto de animado debate científico aun en la vigencia del Código penal promulgado en 1930, que no distingue formas de intervención en el hecho punible. Juristas hay que recla-

[9] Carrara, F., "Grado nella forza fisica del delitto", *op. cit.*, § 191.

[10] Impallomeni, G. B., "Del concorso di più persone in un reato", en *Rivista Penale*, agosto de 1887, p. 112.

[11] Civoli, *Lezioni di diritto penale*, Torino, 1895, p. 249.

[12] Manzini, V., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, vol. I, pp. 420 y 438.

[13] Citado por Grispigni, F., "Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato", en *La Scuola Positiva*, anno XXI, vol. II, 1911, p. 5, nota 7.

[14] *Ibidem.*

man con vigor la necesidad de esa noción como —por ejemplo— Riccio, autor de una monografía consagrada al tema que lleva precisamente el nombre de *L'autore mediato*, y los hay también quienes la desconocen, como Grispigni en 1911,[15] Bettiol y, al parecer, Pedrazzi[16] Ranieri, quien admitió la figura del autor mediato en la primera edición de su monografía sobre el concurso de varias personas al hecho punible, la extrañó de la segunda, mas no sin un confesado desasosiego.[17]

5. El concepto del autor mediato no ha sido nunca objeto de la preocupación científica francesa,[18] pero sí lo ha sido desde hace muchos años de la doctrina y jurisprudencia suizas,[19] y de la tradición inglesa del *common law*. Con apoyo en una serie innumerable de precedentes, que con holgura se remontan más o menos a 1840, la moderna doctrina inglesa trata del autor mediato denominándolo *innocent agent* y caracterizándolo como alguien que se halla libre de responsabilidad en razón de infancia, enfermedad mental, carencia de la *mens rea* u otras causas análogas.[20] Ante el derecho, afirma Glanville Williams, es una mera máquina cuyos movimientos se hallan regulados por el delincuente.[21] Sin el más leve influjo de la ciencia jurídica alemana, la doctrina inglesa va mucho más allá del reconocimiento y simple caracterización del *innocent agent*, pues se ocupa en justificar la existencia del concepto en relación al principio de accesoriedad, en reconocerla aun para el caso de que el mal del delito recaiga sobre persona o cosa distinta de la que se entendía ofender, en resolver la cuestión que suscitan los delitos especiales cometidos a través de un *innocent agent* y, en fin, en analizar el problema de si cabe admitir la posibilidad de delitos imprudentes o negligentes por medio del expresado *innocent agent*.[22] Algo análogo cabe señalar de la doctrina penal de los Estados Unidos.

[15] *Ibidem*.

[16] Pedrazzi, C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952, *passim*.

[17] Ranieri, S., *Il concorso di più persone in un reato*, 2a. ed., Milano, Giuffré, 1949 (en el prefacio).

[18] No se ocupan, en efecto, del concepto los tratados clásicos de Roux, Ortolan, Chauveau-Hélie, Garraud, Vidal-Magnol, etcétera, ni los de Merle-Vitu y otros recientes.

[19] Schultz, H., "Täterschaft und Teilnahme in modernen schweizerischen Strafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 71 *Jahrgang* (71e. *année*), 1956, pp. 256 y ss.

[20] Williams, Glanville, *A Treatise on Criminal Law, The General Part*, London, 1964, p. 350.

[21] *Ibidem*.

[22] *Ibidem*.

6. Después de lo dicho no parece, pues, prudente interceptar la marcha a la teoría del autor mediato afirmando que sus dificultades sólo pueden resonar en el puro ámbito del derecho positivo alemán.

Motivo de perplejidad es, empero, el aserto de que esa legislación ofrece en este punto peculiaridades que le son privativas. El Código Penal alemán vigente desde 1871, sometido desde entonces a varias modificaciones, y sustituido en 1969, regulaba de manera por demás completa el concurso eventual de sujetos a un hecho punible. En la sección 3a. de la 1a. parte, consagrada a la *participación (Teilnahme)*, se contenían en total seis parágrafos, a algunos de los cuales se alude a seguido. El Código no brindaba una definición de autor y consagraba a los coautores el núm. 47, donde se disponía que: "Si varios han ejecutado conjuntamente una acción punible, cada cual será castigado como autor." El núm. 48 estaba consagrado al instigador y el núm. 49 al cómplice o auxiliador. La caracterización del instigador (*Anstifter*) era amplia, ya que por tal era tenido "el que por dádiva, promesa, amenaza, abuso de prestigio o poder, intencionada provocación o estímulo de un error o por cualquier otro medio determina dolosamente a otro a la acción conminada con pena, cometida por éste". Su castigo se establecía conforme a las mismas reglas que hallaban aplicación para punir la acción a que conscientemente había instigado. La caracterización del cómplice o auxiliador (*Gehilfe*) era, asimismo, amplia, pues se tenía por tal "al que a sabiendas sa prestado ayuda al autor, por obra o consejo, para la comisión de una acción conminada con pena como crimen o delito". Su castigo se determinaba de acuerdo a las mismas normas que hallaban aplicación para punir la acción a que a sabiendas había prestado ayuda; pero podía graduarse conforme a los preceptos establecidos para la represión de la tentativa. Seguían dos normas que no interesan por ahora a esta exposición: el núm. 49, *a*, agregado el 26 de febrero de 1876 y conocido como "parágrafo Duchesne" (tentativa de instigación, acuerdo para delinquir, desistimiento tempestivo), y el núm. 49 *b*, transferido de una ley complementaria al cuerpo del Código Penal el 19 de diciembre de 1932 (asociación para cometer homicidio). Por último, el núm. 50 disponía:

> Si varios han intervenido en un hecho, cada cual será punible conforme a su propia culpabilidad y sin consideración a la de los demás. Si la ley dispone que especiales propiedades o relaciones personales agravan, atenúan o excluye la pena, ello valdrá sólo para el autor o partícipe en que concurran.

Los textos transcritos son básicamente los que el Código traía en este punto desde su origen, salvo el reemplazo —en lo que aquí interesa— de la expresión "acción punible" por "acción conminada con pena" en los parágrafos 48, 49 (y también 49 *a*) y 50, y la introducción en este último de una regla que pasaba a constituir su primer inciso y por la cual la punibilidad de cada concurrente reposaba en la culpabilidad propia y no en la ajena. Estas alteraciones al Código se hicieron el 29 de mayo de 1943.

7. Sobre esta trama legislativa han tejido ciencia y jurisprudencia la teoría del autor mediato en Alemania. La doctrina penal de ese país divisa causas de diverso orden en el origen de esa concepción: legislativas unas, dogmáticas otras.[23] Las razones legislativas han sido ampliamente difundidas en el mundo de habla hispana, de manera especial por la versión castellana del importante trabajo de Bockelmann sobre las relaciones entre la condición de autor y la de partícipe.[24] Antes de la reforma operada en 1943 en el Código Penal alemán, la expresión "acción punible" (*strafbare Handlung*) movía a la mayor parte de la doctrina y también a la jurisprudencia a entender que el derecho penal positivo alemán daba acogida a la llamada accesoriedad extrema, es decir, hacía depender la punibilidad del partícipe de que el hecho del autor principal satisficiera a la vez la triple exigencia de ser típico, antijurídico y culpable,[25] La premisa conducía necesariamente a conclusiones inadmisibles, esto es, a la absolución del partícipe en el acto de un enfermo mental, de un menor inimputable, de quien obró por coacción o error excluyente del dolo. El concepto del autor mediato acudía a reparar el absurdo, pues si la imputabilidad, el estado de coacción o el error del ejecutor físico lo convertían en mero instrumento inconsciente de quien lo utilizaba, era éste el que dejaba de ser mero partícipe para devenir autor, y precisamente autor *mediato*.[26]

A las razones legislativas se sumaban luego las dogmáticas. Más allá de los casos indicados, que bien pueden estimarse formas ya clásicas de la condición de autor mediato, la ciencia y la práctica de-

[23] Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11 *Aufl.*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 101; Roxin, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl., Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967, p. 141.

[24] Bockelmann, P., *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1960, *passim*.

[25] Mayer, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 391.

[26] Bockelmann, Welzel y Roxin, en obras y lugares citados.

bían enfrentarse a otros que difícilmente podían regularse por las normas expresas acerca de la participación y, sobre todo, por el empleo coherente de los principios que informan la teoría del delito: el servirse, en ciertas circunstancias, de un agente que obra conforme a derecho o conforme a deber y perpetrar, no obstante, un delito. Un ejemplo del primer caso es el homicidio cometido por *A* como autor mediato en la persona del enfermo mental *B*, a quien quiere eliminar, instándolo a dar muerte a *C*, que mata a su atacante en legítima defensa.[27] Un ejemplo del segundo, es, en el derecho penal alemán, el de quien como autor mediato comete un delito en contra de la administración de justicia logrando por engaño o falsas pruebas que el juez, que obra de buena fe y en el cumplimiento de su deber ministerial, pronuncie en contra de otro sentencia injusta.[28] Sólo la teoría del autor mediato —sostiene un amplio círculo de juristas germanos— puede conducir al recto castigo de un hecho que es para el intermediario un hecho lícito.

Pero a estas consecuencias no se llega, según podrá percibirse, por peculiaridades de los respectivos preceptos alemanes. Antes al contrario, a la sazón, ellos parecían, mejor que otros cuerpos legislativos, favorecer la caducidad de toda teoría atinente al llamado autor mediato. Variadas consideraciones, en efecto, aparentaban confluir hacia esa disolución. La ley alemana, en primer lugar, no definía el concepto de autor y, sobre todo, situaba en el marco de la instigación, que es una forma de ser partícipe y no de ser autor, el proceso por el cual un hombre influye en la mente de otro para impelerlo al delito. En segundo lugar, por lo que hace a aquel proceso, era tan amplia la formulación legal —amenaza, abuso de poder, provocación de un error, para no citar sino los modos más significativos de inducir a otro, contenidos en ella— que ese vasto enunciado habría convenido a la par a las situaciones que conforman la instigación y a las que dan origen a la condición de autor mediato, y habría tornado, en consecuencia, innecesaria esta última noción. En tercer lugar, previniendo el núm. 48 del Código Penal alemán que la determinación de la pena del instigador estaba sujeta a las mismas reglas aplicables para la determinación de la del autor, se habría castigado igualmente al autor mediato que al autor inmediato, impidiendo el ilogismo y la injusticia notoria de imponer sanciones diversas a dos especies de un mismo género.

Esas y otras consideraciones deben de haber ejercido su influjo para que la figura del autor mediato se tuviese tímidamente en un

[27] Welzel, H., *cit.*, p. 105.
[28] *Ibidem.*

tiempo como la de un autor fingido,[29] para que se le acordara la pura función de colmar el hiato que pudiera eventualmente surgir entre las nociones de autor propiamente dicho e instigador y para que se esperase con impaciencia el advenimiento de la reforma que sustituyera en el Código la accesoriedad extrema por la accesoriedad limitada.[30] La reforma llegó, por fin, el 29 de mayo de 1943, y en su virtud la expresión "acción punible" se reemplazó por la de "acción conminada con pena" en los parágrafos 48, 49, 49 *a* y 50, y se dotó a este último, como ha quedado dicho, de una nueva regla, que pasó a constituir un inciso 1* y por la cual en la intervención delictiva de varios se estaba, para el castigo de cada cual, a su culpabilidad y no a la ajena. Hay acuerdo en que esas reformas tuvieron el claro designio de sustituir la accesoriedad extrema por la accesoriedad limitada. La consecuencia no fue, sin embargo, que ciencia y judicatura germanas extendieran certificado de defunción a la figura del autor mediato, absorbiéndola en la de instigación. Antes al contrario, la teoría del autor mediato ha surgido de las cenizas y se asiste hoy en Alemania a una vigorosa tendencia a fundamentarla, desarrollarla, afinarla y enriquecerla.[31]

8. ¿Hay en ello una expresión de tozudez científica o un afín insoportable de tornar complejas las cosas simples?

La respuesta negativa a esta pregunta reposa, en primer término, en una consideración de elevada alcurnia, que trasciende, por cierto, el limitado campo en que ella aparece planteada.

> Un legislador —dice Carrara— puede hallar justo que alguno de los *cómplices* se equipare al *autor principal* en la imputación y en la pena; y así resuelta tal inspección, expresará su voluntad equiparadora con dar a todos ellos el nombre de *autores* del delito, y esta nomenclatura responderá suficientemente a las necesidades del derecho constituido. Pero la ciencia no puede suponer *a priori* resuelta cuestión alguna. Ella debe ante todo definir los entes sobre los cuales van a recaer sus estudios. Y cuando en estos objetos de sus búsquedas halle condiciones naturalmente disformes, será menester que a cada cual asigne un nombre distinto. Si sus estudios conducen luego a deber equiparar para ciertos efectos a estos entes ya segregados, subsistirá la segregación de los vocablos, por ser inherente a la primitiva naturale-

[29] Grispigni, *cit.*, p. 4, nota 1.
[30] Roxin, *cit.*, p. 141.
[31] Bockelmann y Roxin, en obras y lugares citados.

za de aquellos objetos, y un nombre diverso no será obstáculo para la parificación.[32]

Y continúa en el párrafo siguiente: "Así pudo un legislador decir que también era culpable de *parricidio* el matador del padre *adoptivo*. Pero la ciencia no podrá jamás expresar esta paternidad civil con el mismo nombre de la paternidad natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas..." [33]

Este pensamiento admirable, que pone en guardia al intérprete ante la posible y peligrosa confunsión de su tarea científica con la técnica conceptual usada por la ley para servir su propia voluntad de vigencia, excede, claro está, el campo especial del derecho en que el jurista trabaja y la materia específica a que, en un dado momento, contrae sus esfuerzos de clarificación. No importa que la ley no llame cómplice al autor inmediato, y tampoco importa que la ley ni siquiera lo mencione. El deber del jurista subsiste como una superior necesidad de descubrir ciertas esencias ocultas en la vasta y complicada materia del derecho. Si el cómplice no puede ser autor aunque se le llame tal, el autor tampoco puede ser cómplice aunque la ley lo haya equiparado a éste, si no en el nombre, al menos en la pena. Una revista de la legislación penal contemporánea señalará un número interminable de códigos en los que la pena del instigador es la misma pena del autor del hecho; pero eso no autorizará —como expresa luminosamente Carrara— a que la ciencia equipare el autor mediato al instigador y a confundir las esencias sólo porque aparecen confundidos los nombres y algunas de las consecuencias jurídicas.

El instigador induce y también puede inducir el autor mediato; pero las esencias permanecen distintas. Estos dos objetos, para usar el lenguaje de Carrara, poseen "condiciones naturalmente disformes". Por pocos se ha sostenido modernamente este aserto con mayor energía que por Maurach, para quien el firme contorno de la calidad de autor mediato es uno de los "sectores esenciales" *(Kernbereriche)* del derecho penal, que no puede ser reducido por un acto arbitrario de la ley.[34] La diferencia esencial entre autor mediato e instigador es perceptible tanto si se recurre a los casos que hemos llamado tradicionales de esta noción como si se mira a los que la dogmática más

[32] Carrara, "Grado nella forza fisica del delitto", *cit.*, p. 188.
[33] *Idem*, p. 1689.
[34] Maurach, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2, Aufl., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1958, Bd. I, p. 494.

moderna quiere hacer derivar de ella. Así, en las situaciones de inimputabilidad, error o estado de coacción del ejecutor físico del hecho, sólo una consideración imbuida del más crudo positivismo puede pretender incluir en la idea pura de instigación el empleo que el inductor haga de un hombre que, a causa de sus facultades permanentemente perturbadas, no puede advertir el significado de su acto; que por una circunstancial percepción equivocada de la realidad tampoco se halla en la posibilidad de captar ese significado, o que, por ausencia de libertad moral no se siente "persuadido" a delinquir, sino sólo obligado por las circunstancias. Con razón expresa Maurach que la consideración más generosa (*weitherzig*) no podría cubrir estos casos bajo el manto de la instigación.[35] El inductor, en verdad, ha obrado menos en el sentido del proceso psíquico de "convencer" que en el de supeditar la voluntad del agente físico a la suya. Tampoco otras situaciones que las tendencias científicas más recientes agrupan bajo el rótulo de "autor tras el autor" y que son muestra, al menos, de la interna aptitud de desenvolvimiento orgánico que parece ostentar la idea de autor mediato, franquean el camino a la parificación esencial de éste al instigador. Quien divisa a una persona apuntando un arma de fuego al sitio preciso por donde pronto ha de pasar su jurado enemigo y le grita "¡ahí va!, sabedor de que quien pasa es otra persona, comete homicidio como autor mediato sin haber contribuido a formar en otro la determinación de delinquir, rasgo característico e infaltable de la instigación. Ese hombre, sin arrastrar a un inocente al delito, ha desviado el golpe como si su mano lo hubiese hecho y, aunque no ha supeditado la voluntad del acechante, se ha valido de él como un verdadero instrumento para privar de la vida a persona distinta. Identificar tal conducta con la propia del instigador comportaría una distorsión flagrante de los conceptos con que el derecho debe operar.

Sea, pues, que el autor mediato obre como la "larga mano" del agente físico del hecho, según la acertada expresión de Carrara, sea que permanezca en la sombra como un factor sin el cual el autor material no habría cometido el delito, es siempre un autor y, por tanto, el protagonista del acontecer delictivo, su "figura central conformadora".[36] En torno suyo hállase el centro de gravitación del hecho y a él se subordina la participación accesoria, si la hay. Confundirlo con el instigador o asimilarlo a él importa una adhesión demasiado

[35] *Ibidem.*
[36] Roxin, *cit.*, pp. 25 y ss.

servil a los enunciados legislativos estrictos e intentar construcciones puramente exteriores, "jurídicas", como las ha calificado Welzel concediendo a tal expresión sentido peyorativo. Ello queda muy de manifiesto en el consabido ejemplo de la enfermera que por inducción dolosa del médico causa la muerte de un paciente en la ignorancia del contenido deletéreo de la inyección que le aplica. Si conforme al criterio censurado se quiere reconocer en la enfermera al autor del hecho y en el médico a su instigador, se prescinde —como anota Welzel— de las relaciones reales de la vida[37] y se incurre en el paralogismo de trocar lo accesorio por principal y lo principal por accesorio. El médico, no la enfermera, es el protagonista del hecho y aquélla no es más que su ciego instrumento.

Aparte las precedentes razones de fondo, que fuerzan a concebir al autor mediato como una figura de diferente esencia a la del autor inmediato y a la del instigador, abundan las razones que diremos prácticas para entenderla de ese modo. El concepto de instigación no serviría, como se ha recordado, para castigar al pérfido y oculto responsable de un delito que se vale de un ejecutor físico que obra conforme a derecho o conforme a deber, pues la figura de instigación es punible como figura accesoria a un hecho que no es lícito. Por otra parte, las consecuencias de la punibilidad de la tentativa son diversas, según se entienda absorbida la figura del autor mediato en la instigación o se la estime como un ente jurídico existente por sí mismo. Puesto que la instigación es una forma accesoria de participar, la circunstancia de que el hecho del autor principal no alcance el grado de tentativa determina la impunidad del instigador, al paso que si de lo que se trata no es de un instigador sino de un autor mediato, actos del instrumento por él utilizado que de otro modo podrían estimarse anteriores al estado de tentativa y, por tanto, impunes, pueden en cambio constituirla con respecto a la acción ejecutiva propia de todo autor y, en consecuencia, también en este caso del autor mediato.

De todo lo dicho se sigue que la figura del autor mediato, lejos de surgir a la consideración de la ciencia jurídica por un prurito de bizantinismo o de ofrecer motivo para ahondar en un falso problema, vive en la ley junto a las demás figuras del *concursus delinquentium* y termina de concederle a éste la estructura y coherencia debidas.

9. Abiertas de ese modo al autor mediato las puertas de la ley,

[37] Welsel, H., "Studien zum System des Strafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 58, 1939, p. 546, nota 72.

cabe precisar la extensión del ámbito que la doctrina reconoce al concepto.

Como se ha recordado, hace algo más de un siglo que Carrara extendió la denominación de autor a quien se vale, como de un mero instrumento, de un ejecutor que no obra con voluntad libre e inteligente, ya sea porque se le ha utilizado como un mero cuerpo, caso en el que falta en él a la vez el hombre externo y el interno, ya porque se mantiene ignorante de las circunstancias, es víctima de coacción completa o se halla en estado de irresponsabilidad por cualquiera otra causa, casos en que no concurre el hombre interno. En el primer caso no hay autor, porque no hay acto y, con ello, no hay agente; en el segundo, el ejecutor físico será autor del hecho, pero la condición de autor del delito se desplazará a quien está tras él.[38]

M. E. Mayer, en 1917,[39] enseñaba que "el que ha determinado a un hombre que por motivos jurídicos no puede ser autor a realizar un tipo legal debe ser castigado como autor y designado como autor mediato (o también autor [*Urheber*] intelectual)". Mezger, en 1931,[40] y en trabajos posteriores dice que "se denomina autor mediato al autor que ha causado el resultado a través de un mediador". Welzel, en la undécima edición de su *Lehrbuch*, de 1964, expresa:

> El autor no necesita ejecutar el hecho en todas sus fases por sus propias manos y puede no sólo servirse para ello de instrumentos mecánicos, sino uncir a sus fines el obrar de otro en tanto posea sólo él el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla tradicionalmente aquí de autoría mediata...[41]

Esas formulaciones, espigadas entre muchas de las que ofrece la ciencia para la condición de autor mediato, coinciden en caracterizarla por la intervención de dos personas en relación al hecho, y convienen en que el que materialmente lo ejecuta es un instrumento, mediador o intermediario del cual se ha valido quien se halla tras él. En dos de ellas, además, esto es, en la de Mayer y en la de Welzel, la idea de sojuzgamiento personal en que psíquicamente aparece el mediador respecto de quien lo interpone, es desplazada por una fórmula de contenido más general: la de Mayer presupone la inidoneidad jurídica

[38] Carrara, F., *Programa...*, *cit.*, p. 428.
[39] Mayer, M. E., *cit.*, p. 425.
[40] Mezger, E., *Strafrecht*, 2. Aufl., München und Leipzig, Duncker 8 Humblot, 1933, p. 425.
[41] Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, *cit.*, p. 101.

para ser autor por parte del agente físico y la de Welzel destaca en la relación de ambos sujetos el factor del dominio del hecho por parte del autor mediato. ¿Cómo deben específicamente desplegarse los motivos o causas que hacen del agente físico un mero instrumento o mediador, que lo privan de la idoneidad jurídica para ser autor, o, en fin, que mantienen en el hombre que está detrás el dominio sobre el acto?

En el curso de su evolución, la figura del autor mediato recorre primeramente una fase que podría denominarse tradicional y en que ella surge por tres fundamentales motivos: el error, la coacción y la inimputabilidad del ejecutor material. Éste es, en todas esas situaciones, irresponsable en virtud de causas que enervan su punibilidad por razones psicológicas, en tanto, claro está, el error, la coacción y su falta de imputabilidad acumulen todos los extremos que, en el caso concreto, determinan la exclusión de la responsabilidad.

En una segunda fase de su evolución, la esfera en que surge como posible la responsabilidad de quien está detrás a título de autor mediato experimenta una ampliación en virtud de una inidoneidad jurídica del instrumento, que no estriba ya en razones psicológicas de "ausencia de libertad", sino en otros motivos: ausencia de tipicidad en la acción del ejecutor no cualificado que comete un delito descrito por la ley respecto de sujetos cualificados, o, como en el caso de coacción a la autolesión o al suicidio, y ausencia de antijuridicidad en el instrumento, que obra, por tanto, conforme a derecho o conforme a deber, como en el caso del que mata en legítima defensa a su atacante loco e instigado por el autor mediato, y como en el recordado ejemplo del juez que de buena fe y en cumplimiento de su deber ministerial pronuncia sentencia injusta en contra de una persona sobre el mérito de probanzas falsas urdidas o forjadas por el autor mediato.

Las aludidas situaciones, que configuran la firme esfera que se concuerda en reconocer a la teoría del autor mediato, abren, pues, curiosamente una ventana al panorama de las características del delito y muestran que la deficiencia de cada una de ellas, desde el punto de vista del ejecutor físico, va generando las diversas situaciones en que la figura del autor mediato puede presentarse, y esa circunstancia conduce al explicable afán de conceder sistematización a esta teoría en consonancia con el propio sistema del delito, aunque no todos los que se han ocupado del asunto escojan esta vía de ordenamiento y exposición. Interesa, sin embargo, dar cuenta de los esfuerzos más importantes en tal sentido en cuanto contribuyen al reconocimiento del

fundamento que se halla tras cada una de las situaciones en que se da jurídicamente la figura del autor mediato.

10. M. E. Mayer, en un breve pasaje dedicado al asunto, individualiza esos fundamentos en el siguiente orden: *a*) inidoneidad del ejecutor por no satisfacer la determinación modal de la acción, esto es, por no poseer en su persona las características exigidas por el tipo en el sujeto; *b*) ausencia en el ejecutor de la culpabilidad, sea que falte en él la imputabilidad, que lo cubra una causa de exclusión de la culpabilidad o que no haya obrado con la especie de culpabilidad requerida por el tipo, y esto último concebido a su vez como desplegando dos situaciones completamente diversas: aquella en que, por ejemplo, el agente físico realiza con culpa la acción que sólo es imputable a título de dolo, y aquella en que, obrando el agente dolosamente, no obra sin embargo con el dolo que es esencial para la figura de que se trata, lo que en concepto de Mayer debe comportar su castigo como cómplice, y esa situación se ilustra con el conocido ejemplo del peón que trae las gallinas del vecino a la granja de su patrón por orden de éste, ejemplo debido a Allfeld, donde, en el concepto de Mayer, el peón es instrumento doloso del campesino por no haber actuado con intención de apropiación, mientras el campesino debe responder por hurto. Mayer previene, sin embargo, contra una falsa generalización de este caso, haciendo notar que el que hurta poseyendo de antemano la intención de transferir después lo hurtado por donación, permuta o venta, debe ser castigado como autor.[42]

Podrá percibirse que en el sistema de Mayer la figura del autor mediato se genera por deficiencias de la tipicidad (sujeto no cualificado o acción carente de un elemento subjetivo del tipo), por ausencia de culpabilidad (inimputabilidad, ausencia de dolo o existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad), mas no por la acción de un agente que obra conforme a derecho.

Eberhard Schmidt, autor de una monografía sobre el autor mediato incluida en el homenaje de la ciencia penal alemana a Reinhard Frank (1930) y colaborador en el Tratado de v. Listz, que alcanzó la edición vigésima sexta en 1932, fundamenta la figura del autor mediato en relación a la ausencia de dolo y se preocupa de puntualizar que también aquellos casos en que, respecto del tipo de delito de que se trata, faltan en el agente los elementos que integran la realización antijurídica de él, desaparece el dolo, en cuanto él presupone, como forma de la culpabilidad, la conducta antijurídica. Esto determina a

[42] Mayer, M. E., *cit.*, p. 379.

Schmidt a excluir por completo de la teoría al llamado instrumento doloso.[43] Los diversos casos singulares en que se da la figura del autor mediato reconocen, en consecuencia, dos grandes fundamentos: *a)* ausencia de dolo en el intermediario, desde el estricto punto de vista de la culpabilidad, y *b)* ausencia de dolo en él en cuanto, a su respecto, la acción desplegada no puede reputarse antijurídica en el sentido del tipo legal aplicable *en concreto*. El primer fundamento señalado sub *a)* comprende la inimputabilidad, el error que excluye el elemento psicológico del dolo, así se siga de ello la responsabilidad por culpa o la irresponsabilidad completa, y la ausencia del elemento normativo del dolo en virtud de coacción, estado de necesidad exculpante, orden jurídicamente vinculante y ausencia de exigibilidad del comportamiento lícito. El segundo fundamento señalado sub *b)* comprende, en primer lugar, la determinación a una conducta que es prohibida al inductor, mas no al agente físico, sea éste imputable o no, como es el caso del suicidio, y en segundo lugar, la situación del llamado "instrumento doloso", pues, concibiendo Schmidt el dolo como una referencia valorativa negativa por la disposición anímica interior de un hombre respecto de una forma de conducta que le está prohibida en cuanto miembro de una comunidad gravada por deberes, no puede *en ese y solo sentido* hablarse de dolo respecto del agente físico del hecho. En consecuencia, el funcionario a cargo de un documento que determina a un no funcionario a falsificarlo, es autor mediato del correspondiente delito a través de un "instrumento doloso sin cualificación" que en verdad no es tal, ya que no obra antijurídicamente y, por tanto, sin dolo en el sentido antes indicado,[44] e, igualmente, el que determina a otro a sustraer una cosa mueble sin que exista en él ánimo de apropiársela, comete como autor mediato el delito de hurto valiéndose de un "instrumento doloso sin intención" que, en verdad, tampoco obra con dolo, como en la situación anterior del instrumento, pues falta el elemento previo de la antijuricidad de su conducta en cuanto él ha carecido del *animus rem sibi habendi*.[45]

Así, podrá verse que para Schmidt, quien reproduce el cuadro aquí reseñado de las situaciones de autoría mediata en la edición 26a. del Tratado de v. Listz,[46] todo él se despliega en torno de la falta de dolo

[43] Schmidt, E., "Die mittelbare Täterschaft", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Mohr, Tübingen, 1930, Bd. II, pp. 123 y 124.

[44] *Idem*, p 126.

[45] *Idem*, p 127.

[46] Listz, F. V., y E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 26. Aufl., 1932, pp. 327-330.

por vía principal (sub 1*a*) o por vía consecuencial (sub 1*b*). Queda fuera solamente la hipótesis de determinación a un delito de un agente que obra conforme a deber o conforme a derecho y que, dadas las premisas de que Schmidt parte, debería entenderse comprendida en el cuadro.

Mezger, en el Tratado de 1931, ofrece un cuadro por demás simple de las situaciones de autoría mediata. La primera situación es la de quien ha causado el resultado sirviéndose de una persona que no actúa típicamente y que por ello no es punible, a pesar de haber obrado antijurídicamente. (Mezger, dicho sea de paso, no admite la figura del autor mediato resultante de la determinación a quien obra conforme a derecho.) Sin ilustrar este primer enunciado general con ejemplos que aclaren su alcance, incluye a seguido en él al denominado "instrumento que obra dolosamente, pero sin intención". La segunda situación es la de quien determina a una persona que obra sin culpabilidad, sea porque es inimputable, porque no se dan en ella el dolo o la culpa o porque la favorece una causa de exclusión de la culpabilidad. La tercera y última es la de quien se ha servido de un no cualificado para cometer un delito especial.[47]

De esta forma, del sistema de Mezger, sólo queda ausente la figura del autor mediato que utiliza a un instrumento que obra conforme a derecho.

En la concepción de Welzel sobre el autor mediato, fundamentada primero en sus célebres *Studien zum System des Strafrechts* (1939) y reproducida en lo esencial en la última edición de su *Lehrbuch*, cabe distinguir las siguientes situaciones en que es posible reconocer la figura del autor mediato: *a)* señorío singular del hecho por la utilización de un tercero que obra sin dolo, para la cual puede ofrecerse el ejemplo clásico de la enfermera dolosamente inducida a aplicar una inyección cuyo contenido mortífero ignora; *b)* superior señorío del hecho por la utilización de un tercero que obra sin libertad, sea por coacción, por carencia de voluntad (enfermos mentales y niños) o por la intimación de una orden antijurídica del superior militar, y *c)* calidad de autor mediato de un cualificado por utilización de un no cualificado. Como cuestiones susceptibles de especial discusión en el ámbito de la doctrina del autor mediato propone, en primer lugar, la posible figura del autor mediato por interposición de un agente que obra conforme a derecho y, en segundo lugar, el alcance que pueden tener para la figura del autor mediato los fundamentos de las doctrinas

[47] Mezger, E., *cit.*, pp. 426-436.

sobre el autor que no se fundan en el factor aportado por Welzel al llamado señoría o dominio del hecho (*Tatherrschaft*).[48]

Especial mención merece el despliegue sistemático que efectúa Maurach[49] de los casos que hacen surgir la figura del autor mediato, por la medida en que reflejan la vocación de sistema de ese jurista y por el cuadro conjunto de extrema coherencia en que aparecen dispuestos los conceptos utilizados por la doctrina finalista de la acción.

El alcance de la condición de autor mediato lleva a Maurach a distinguir las hipótesis: *a)* de actuar no típico del instrumento, *b)* de actuar ajustado a derecho del instrumento y *c)* de afirmación de la condición de autor mediato sin que medie la responsabilidad del instrumento por su acto.

En la primera situación, esto es, en el actuar no típico del instrumento, cabe distinguir los casos en que se dan defectos en el tipo objetivo, a saber: el uso del llamado instrumento doloso sin calificación, el uso de un instrumento que hace aparecer el acto como carente de la dirección típica de ataque (inducción por amenazas a acusarse a la policía por un delito no cometido), y la inducción a la autolesión o al suicidio. A continuación de tales casos están, siempre dentro de la primera situación, los defectos en el tipo subjetivo, originados en la carencia en el instrumento de las especiales direcciones volitivas exigidas por la ley (inducción a tomar una cosa mueble que el agente no sabe ajena, inducción del médico a la enfermera que nada sospecha a practicar supuestas acciones terapéuticas sobre un paciente para la excitación sexual del inductor), y los originados en el error de tipo en el instrumento que, por tanto, obra sin dolo.

En la segunda situación, vale decir, la caracterizada por el actuar ajustado a derecho del instrumento, caben de lleno los casos en que éste obra en legítima defensa contra un ataque injusto provocado por el hombre que está detrás otros semejantes.

En la tercera situación, es decir, aquella en que el instrumento obra sin responsabilidad, caben todos aquellos casos que es posible reconducir al concepto de coacción excluyente de la responsabilidad.

El sistema presentado por Maurach se ciñe en forma muy estricta al orden de las características del delito y corresponde muy consecuentemente a la doctrina finalista de la acción de que es adepto. Puesto que dicha doctrina postula —como es sabido— la inclusión del dolo en el tipo y la escisión de éste, para propósitos heurísticos y sistemá-

[48] Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht, cit.*, pp. 102-106.
[49] Maurach, R., *cit.*, p. 495.

ticos, en una parte objetiva y en una parte subjetiva, es perfectamente coherente iniciar la exposición de los diversos casos de autor mediato por las situaciones de actuar no típico del instrumento y, dentro de ellas, por aquellas que importan defectos del tipo objetivo y, luego, defectos en el tipo subjetivo. Ello autoriza para tratar después la figura de autor mediato surgida por ausencia de antijuricidad y sólo en seguida las que, presuponiendo la tipicidad y la antijuricidad, derivan de que la acción del instrumento no es reprochable. Poco importa, respecto de estas últimas, la posición peculiar de Maurach respecto de la culpabilidad, escindida en su sistema en los conceptos de responsabilidad por el hecho y reprochabilidad.

Parece útil reseñar todavía los sistemas de exposición adoptados para los casos de autor mediato por dos monografías que, si bien no tienen por objeto central el estudio de esa doctrina, no pueden, sin embargo, prescindir de ella para desarrollar ideas que le están íntimamente vinculadas. Una es la extensa y rica disertación de Roxin sobre la calidad de autor y el dominio del hecho (*Täterschaft und Tatherrschaft*), aparecida en 1963,[50] y la otra es la tesis de habilitación de F. Ch. Schröder sobre el autor tras el autor (*Der Täter hinter dem Täter*) publicada en 1965.[51] Ambos trabajos prescinden de desplegar propiamente un sistema de los casos en que surge la figura del autor mediato y atienden de manera directa al factor en cuya virtud un sujeto que no comete el hecho interpone un agente para ejecutarlo.

Así, en la disertación de Roxin dedicada al señorío o dominio del hecho, se intenta una tricotomía cuyas secciones son "el dominio de la acción" (*Handlungsherrschaft*), donde se estudia el dominio del hecho implícito en la directa realización del delito por el autor; el "dominio de la voluntad" (*Willensherrschaft*), consagrada al dominio que ejerce sobre el hecho el sujeto que se vale de otro para cometer el delito, y el "dominio funcional del hecho" (*funktionelle Tatherrschaft*), dedicada a los casos de intervención activa en la realización del delito en que la acción típica es practicada por otros (coautores). De esas tres secciones, la segunda es la que abraza de lleno las situaciones en que se despliega el concepto de autor mediato, y que son tratadas, no en relación al sistema de los elementos del delito y al modo en que la ausencia de una de sus características concede al agente la condición de instrumento de otro, sino en referencia a los factores, fenómenos o procesos por los cuales el ejecutor llega a investir tal calidad

[50] Roxin, C., *cit., passim.*
[51] Schröeder, F-Ch., *cit., passim.*

de instrumento. Para la dilucidación de la moderna idea del dominio del hecho se le estudia en esta sección en relación a la coacción, en relación al error, en relación al empleo de personas inimputables y, por último, en relación a lo que representa un aporte original de Roxin, la fungibilidad (*Fungibilität*) del ejecutor para aparecer como instrumento de quien se halla tras él en el marco de aparatos de poder organizados (Gestapo, servicios organizados para el espionaje, etcétera).

En el trabajo de F. Ch. Schröder, cuyo objeto es el muy moderno concepto de "autor tras el autor" (a que se aludirá adelante), no puede menos de exponerse y analizarse la doctrina del autor mediato, que es la fuente de donde dimana el problema que da el nombre a la obra; pero, por lo mismo que en ella no se pretende hacer de esa doctrina el tema central, se exponen los diferentes casos en sucesión no sistemática ni por sus fundamentos ni por su correspondiente impostación en las características del hecho punible.

11. No es, por cierto, el modo de exposición de estos dos últimos trabajos el que debe adoptarse si se trata de examinar el concepto de autor, y con ello el de autor mediato que contribuye a integrarlo, en el marco general de sus implicaciones dogmáticas. La elección debe hacerse sobre dos caminos posibles: el primero es el de acordar el tratamiento metódico del asunto al despliegue sistemático de los elementos del delito, ateniéndose a su contenido y secuencia para indicar los casos en que, por defecto de la característica respectiva en la persona o acto del ejecutor material, transfórmase éste en mero instrumento del inductor; el segundo es el de superar esa norma para inquirir los criterios materiales en cuya virtud surgen las diversas situaciones susceptibles de ser reconducidas a la noción de autor mediato. El primer camino parece preferible, pues, aunque el concepto de autor mediato no surge de volver al revés el lienzo de los elementos del delito en términos de identificar a aquél con la faz negativa de la infracción penal, el análisis de cada situación a la luz del elemento del delito que en la especie no porta consigo el mero agente físico es ya más de un indicio del fundamento material subyacente a su condición de instrumento. El sistema de las características del delito es mucho más que un esquema ordenatorio discurrido convencionalmente para disponer una materia caótica; es, en fin de cuentas, el orden que emana de la cosa misma y el modo coherente de hacer explícita o dejar implícita la razón de que sea así, y no de otra manera. Si en el sistema de la culpabilidad la coacción acarrea la disculpa porque no

es dable reprochar a un sujeto lo que decide hacer y hace privado de su libertad moral, se ha obtenido de antemano la razón para tener al que la sufre como mero instrumento de quien la ejerce.

Ahora bien, el sistema que mejor parece mostrar la coherencia de los conceptos que entraña la infracción penal, es el que mantiene dentro del tipo de lo injusto en los delitos dolosos la parte objetiva y la subjetiva de la acción, reservando a la antijuricidad el carácter de un juicio desvalorativo que sobre ella hace recaer el ordenamiento jurídico en su conjunto, y a la culpabilidad el de un juicio de reproche dirigido al autor por no haber conformado a la norma que podía y debía observar, su actuar antijurídico.[52] La adopción de este sistema acarrea consigo, por lo que hace al análisis del concepto de autor mediato y a su alcance, que se examinen sucesivamente los casos en que, por defecto en el agente material de los extremos que hacen a la parte objetiva y subjetiva del tipo, a la antijuricidad y a la culpabilidad, él aparece como instrumento de otro que en tal carácter lo utiliza. Y ello aunque la cohesión interna de los elementos de la infracción torna a menudo difícil un desmenuzamiento estricto, y por otra parte innecesario, de esos elementos, en términos de adscribir siempre al correspondiente sector del sistema el factor ausente implicado en un caso dado de autor mediato.

12. La exposición de los diversos casos que hacen aparecer la figura del autor mediato debe orientarse primero hacia aquellos en que surge por defectos en la parte objetiva y en la subjetiva del tipo, seguir luego con los que deben reconocer una deficiencia en la antijuricidad del acto ejecutado por el agente puramente material, y concluir con aquellos que exhiben en ese acto la carencia de los factores que constituyen el juicio de reproche de la culpabilidad.

Sin embargo, antes de iniciar esa tarea —que rebasa los límites de este escrito—, es sobremanera oportuno poner de resalto que cuanto se lleva dicho acerca de las diversas situaciones que conforman la aparición de la figura del autor mediato, presupone la ausencia de responsabilidad criminal en el instrumento, sea porque su acción no es típica en virtud de no darse en ella ciertas características típicas atinentes al sujeto activo, a la acción misma o a la dirección de ataque, a los llamados elementos subjetivos de la figura y el dolo; sea porque su acción no es antijurídica, sino conforme a derecho; sea, en fin, porque la acción no puede serle reprochada (inimputabilidad, etcétera). Es esa la posición, digamos, tradicional, hasta donde algunos

[52] Welzel, H., "Studien zum System des Strafrechts", *cit.*, pp. 47-49.

modernos autores finalistas puedan suponerse ya nimbados también por la tradición. Variados textos ya transcritos dejan esa posición absolutamente de manifiesto, y más modernamente el propio Welzel, desde su escrito de 1947, la afirma de manera rotunda en el siguiente pasaje que se cita con mucha frecuencia: "El autor mediato sólo es posible si el agente inmediato es un 'instrumento', ello es, si falta en él una de las características generales o especiales de autor. La calidad de autor mediato a través de un agente inmediato que es él mismo autor es un sin sentido (*ein Unbergriff*)."[53] Cabe preguntarse, antes de continuar, si esa aseveración no es digna de controversia.

13. Por discutible la tienen los sostenedores de la moderna idea del "autor tras el autor" (*der Täter hinter dem Täter*), conforme a la cual en el contexto en que un hombre determina a otro al delito excediendo el límite de la instigación propiamente dicha, puede darse la relación por cuya virtud el instrumento agente satisface, sin embargo, todos los requerimientos de que el derecho hace depender la condición de autor, y de autor responsable, con lo cual los sujetos sometidos a la punibilidad pasan a ser dos: el autor que realiza el hecho y el autor que está tras él, esto es, el autor tras el autor.[54]

La idea del autor tras el autor puede aparecer a primera vista sorprendente, pero lo es menos si se atiende a algunos de los varios casos a que se persigue hacerla aplicable. En diversas fechas y con ocasión de diferentes investigaciones o fallos, la doctrina y la jurisprudencia alemanas fueron sacando a luz episodios delictivos en que, por una parte, el inductor aparecía como autor mediato y no como instigador, y el ejecutor, por otra, como un agente al cual no podía relevarse de responsabilidad criminal. En unos ejercicios de derecho penal y derecho procesal penal, Alexander Graf zu Dohna presentó en 1929 al siguiente ejemplo docente:

> Fuchs se entera que los miembros de una organización secreta a la cual ha traicionado quieren acecharlo cierta tarde en el sitio por donde ha de pasar en su caminata cotidiana, para darle muerte. En la adopción del acuerdo tomado por la organización había intervenido sobre todo un cierto Luchs, mientras Schütz se había ofrecido para ejecutar el hecho. Luchs había asediado vanamente desde hacía largo tiempo a una señorita Lind con solicitudes amorosas, hecho de que Fuchs se hallaba en conocimiento. En esas circunstancias, Fuchs envía a Luchs un telegrama que suscribe

[53] *Ibidem.*
[54] Schröeder, F-Ch., *cit.*, p. 15.

con el nombre de la señorita Lind y en que ésta aparece citándolo al lugar y en la fecha y hora en que Schütz deberá efectuar el ataque planeado. Luchs acude a ese punto en la noche prevista y es alcanzado por el proyectil de Schütz.[55]

Schröder, quien trae a colación este ejemplo de Graf zu Dohna, previene que su autor no ofrece solución al problema; pero en este instante interesa menos esa circunstancia que el modo como este ejercicio didáctico pone de relieve la improcedencia de parificar ontológicamente la conduca del instigador a la del autor mediato y la posibilidad de que este último sea tal, no obstante la plena responsabilidad que cabe al autor inmediato.[56]

Muchos otros casos de variada contextura vienen a alinearse, en el concepto de los que sostienen la doctrina del autor tras el autor, junto al que acaba de ofrecerse y que es frecuentemente caracterizado como de "utilización del ya decidido al hecho". En el plano de las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido lato, Maurach menciona el de la mujer casada, psíquica y sexualmente subyugada por el amante, que valiéndose de este nexo indestructible, la determina por amenazas que no alcanzan a constituir coaccción a matar al marido.[57] Se cita la inducción al delito ejercida sobre personas que presentan imputabilidad disminuida, mente primitiva, pasión inmoderada de celos, ira, odio, desesperación, debilidad mental, personalidad primitiva e indiferente, débil desarrollo volitivo, carencia de frenos inhibitorios y de inteligencia, etcétera.[58] Se alude a la determinación al delito de otro que, si bien no se halla favorecido por las disposiciones del estado de necesidad exculpante, se ve constreñido, sin embargo, a cometer el delito, como quien jura en falto a favor de su empleador que lo amenaza con el despido si procede de otro modo, o como el campesino que consiente en prestar refugio al delincuente que lo amenaza con la destrucción de algunos de sus bienes.[59] En un orden de ideas diferente y ya con la autoridad de Binding, se sostiene que el sicario, o sea el que ha arrendado sus servicios como homicida es un agente inmediato responsable del autor mediato que le paga.[60] Se señala, además, la inducción que, sin consistir en una comunicación espi-

[55] *Idem*, p. 111.
[56] *Idem*, p. 143.
[57] Maurach, R., *cit.*, p. 495.
[58] Schröeder, F.-Ch., *cit.*, p. 121.
[59] *Idem.*, p. 124.
[60] *Ibidem.*

ritual entre inductor e inducido, se expresa en que el primero simula una situación que, según quiere o prevé, impulsará al segundo al delito, como sería el caso del ejemplo inmortal de Otello menos la faena persuasiva de Yago y su sustitución por el episodio del pañuelo de Casio. Bockelmann ofrece un caso semejante para ceder ante la doctrina del autor tras el autor.[61] Y podrían señalarse todavía muchos otros.

En nuestro concepto, no es dable prescindir en un tratamiento del autor mediato del autor tras el autor, y es forzoso ocuparse de la casuística ya muy rica en que se ha originado. En ocasiones, los ejemplos discurridos por la doctrina se originan en situaciones que colindan con los fundamentos de la figura de autor mediato propiamente dicho, y parece propio estudiar tales casos luego de analizar las correspondientes situaciones de la genuina condición de autor mediato. En otras, como el ejemplo de Dohna y el que terminó de convencer a Paul Bockelmann, la cuestión deriva de otro origen, y aunque en razón de ella resulte entonces difícil subordinarlas a un sistema, conviene hacer de su conjunto un apartado especial, después de los casos de autor mediato propiamente dicho.

Hasta aquí esta introducción a la figura del autor mediato, incorporada al Código Penal mexicano (artículo 13, fracción IV) por la reforma de 12 de enero de 1984.

[61] *Idem*, p. 162.

POSGRADO EN DESARROLLO AGRARIO

Ramón Vicente CASANOVA *

Alto honor me brinda la posibilidad de colaborar en el libro homenaje dedicado al doctor Héctor Fix-Zamudio, magnífico profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México y uno de los más distinguidos de América Latina. A él dedico estas páginas con especial afecto.

SUMARIO: I. *Objetivos y justificación del posgrado.* 1. *Descripción de las áreas de especialidad y de los campos de aplicación.* 2. *Justificación de la importancia del posgrado desde el punto de vista técnico y económico. Su relación con la problemática venezolana.* 3. *Objetivos del posgrado.* II. *Estructura académica.* III. *Diseño curricular.* 1. *Diseño curricular en derecho agrario y desarrollo agrario.* 2. *Opciones del posgrado.*

El Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria dicta un posgrado en desarrollo agrario. A éste asisten economistas, agrónomos, sociólogos, humanistas y abogados. Como información, se reproducen los objetivos, la justificación y el diseño curricular.

I. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN DEL POSGRADO

1. *Descripción de las áreas de especialidad y de los campos de aplicación*

A. Especialidad en derecho agrario

a) El punto de partida de esta especialidad es la concepción del derecho agrario no sólo como un limitado cuerpo normativo de la *actividad agrícola* —a la manera ortodoxa y tradicional— o como un aparato jurídico asociado a la reforma agraria —a la manera pro-

* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria (Mérida-Venezuela).

pagada en América Latina en el ciclo desarrollista de los años sesenta—, sino como el derecho por excelencia de los recursos naturales renovables (suelos, aguas, fauna y flora). Esta concepción conservacionista del derecho agrario —que se inspira en las mismas líneas de orientación de la más moderna legislación venezolana de defensa ecológica— es aquella que persigue tanto la racionalización y equilibrio en las relaciones entre el hombre y su medio ambiente, como la reorientación de las economías de uso de la tierra y de la totalidad de bienes, materiales e inmateriales, que la constituyen.

Tal criterio inspira la programación de las dos grandes áreas u opciones del programa: la del derecho agrario y la del desarrollo agrario.

b) La protección de la naturaleza y la racionalización y democratización de su uso hacen indispensable examinar críticamente el proceso de desarrollo tal como existe —en sus objetivos, en sus métodos y en sus experiencias—, ya que éste ha originado una degradación y una malversación de los recursos naturales renovables. De lo que ahora se trata, no es de proteger al hombre de la naturaleza, sino de proteger a la naturaleza del hombre, instaurando entre hombre y ambiente un nuevo régimen de relaciones y de equilibrio: dentro de este nuevo régimen de relaciones, no sólo se estiman los factores económicos y culturales, sino también aquellos que constituyen un patrimonio de bienes inmateriales como el paisaje, el espacio abierto, el aire puro, el verdor, el silencio.

c) Para responder a esta línea de preocupaciones en el mundo contemporáneo, se ha generalizado la fórmula de *desdensificar, descentrar y democratizar* el espacio; de aplicar normas conservacionistas; de vegetalizar y embellecer el paisaje y de hacer florecer la naturaleza con el objeto finalista de mejorar la calidad de la vida humana.

d) Las políticas, las normas o las prácticas de explotación de los recursos naturales renovables que han originado su destrucción o menoscabo, así como el desequilibrio ecológico, tienen que ser revisadas de acuerdo con un nuevo derecho a la naturaleza, el que ha de expresarse en la facultad de disfrutar de aire puro, de aguas claras, de espacios abiertos, de bellezas naturales y de áreas verdes.

e) Con estos nuevos elementos se ha transformado el ámbito del derecho agrario, extendiéndose desde las relaciones de tenencia y uso de la tierra hasta las amplísimas relaciones con la naturaleza, en orden a regular la relación hombre-espacio físico comprendiendo en éste al conjunto de recursos naturales renovables.

f) Es ésta la orientación que inspira la especialidad en derecho agrario, dentro del programa de posgrado, y que persigue la formación de especialistas en esta área específica del derecho, radicalmente diferenciada de las áreas clásicas: civil, mercantil y penal.

g) No obstante que los abogados que optan por esta mención deben adquirir una sólida formación profesional —que los capacite para la administración de los procesos judiciales agrarios o para los diversos servicios de cooperación, de crédito, o de comercialización—, deben también formarse en la filosofía humanista del actual derecho agrario y en la comprensión de todas aquellas cuestiones que inciden decisivamente sobre el desarrollo de la sociedad venezolana, como son las relaciones con la función social de la propiedad, el dominio eminente de la nación sobre el espacio, la socialización de la naturaleza, el acceso a la cultura tecnológica, la distribución y empleo de los recursos, las formas organizativas agrarias, la distribución del ingreso y la participación en la economía de mercado. Sin la comprensión científica de ese conjunto de elementos no podrían los profesionales que requieren los servicios del posgrado disponer de esa capacidad, que les permita formular correctamente los problemas que actualmente afronta la sociedad venezolana, en particular el sector agrario y el campesinado, y participar eficazmente en su adecuada solución.

B. Especialidad en desarrollo agrario

a) La experiencia adquirida en el primer curso de posgrado demostró que, si bien tenía una importancia fundamental para la actualización y desarrollo del derecho agrario —en sus diversos campos de aplicación, a través de la judicatura o de las áreas cada vez más complejas del ejercicio profesional— en la programación del curso para abogados, era absolutamente necesario ampliar su campo de operación, comprendiendo a profesionales vinculados a diversos aspectos del desarrollo agrario, como los economistas, los sociólogos, los antropólogos, los ingenieros agrónomos y forestales, etcétera.

Esta nueva formulación del posgrado se fundamenta en tres consideraciones esenciales:

I. La de que uno de los objetivos estratégicos de un programa debe ser el de capacitar a los profesionales para investigar científicamente los problemas del desarrollo venezolano y para participar eficazmente en su adecuada solución.

II. La de que cualquier programa de posgrado —como el ya impartido en derecho agrario— no es o no debe ser una repetición de los estudios profesionales de pregrado, sino una instancia superior del conocimiento que requiere de una formación interdisciplinaria (jurídica y científica), y

III. La de que los programas de desarrollo global o de desarrollo agrario que trazan y ejecutan la sociedad y el Estado venezolanos, exigen la concurrencia, simultánea, de diversos tipos de profesionales del derecho, la economía, la sociología, la antropología y las ciencias agrícolas y forestales.

b) El mencionado requerimiento de *ampliación del posgrado a nuevas áreas profesionales y de formación interdisciplinaria* corresponde a un proceso histórico de la sociedad venezolana en que se ha realizado la nacionalización del petróleo, en que se han conquistado nuevas fases en el proceso de industrialización sustitutiva; en que se ha acelerado la urbanización y la metropolización a ritmos excepcionales en América Latina; en que se ha efectuado una rapidísima expansión del mercado interno y en que se ha modificado radicalmente la naturaleza y el papel de la agricultura (en su más amplia acepción sectorial) y del campesinado. El hecho incontrovertible es el de que se ha definido un *nuevo problema agrario de Venezuela,* ni siquiera comparable al existente en el momento en que se expidió la Ley de Reforma Agraria actualmente en vigencia.

c) Venezuela enfrenta una peligrosa crisis de crecimiento desbordado y de graves desajustes sociales. Mientras de una parte se registra un notable y excepcional avance en términos de elevado ingreso por habitante y de alta tasa de inversión por habitante, de otra se observa que la industrialización ha sido incoherente y débil, que los patrones de distribución social del ingreso nacional continúan siendo injustos y regresivos, que la marginalidad social ha ido comprendiendo significativas proporciones de la población activa y que la malversación o subempleo de los recursos naturales renovables y no renovables adquieren perfiles alarmantes.

d) Este acervo de problemas y de expresiones del subdesarrollo exige la formación de nuevos cuadros de profesionales que puedan participar eficazmente en los nuevos procesos de reforma agraria, de desarrollo agrario, de cambios tecnológicos, de industrialización, de desconcentración económica, de reordenamiento urbano, de transformación de los aparatos del Estado, de mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad venezolana en su conjunto. Mal puede plan-

tearse la exigencia del cambio en la estructura agraria, en el ordenamiento empresarial, en las condiciones de organización y de vida del campesinado, sin la correspondiente formación de profesionales calificados para la investigación y conducción de semejante proceso.

e) A grandes rasgos, en este esquema se han sintetizado los objetivos y los factores que determinan la orientación de las dos grandes opciones del posgrado en desarrollo agrario (para todo tipo de profesionales universitarios) y en derecho agrario (para abogados exclusivamente).

C. Justificación de las áreas de especialización

a) El posgrado en derecho agrario se ha iniciado en el momento en que no sólo ha hecho crisis —por desajuste del cremiento acelerado— el modelo de reforma agraria adoptado legalmente en 1960, sino en que ha tomado cuerpo el problema de la destrucción de los recursos naturales renovables y no renovables y de la degradación ecológica.

b) Si bien el modelo de reforma agraria ha logrado introducir importantes cambios sociales y tecnológicos en el campo venezolano, asentando a cerca de 150,000 familias campesinas, ni ha podido resolver el problema de la organización productiva y empresarial del campesinado, ni ha logrado adecuarse a las condiciones y exigencias del desarrollo urbano e industrial, ni ha podido aminorar la creciente carga financiera de la importación de alimentos y productos sustituibles. Es de público conocimiento que una de las razones de la crisis del modelo de reforma agraria adoptado por el legislador de 1960, es la de que se ha circunscrito —pese a los notorios esfuerzos del Estado— a ciertos aspectos de la tenencia de la tierra, dejando de lado los problemas relacionados con los bosques, los suelos, las aguas y la fauna silvestre —esto es, el complejo de recursos naturales renovables— así como los aspectos relacionados con la formación de una nueva estructura productiva y de un nuevo sistema de relaciones con la economía de mercado.

c) Esta diversidad tan compleja de problemas, determina tanto la necesidad de una formación académica interdisciplinaria como una rápida ampliación del posgrado a nuevas áreas profesionales.

d) En el campo del derecho, la reforma agraria ha promovido importantes cambios constitucionales: uno de los más recientes —y de mayor trascendencia— es la creación de la jurisdicción agraria. Pero

estos avances deben estar acompañados con una modificación, integración o ajustes de la legislación existente, hasta que ésta constituya un sistema totalista y orgánico. Precisamente, el Instituto —por encargo del gobierno nacional— elaboró y presentó un Proyecto de Ley Orgánica Agraria, el 2 de febrero de 1978.

e) La urgente necesidad de reajustar, integrar y desarrollar el derecho agrario y de promover un cambio profundo en la organización del aparato productivo en la conformación de un nuevo sistema de empresa campesina, en la redistribución del ingreso agrícola y en la profunda modificación de las condiciones de vida del campo venezolano, determina la orientación —teoría y práctica— de las especialidades en derecho agrario y desarrollo agrario.

2. *Justificación de la importancia del posgrado desde el punto de vista técnico y económico. Su relación con la problemática venezolana*

A. Necesidad de un nuevo modelo de desarrollo

a) Venezuela ha demostrado, en pocos años, la absoluta insuficiencia del modelo tradicional de crecimiento económico, expresado cuantitativamente en la tasa del producto o de la inversión por habitante. Su experiencia histórica —evaluada por los más eminentes valores de la ciencia social venezolana— ha servido para demostrar que el país ha podido *crecer* pero no *desarrollarse*. El crecimiento es una noción simple y lineal que resulta de relacionar —estadísticamente— producto o inversión con población, mientras el desarrollo implica una transformación global y conjunta de las condiciones de vida de la sociedad venezolana, en sus diversos aspectos económicos, culturales, sociales y políticos. El desarrollo presupone cambios estructurales profundos, crecimiento armónico de los diversos sectores de la economía, plena y racional utilización de los recursos existentes (humanos, físicos, culturales, financieros), justa distribución del ingreso nacional y mejoramiento sistemático de la calidad de la vida para todos los componentes de la sociedad venezolana.

b) En el orden agrario, el desarrollo implica una adecuada distribución de la propiedad sobre la tierra, un uso racional de los recursos naturales renovables (tierras, aguas, bosques, fauna), una eficaz preservación de los factores ambientales o ecológicos, una organización

coherente de la actividad productiva, un nuevo ordenamiento empresarial de los asentamientos campesinos, una justiciera redistribución del ingreso agrícola y un diseño audaz de los mecanismos de relación con el sistema nacional de mercado. Desde luego, esta formulación del desarrollo agrario implica también un cambio de orientación en el proceso de industrialización, en cuanto se parte de la necesidad de que las propias unidades agrarias se organicen para la transformación industrial y la agregación de valor a los productos agropecuarios.

c) La validez de estos planteamientos resulta casi inobjetable, si se reflexiona sobre el hecho de que Venezuela no es aún un país desarrollado pese a sus excepcionales condiciones históricas, a su riqueza petrolera, a su rápida industrialización, a la elevada tasa del producto por habitante, a la notable acumulación de recursos financieros, al enorme ingreso originado en las exportaciones y a la acelerada expansión de los aparatos educacionales.

d) El subdesarrollo agrario se ha expresado en un gran retraso sectorial en relación con el crecimiento de los restantes sectores de la economía nacional y en el progresivo deterioro de las condiciones de organización, de trabajo y de vida del campesinado, pese a los esfuerzos desplegados por la reforma agraria, a la creciente actividad inversora del Estado y a la formación de grandes contingentes de profesionales en las líneas del derecho, de las ciencias sociales o de las ciencias de la naturaleza. Es innegable la repercusión —económica y social— de haber asentado aproximadamente a 150,000 familias campesinas: pero frente a este hecho debe reflexionarse sobre el problema de que los avances de la capacidad productiva han resultado demasiado lentos, demasiado costosos y demasiado insuficientes en relación con los acelerados procesos de urbanización, de concentración básica, de expansión del mercado interno y de exigencia de nuevas condiciones de vida para el campesinado y para las clases trabajadoras vinculadas al sistema urbano-industrial.

B. Los recursos humanos y la variable tecnología en el proceso de desarrollo

a) Dentro del cuadro de los factores que inciden más negativamente en el proceso de desarrollo, es necesario detenerse en el análisis particular de uno de ellos: el relacionado con la subutilización de los recursos humanos, sin olvidar que con este hecho se vincula la subutilización de otros factores.

En la mayoría de las veces, se trata de una cuestión de subcapacitación de los recursos humanos. El problema abarca desde los trabajadores menos calificados hasta los más altos especialistas provistos de los más refinados conocimientos y de la más amplia capacidad de investigación en las respectivas disciplinas técnicas, científicas y humanísticas que por falta de un coherente, metodizado e interdisciplinario ejercicio de su actividad —en términos que permita la eficaz aplicación de sus conocimientos a la investigación, diagnóstico y solución de la problemática nacional—, ven frustrados sus esfuerzos y aspiraciones, limitándose su posibilidad a la simple acumulación de conocimientos.

b) Es necesario también considerar que el subempleo de recursos humanos es a la vez causa y efecto de la dependencia tecnológica. Es causa, porque de no implantarse en gran escala la investigación científica y la consiguiente creación de una tecnología propia, existiría siempre la necesidad de importar recursos tecnológicos foráneos, y es efecto, porque debido a la política de importación —en esa misma escala— de tecnología originada en otros países, los investigadores no pueden responder al reto de aplicar sus conocimientos en el sentido de aportar soluciones y de crear o de idear tecnologías que reflejen las peculiaridades y necesidades del medio en que laboran.

c) Si la creación de tecnología y su transferencia al proceso productivo es un requisito primordial para la instrumentación del desarrollo, resulta indispensable formar equipos multidisciplinarios capaces de abordar acertadamente los problemas emergentes de ese proceso (incluyendo, desde luego, los de carácter tecnológico) esto implica, necesariamente, tanto la capacitación de personal en niveles óptimos, como su sistemática y plena utilización económica.

C. El nuevo problema agrario. Enfoque multidisciplinario para su correcta solución

a) Dentro del marco general de las anteriores reflexiones, debe insistirse en el concepto de que el objetivo finalista de la reforma agraria es la instrumentación del desarrollo económico, social y político. Dichas consideraciones conducen, además, a la necesidad de formular conclusiones con la validez teórica y práctica, encaminadas no sólo a diagnosticar —con una nueva óptica— los problemas del campo venezolano, sino a presentar proposiciones concretas y de posible realización inmediata, las que sólo requieren de una decisión po-

lítica para ser puestas en marcha. En este punto de vista se inspira el proyecto de Ley Orgánica Agraria, elaborado por el Instituto y cuyo fundamento objetivo es la caracterización del nuevo problema agrario venezolano.

> Precisamente, el punto de partida de este proyecto de Ley Orgánica —se señala en su exposición de motivos— es el de que existe un nuevo problema agrario y el de que uno de los puntos centrales no es sólo el de concentración latifundista de la tierra, sino el de acaparamiento de los recursos de crédito y de tecnología, el del mal uso o franco subempleo de los más costosos recursos de tierra agrícola, como en el caso de los sistemas de riego que han exigido una cuantiosa inversión pública y el bloqueo de los canales del mercado de productos agropecuarios.
> Este problema de malversación o subempleo de la tierra agrícola se ha extendido a casi la totalidad del campo venezolano, pero reviste caracteres de gravedad creciente en el caso de los asentamientos campesinos localizados en sistemas de riego de primera clase, en los que, como en el ejemplo del sistema de Boconó, en el Estado Barinas, de una superficie potencialmente utilizable de 3,300 hectáreas apenas se sembraron, en la estación seca de 1975-76, 352 hectáreas, o sea, sólo se cultivó una de cada nueve hectáreas en esa temporada de riego. En 1976 apenas se utilizaron 59,000 hectáreas del valioso activo de 212,000 hectáreas regables en los sistemas estatales de riego.[1]

b) Expresión del nuevo problema agrario es el que se hayan acentuado los procesos de minifundización y de fraccionamiento de la tenencia agraria, como consecuencia de la manera como existen el control latifundista sobre la tierra y las nuevas formas de la concentración agraria. Estos fenómenos constituyen una de las más peligrosas expresiones del nuevo problema agrario en Venezuela, no como fenómeno de insuficiencia de recursos naturales, sino como un Estado social que dificulta la adecuada transferencia de recursos de crédito y tecnología y la prestación eficaz —a las economías campesinas de diversa naturaleza y a los beneficiarios de la reforma agraria— de los servicios asistenciales del Estado.

c) Los efectos de esta situación están expresados en la tendencia histórica hacia la *marginalización social* del campesinado, factor determinante de su torrencial migración a las grandes ciudades. Como

[1] *Ley Orgánica Agraria (proyecto)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria, Mérida, Edic. Universidad de Los Andes, 1978, p. 21.

causales de estas condiciones de vida es posible señalar, entre otras, el acaparamiento de los recursos nacionales de crédito y tecnología por una minoría latifundista, por la agroindustria y por ciertas empresas de servicios, anulándose la posibilidad de transformación tecnológica y empresarial de las unidades emergentes de la reforma agraria.

d) Las circunstancias anteriormente enunciadas han determinado el desabastecimiento del mercado interno de productos agropecuarios y su importación creciente, haciendo impostergable la necesidad de tomar acciones inmediatas a fin de que sea superada dicha situación crítica. De otra parte, aun pudiendo disponer Venezuela de ingentes recursos financieros, será tarea cada vez más difícil la de lograr un adecuado abastecimiento alimenticio en las décadas venideras, dada la situación existente en el mercado mundial. Semejante situación crítica impone obligaciones a todos los países del mundo, pero en especial a los países atrasados y dependientes, sobre todo en lo que hace a la formulación de programas de desarrollo agrario que rompan los nexos de dependencia en el sector de la producción de alimentos.

e) Debe señalarse también que el esquema parcelario de dotaciones individuales —preferentemente utilizado hasta ahora en la reforma agraria— se ha convertido en un severo e insalvable obstáculo para la planificación del desarrollo agrario y para la introducción de cambios económicos, tecnológicos y sociales a nivel de los asentamientos campesinos. Dicho esquema ha retrasado o imposibilitado la integración de los asentamientos campesinos al nivel superior de la región o del área de desarrollo agrícola. La utilización de un *sistema de áreas de desarrollo agrario* —en la aplicación de la reforma, como alternativa a las estrategias ya experimentadas en el país— facilitará la concentración de los recursos asistenciales y de inversión del Estado (así como la de aquellos recursos originados en las nuevas unidades de producción) y la integración de los asentamientos en estructuras asociativas de alcance regional.

f) En relación con la comercialización de los productos agropecuarios, se impone anotar que una de las fallas fundamentales afrontadas en los asentamientos campesinos —dentro del proceso de reforma agraria— ha consistido en su dependencia de los mercados locales y en su incapacidad para lograr una adecuada participación en el *sistema nacional de mercado*. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad estratégica de organizar un nuevo sistema nacional de mercado, fundamentado en la planificación global y regional del desarrollo, en la vertebración de las agencias operacionales del Estado y

en la constitución de un nuevo sector conformado por el conjunto de empresas asociativas de producción y las estructuras integradas a nivel de regiones, de sectores económicos y de grupos sociales.

g) Esta visión del problema evidencia la necesidad actual y urgente de que se imparta el posgrado en desarrollo agrario y derecho agrario en los términos anteriormente enunciados.

El nuevo problema impone un método de trabajo diferente a los hasta ahora empleados en este nivel de la formación académica: ese método debe capacitar a los profesionales egresados para tener una visión interdisciplinaria del problema agrario y para promover la *reestructuración de áreas* destinadas a facilitar su operación dentro de un marco en el que se *articulen las economías de escala, la planificación del desarrollo agrario en la base y la afectación coherente de fundos localizados en el área.* La actividad que puedan realizar estos profesionales y estos equipos multidisciplinarios así formados, permitirá sentar las bases de una política global unitaria y articulada de ordenación territorial en el ámbito de lo agrícola, lo pecuario y lo forestal y promover el desarrollo global de la economía venezolana.

D. Aportes del posgrado a una sociedad venezolana en transformación

Las actividades de formación de personal y de investigación científica que desarrolla el curso de posgrado, apuntan hacia el establecimiento de una sociedad en la que imperen condiciones económicas y sociales como las señaladas a continuación:

a) El mayor acceso de la población rural a los servicios públicos y asistenciales del Estado, tales como agua, electricidad, cloacas, viviendas cómodas e higiénicas, asistencia médica, educación, etcétera.

b) La organizada y creciente participación directa de la población rural en el proceso productivo y en la comercialización y transformación de los productos agropecuarios, a través del establecimiento de empresas asociativas de producción, que cubran tanto el ámbito de la producción primaria como el de la comercialización industrial.

Por medio de las empresas asociativas de producción, los propios productores campesinos deben participar directamente en la planificación y ejecución del proceso productivo, mediante el trabajo colectivo de los socios y la distribución de utilidades de la empresa, en proporción al trabajo realizado en los diferentes niveles o aspectos de la empresa social.

El hecho de que las empresas asociativas puedan intervenir directamente en el proceso de comercialización —con el objeto de incrementar el ingreso de los productores— ha de posibilitar la reducción o eliminación de la cadena de intermediarios que infla el mercado e impone a los productores niveles de precios que con frecuencia están por debajo de los costos de producción.

Dentro de las empresas asociativas la transformación industrial debe ser realizada por los propios productores campesinos, abriéndose para ellos el camino hacia la agroindustria.

c) La existencia de una legislación social que no establezca discriminaciones o diferencias entre trabajadores urbanos y rurales y que universalice el goce de la seguridad social para las clases trabajadoras de la ciudad y el campo.

d) Estudios de investigaciones que permitan determinar la disponibilidad y calidad de la mano de obra en el medio rural, la estructura y tendencias de las corrientes migratorias en las diversas regiones del país, sus causas y consecuencias.

e) Estudios e investigaciones dirigidos a establecer una metodología para la *planificación de áreas integrales de desarrollo agrario.*

f) Estudios e investigaciones encaminados a conformar las estructuras más adecuadas de organización económica y empresarial del campesinado y de aquellos métodos, formas o mecanismos operativos que tiendan a elevar el nivel de integración de los procesos de producción primaria, industrialización y comercialización.

g) Estudios e investigaciones que permitan conocer las implicaciones del desarrollo agroindustrial en el desarrollo agrario de Venezuela.

h) Estudios e investigaciones que tiendan a precisar el sistema de relaciones de intercambio campo-ciudad.

3. *Objetivos del posgrado*

El posgrado tiene como objetivo fundamental contribuir al conocimiento científico de los problemas relacionados con el campo venezolano —tanto en sus estructuras internas como en sus relaciones con los diversos sectores o componentes de la sociedad y del Estado— haciendo posible la formación sistemática de aquellos cuadros de profesionales capaces de promover el desarrollo agrario y de participar, en consecuencia, en la gran tarea del desarrollo integral de la nación venezolana.

Este objetivo de contribución al *desarrollo agrario* de Venezuela (que desborda el concepto tradicional y limitado *del crecimiento agrico-*

la), exige, ineludiblemente, el cumplimiento de dos condiciones prioritarias:

I. La *investigación científica sistemática* como fundamento de toda la actividad académica del posgrado, y

II. *El enfoque interdisciplinario* de las dos grandes ramas u opciones del posgrado.

Para el logro del propósito anteriormente señalado, el posgrado debe orientarse hacia la consecución de seis *objetivos generales* (los que definen la ubicación del curso en el contexto de la problemática general del país) y cuatro *objetivos particulares,* los que obedecen a la necesidad específica del Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria de fortalecer sus actividades de *investigación, docencia y extensión* dentro del contexto de la Universidad de Los Andes y de la estructura universitaria de las regiones colindantes.

A. Objetivos generales

a) Formación de recursos humanos de cuarto nivel para ingresar en las ramas de su especialidad en los centros universitarios de investigación y docencia, en la administración pública, en el ejercicio profesional y en actividades relacionadas con los campos del cooperativismo, la comercialización, el financiamiento agrícola, etcétera.

b) Formación de personal de cuarto nivel para formular y administrar trabajos de investigación sobre diversos aspectos de la problemática agraria nacional, tales como tenencia de la tierra, propiedad, contratos, concentración parcelaria, dotación de tierras (individuales, colectivas, etcétera), financiamiento agrícola, mercadeo, vivienda rural, infraestructura física, cooperativismo agrario, asistencia técnica, capacitación campesina, etcétera.

c) Contribución al conocimiento sistemático de la problemática jurídica y organizativa de las empresas asociativas de producción; del papel específico del Estado en la inducción de procesos de cambio en la estructura agraria; de las formas de funcionamiento y niveles de eficacia de los aparatos y servicios del Estado en esos procesos de cambio, y de las formas de funcionamiento y niveles de eficacia económica y social de los institutos autónomos y empresas estatales relacionados con el sector agropecuario.

d) Difusión sistemática de los conocimientos adquiridos en las investigaciones realizadas por los siguientes medios:

I. La integración práctica de investigación y docencia de cursos, seminarios, laboratorios y talleres;
II. La programación de cursos, seminarios, laboratorios y talleres —con un sentido de extensión del posgrado hacia diversos sectores de la comunidad universitaria— tanto en la Universidad de Los Andes como en otras universidades venezolanas que lo requieran;
III. La organización de foros y conferencias de divulgación, dentro o fuera de la comunidad universitaria, y
IV. La publicación de resultados en libros u opúsculos u otras formas de comunicación social.

e) Operación del posgrado como base de sustentación y fuerza de constante renovación y enriquecimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria en la coordinación de las actividades que diferentes organismos nacionales e internacionales pudieran realizar o estén realizando en materia agraria en el país, o en la formulación de propuestas concretas del Instituto que sirvan para recomendar al Estado la ejecución de medidas administrativas internas, que permitan aplicar los conocimientos adquiridos, a través del estudio de los problemas de desarrollo agrario, en la ejecución de los planes de desarrollo nacional; o en la ampliación y renovación de su propia planta académica.

B. Objetivos particulares

a) Incorporación al Instituto de personal de cuarto nivel, con el fin de constituir equipos multidisciplinarios, altamente calificados, para realizar actividades de investigación en campos del desarrollo agrario no cubiertos hasta ahora por la Universidad de Los Andes.
b) Incorporación al Instituto de personal de cuarto nivel, altamente calificado, para que planifique y coordine sus actividades de investigación, de acuerdo con su naturaleza académica y con sus objetivos finalistas.

II. Estructura académica

El posgrado se fundamenta, académicamente, en la integración de investigación y docencia y en la complementación de cuatro líneas de actividad:

a) El curso sistemático
b) El seminario
c) El laboratorio y
d) El trabajo de campo.

El *curso sistemático* es el realizado a través de la cátedra magistral y enmarcado en los correspondientes programas curriculares.

El *seminario* es la actividad complementaria de todas las cátedras y se realiza mediante la orientación impartida por el profesor correspondiente y con la participación, como asociados, de los investigadores de planta del Instituto. La función específica del seminario es la de realizar las tareas necesarias de investigación y debate en el desarrollo de los cursos.

El *laboratorio* es la actividad destinada a la realización de aquellas prácticas en el manejo de técnicas y documentos (de carácter bibliográfico, estadístico, etcétera), necesarias para el correcto funcionamiento de las cátedras y seminarios.

Se asigna un rango especial al *trabajo de campo,* no sólo por la importancia fundamental que reviste en el conocimiento de la estructura agraria, sino por la existencia de ciertas técnicas especiales en la investigación, diagnóstico y elaboración de proyectos.

III. Diseño curricular

1. *Diseño curricular en derecho agrario y desarrollo agrario*

Primer semestre

Introducción al derecho (para no abogados)	3	créditos
Instituciones jurídicas agrarias	4	"
Procedimientos agrarios (para abogados)	3	"
Sociología del desarrollo agrario	3	"
Economía agraria	3	"

Segundo semestre

Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y del ambiente	4	"
La empresa agraria	3	"
Administración pública agraria	3	"
Estadística	3	"

Tercer semestre

Planificación del desarrollo agrario	3	"
Seguridad social agraria	3	"
Ecología general	3	"
Seminario	3	"

Cuarto Semestre

Trabajo de grado	10	"
Total	47	créditos

Los primeros semestres serán de 16 semanas cada uno y el cuarto de seis meses, prorrogable de acuerdo con el reglamento del Consejo de Estudios de Posgrado.

2. *Opciones del posgrado*

El posgrado comprenderá dos opciones: una en derecho agrario para abogados y la otra en desarrollo agrario para los demás profesionales; pero los estudios se harán en común, salvo en lo concerniente a la introducción al derecho y los procedimientos agrarios, que se verán por separado.

A. Descripción de las materias que integran el programa curricular

a) *Instituciones jurídicas agrarias*

La agrariedad: El derecho. Derecho agrario. Derecho agrario y reforma agraria. Orientación actual del derecho agrario. Relaciones jurídico-agrarias: la propiedad como instituto histórico. Función social de la propiedad. Afección de la propiedad territorial. Tierras baldías y ejidos. Expropiación. Dotación. Dotaciones colectivas. La propiedad agraria. El centro agrario. Deuda agraria. Crédito agrario. Arrendamiento, aparcerías y otros contratos agrarios. Tenencias precarias. Mercado agrícola. Catastro de la propiedad territorial.

b) *Procedimientos agrarios*

Tetoría del derecho procesal social. Presupuestos conceptuales del

derecho procesal social. El procedimiento agrario. Las partes en el proceso agrario. La Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios. Los procedimientos judiciales agrarios. El juicio ordinario agrario. Los procedimientos especiales agrarios no contenciosos. Procedimientos agrarios especiales contenciosos. Procedimientos agrarios administrativos.

c) *Sociología del desarrollo agrario*

Concepciones latinoamericanas de la sociología rural. La estructura agraria de América Latina. La estructura social. La estructura política. Sociología de la reforma agraria en América Latina. Tipos históricos de reforma agraria y modelos políticos de desarrollo. Criterios de evaluación de los diversos tipos de reforma agraria: cambios económicos; cambios sociales; cambios políticos; cambios en la organización del Estado (órganos de operación en el proceso de reforma agraria y en el ámbito del desarrollo rural).

d) *Economía agraria*

Instrumental analítico para el estudio de la economía agraria latinoamericana. Peculiaridad de las actividades primarias. La producción y el consumo. La función-producción. Las leyes que rigen los rendimientos relacionados con la función-producción. Invenciones e innovaciones. Economías internas y externas. Demanda, oferta y precio en el mercado de productos agropecuarios. El papel de la agricultura en el desarrollo económico. Naturaleza de la agricultura tradicional. La modernización de la agricultura. La planificación rural en los países subdesarrollados. Desarrollo agrícola e integración económica.

e) *Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y del ambiente*

Nociones introductorias: los recursos naturales. Unidad e interdependencia de los recursos naturales renovables. El patrimonio natural renovable del país. El aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Recursos naturales renovables fluentes: el régimen de los bosques. La regulación jurídica de los suelos. El sistema jurídico de las aguas. Concesiones de aguas, reservas hídricas, cursos protegidos. La Ley de Protección a la Fauna Silvestre. El ejercicio de la caza. La

Ley de Pesca. La Ley Orgánica del Ambiente. El paisaje y el entorno físico contra la naturaleza. Procedimientos especiales para conocer de los delitos y faltas contra la naturaleza.

Recursos naturales renovables productivos: la ordenación territorial. Fomento de la producción agrícola y pesquera. La ganadería. Protección de los recursos naturales renovables productivos. La protección de la propiedad del ganado.

f) *La empresa agraria*

I. Diseño de las nuevas formas de empresa social en el mundo contemporáneo. II. Las nuevas formas de empresa social en América Latina. III. Los modelos de empresa social y los tipos históricos de reforma agraria en América Latina. IV. Cooperación agraria y estrategias de desarrollo en América Latina.

g) *Administración pública agraria*

La administración pública y la agricultura. Las fuentes de la legalidad administrativa agraria. El acto administrativo agrario. Las estructuras del aparato estatal: el Ministerio de Agricultura y Cría. El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Los organismos asesores. Los institutos autónomos. Las empresas del Estado y la agricultura. Las asociaciones civiles agrarias. Las organizaciones privadas. El procedimiento administrativo. Los recursos administrativos. Administración pública agraria internacional. El sector agrario y la integración latinoamericana.

h) *Estadística*

Estadística y planificación. La ciencia estadística. La estadística como instrumento de análisis y decisión. La estadística en los procesos de desarrollo. Estadística descriptiva. Números índices. Probabilidad y modelos de distribución. Teoría del muestreo. Inferencia estadística. Análisis de regresión. Series cronológicas.

i) *Planificación del desarrollo agrario*

Conceptos generales sobre la planificación del desarrollo agrario. Características de las actividades agropecuarias que influyen sobre

la planificación. Naturaleza de la planificación. El diagnóstico agropecuario: objetivos y características generales del diagnóstico; principales aspectos metodológicos de la preparación del diagnóstico. La formulación de la política planificada del desarrollo agrario: aspectos y métodos generales de las formulaciones. Determinación de los objetivos y formulación de la estrategia del desarrollo agrario. La formulación de las metas. La formulación de las políticas. Los programas y proyectos. La reforma de la administración pública agraria. El financiamiento del desarrollo agrario. La planificación agraria regional.

j) *Seguridad social agraria*

Naturaleza jurídica de la seguridad social. Principios de la seguridad social. La seguridad social rural en el derecho positivo venezolano. Las limitaciones a la voluntad contractual como normas de seguridad social. La dotación y el patrimonio familiar como instituciones de seguridad social. El derecho de permanencia y el amparo agrario: sus normas de seguridad social. El derecho de defensa en el proceso agrario. El crédito agrario y su diferencia con el crédito mercantil. Los medios de rehabilitación de los pequeños y medianos productores. Breve reseña histórica de la seguridad social en la ciudad y en el campo. La educación en el medio rural: las escuelas granjas, el Ince: objetivos, beneficiarios. El Ince campesino. El seguro social obligatorio. El seguro agrícola. La seguridad social internacional.

k) *Ecología general*

Principios básicos de ecología. Organización y funcionamiento de los ecosistemas. Ciclos biogeoquímicos. Ambiente y poblaciones. Funcionamiento de las poblaciones. Comunidades. Principales ecosistemas en el mundo y en Venezuela. Ecosistemas artificiales. Características y funcionamiento. Manejo de ecosistemas. El manejo de los recursos hidráulicos como ejemplo. Contaminación y alteración ambiental. Contaminación del agua, del aire y los suelos. Otros efectos de la acción del hombre. Ecología y desarrollo. Ecología y planificación. Ecología y legislación.

THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY

John Henry MERRYMAN *

One way of thinking about cultural property —*i.e.* objects of artistic, archaeological, ethnological or historical interets [1]— is as components of a common human culture, whatever their places of origin or present location, independently of property rights or national jurisdiction. That is the attitude embodied in the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 14 May 1954 (hereinafter "Hague 1954"),[2] which culminates a development in the international law of war that began in the mid-nineteenth century.

Another way of thinking about cultural property is as part of a national cultural heritage. This gives nations a special interest, implies

* Sweitzer Professor of Law, Stanford University. This essay is affectionately submitted in honor of Hector Fix-Zamudio, distinguished scholar, gentleman and friend.

[1] Any comprehensive definition of cultural property would have to include such objects and much more. Thus the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import. Export and Transfer of Ownership of cultural Property of 1970 defines Cultural property in Article 1 to include *(a)* Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of paleontological interest: *(b)* property relating to history, including the history of science and technology and military and social history ...; *(c)* products of archaeological excavations ...; *(d)* elements of artistic or historical monuments which have been dismembered; *(e)* antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals; *(f)* objects of ethnological interest; *(g)* objects or artistic interest ...; *(h)* rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publication of special interest ...; *(i)* postage, revenue and similar stamps ...; *(j)* archives, including sound, photographic and cinematographic archives; *(k)* articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments. In Italy cultural objects and environmental treasures (including natural and artificial landscapes and ecological areas plus, in cities, urban structures and panoramas) are treated as fundamentally related to each other. See Alibrandi, Tommaso, and Piergiorgio Ferri, *I Beni Culturali e Ambientali;* Milán, 1985, *Cf.*, the UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage of 16 November 1972, UNESCO Document 17/C/106 of November 15, 1972.

[2] 249 United Nations Treaty Series 240. The conference that produced Hague 1954 was called by UNESCO, so it is right to think of the Convention as to some extent a UNESCO product. The differences between Hague 1954 and UNESCO 1970 described in this article reflect the changes that have taken place in UNESCO's membership, structure, program and ideology since 1954.

the attribution of national character to objects, independently of their location or ownership, and legitimizes national export controls and demands for the "repatriation" of cultural property. As a corollary of this way of thinking, the world divides itself into source nations and market nations.[3] In source nations, the supply of desirable cultural property exceeds the internal demand. Nations like Mexico, Egypt, Greece and India are obvious examples. They are rich in cultural artifacts beyond any conceivable local use. In market nations the demand exceeds the supply. France, Germany, Japan, the Scandinavian nations, Switzerland and the United States are examples.[4] Demand in the market nation encourages export from source nations. When, as is often (but not always) the case, the source nation is relatively poor and the market nation wealthy, an unrestricted market will encourage the net export of cultural property from source nations. Despite their enthusiasm for other kinds of export trade, however, most source nations vigorously oppose the export of cultural objects. Almost every national government (the United States and Switzerland are the principal exceptions) treats cultural objects within its jurisdiction as parts of a "national cultural heritage". National laws prohibit or limit export, and international agreements support these national restraints on trade. This way of thinking about cultural property is embodied in the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 17 November 1970 (hereinafter "UNESCO 1970"),[5] which is the keystone of a network of national and international attempts to deal with the "illicit" international traffic in smuggled and/or stolen cultural objects.

While both conventions purport to protect cultural property, they give the term "protection" different meanings and embody different and somewhat dissonant sets of values. I describe these differences and explore their implications for national and international cultural property policy and law.

[3] Prott, Lyndel V., and P. J. O'Keefe, *National Legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property*, Paris, UNESCO, (1983), p. 2, include a third category of "transit countries" which, though useful for other purposes, need not be included here.

[4] The reader will not need to be reminded that a nation can be both a source of and a market for cultural property. For example, there is a strong market abroad for works of North American Indian cultures, even though Canada and the United States are thought of primarily as market nations. Conversely, there are wealthy collectors of foreign as well as national cultural objects in most source nations.

[5] I *International Legal Materials* 289.

I. HAGUE 1954 AND CULTURAL INTERNATIONALISM

Hague 1954 is a direct descendant of the work of Francis Lieber, "the man who shaped and laid the cornerstone on which the laws of war, as we now find them, are based".[6] Lieber, a German emigre professor at Columbia College in New York, had assisted Henry Wager Halleck, General-in-Chief of the Union Armies, in defining guerilla warfare. This association led to Lieber's preparation of a proposed "code of conduct by belligerent forces in war" which was issued by the Union command as General Orders No. 100 on April 24, 1863, to apply to the conduct of the Union forces in the American civil War. Entitled "Instructions for the Governance of Armies of the United States in the Field", the Lieber Code contains 157 articles. Articles 34-36 deal with protection of cultural property and provide:

> *ARTICLE 34.* As a general rule, the property belonging to churches, to hospitals, or other establishments of an exclusively charitable character, to establishments of education, or foundations for the promotion of knowledge, whether public schools, universities, academies of learning or observatories, museums of the fine arts, or of a scientific character-such property is not to be considered public property... but is may be taxed or used when the public service may require it.
>
> *ARTICLE 35.* Classical works of art, libraries, scientific collections, or precise instruments, such as astronomicall telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded.
>
> *ARTICLE 36.* If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace.
>
> In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured.[7]

[6] Taylor, Telford, "Foreword", *in* Friedman, Leon (ed.), *The Law of War: A Documentary History*, p. xv (1972) (cited herein as Friedman); *cf.*, Richard Shelly Hartigan, *Lieber's Code and the Law of War* (1983) (cited herein as Hartigan).

[7] Friedman, p. 165; Hartigan, pp. 51-52.

The Lieber Code was the first attempt to state a comprehensive body of principles governing the conduct of belligerents in enemy territory. Its influence can be traced through a number of succeeding efforts. Thus at an international conference of fifteen states called by the Russian Government and held in Brussels in 1874, the "Declaration of Brussels" was promulgated (but never adopted as an international convention because of the resistance of Great Britain). Article 8, of a total of 56 articles, states:

> The property of parishes (communes), or establishments devoted to religion, charity, education, arts and sciences, although belonging to the State, shall be treated as private property. Every seizure, destruction of, or wilful damage to, such establishments, historical monuments, or works of art or science, shall be prosecuted by the competent authorities.[8]

In 1880 the prestigious Institute of International Law (an organization of scholars of international law) included a similar provision (article 56) in its "Manual of the Laws and Customs of war".[9] In 1899, again at the initiative of the Russian government, a conference of 26 nations was convened at The Hague. This important conference produced a number of international agreements including the Convention on the Laws and Customs of War (Hague II, 1899) and a set of "Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land" (Hague II Regulations) in 60 articles, of which article 56 deals with the protection of cultural property in similar terms.[10] Such provisions appear with increasing frequency in the present century. In 1907, at the initiative of the United States (President Theodore Roosevelt) and, again, of Russia, another important conference was convened at The Hague, attended by 44 nations. The "Convention on Laws and Customs of War on Land" (Hague IV, 1907) adopted at that conference has a set of appended "Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land" (Hague IV Regulations), of which article 56 provides in similar terms for the protection of cultural property.[11] The same 1907 conference produced the Convention Concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War (Hague IX) which provides in article 5 for the protection of "historic

[8] Friedman, p. 195.
[9] Scott (ed.), *Resolutions of the Institute of International Law*, 1916, pp. 36-37.
[10] Friedman, 234.
[11] *Idem*, p. 323.

monuments", "art" and "science". In 1923 another Hague conference produced The Hague Rules of Air Warfare (which were never adopted by the powers concerned). Articles 25 and 26 provide for the protection of cultural property.[12]

Hague IV, 1907, and related conventions were the governing general international legislation on the conduct of belligerents until the end of World War II. On the whole these conventions merely restated earlier provisions concerning cultural property. Although the language varied slightly from one to another, the basic structure of protection remained the same: subject to an overriding concession to military necessity, which will be discussed below, cultural objects were protected. Individuals responsible for offences against cultural property were to be punished by the authorities of their own nations.

The Lieber Code and its progeny all dealt comprehensively with the obligations of belligerents; the protection of cultural property was merely one among many topics. In the 1930's, however, international interest turned to the preparation of a convention dealing solely with the protection of cultural property in time of war. In 1935 the 21 American nations promulgated a Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Monuments, now generally referred to as the Roerich Pact.[13] As the first international convention entirely devoted to the protection of cultural property this document is historically important, but it is now, for all practical purposes, superceded. In 1939 the governments of Belgium, Spain, The United States, Greece and The Netherlands, under the auspices of the League of Nations, issued a Draft Declaration and a Draft international Convention for the Protection of Monuments and Works of Art in Time of war[14] Like the Roerich Pact, these League efforts were quickly overtaken by the events of World War II, by changes in the technology, tactics and strategy of warfare and the new concept of "total war", and by the offences against cultural property deliberately and systematically committed by the Nazis. By the end of World War II the governing rules concerning protection of cultural property against belligerent acts had clearly become inadequate. Two major legal events then occurred: the Nuremberg Trials and the promulgation, under the auspices of UNESCO, of Hague 1954.

[12] *Idem*, p. 441.

[13] U.S. Treaty Series No. 899 (1936).

[14] U.S. Department of State, Documents and State Papers, Vol. I, No. 15, June 1949, pp. 859 ff.

Alfred Rosenberg, one of the principal accused Nazis at the Nuremberg trials, was among other things head of the infamous Einsatzstab (Special Staff) Rosenberg. The Einsatzstab was charged with looting German-occupied countries of cultural property, an assignment which it efficiently, voraciously and ruthlessly executed. Rosenberg's indictment and the evidence introduced at his trial detailed his (and the Einsatzstab's) offences against cultural property.[15] Rosenberg was found guilty of these and other offences and was hanged. The innovation here, as elsewhere in the Nuremberg Trials, was that other nations imposed responsibility on an individual official of the offending belligerent power for acts against cultural property committed in its name. The Lieber Code and its progeny had a different basis: such offences violated international law, but offending personnel were to be disciplined, if at all, by their own governments.[16]

Hague 1954, the first universal convention to deal solely with the protection of cultural property, incorporates the principle of individual international responsibility, established at Nuremberg, in Article 28:

> The High Contracting Parties undertake to take, within the framework of their ordinary criminal jurisdiction, all necessary steps to prosecute and impose penal or disciplinary sanctions upon those persons, *of whatever nationality,* who commit or order to be committed a breach of the present Convention. (Emphasis added.)

[15] See materials collected in Merryman and Elsen, *Law Ethics and the Visual Arts* 1-43 ff.; Williams, Sharon A., *The International and National Protection of Movable Cultural Property: A Comparative Study,* Dobbs Ferry, N. Y., 1978, pp. 23-29.

[16] In fact, the long-established principle that alleged war criminals would be tried by their own governments had been brought into serious question in the aftermath of World War I. The Treaty of Versailles provided in Article 227 for trial of the German Kaiser before an international tribunal, but no such trial was held. Article 228 of the Treaty provided that Germans accused of war crimes would be tried by military tribunals of the victorious Allies. In pursuance of this provision, a list of 896 alleged war criminals, including highly placed officers, was submitted by the Allies with the demand that they be turned over for trial. "The German cabinet strenuously objected to the demand, citing the opposition of the German public. The Germans reported to the Allies that there would be an insurrection if they tried to deliver the names on the list, and army leaders said they would resume the war if the Allies pressed the matter." Friedman 777. It was eventually agreed that the Germans would conduct the trials in their own high court, the Reichsgericht in Leipzig, applying international law. The Allies provided a drastically reduced list of 45 names, and the Germans agreed to try 12 of them. Six were eventually tried, convicted and received light sentences, ranging from a few months to four years in prison. (The two officers who were sentenced to four years escaped soon after imprisonment). For a contemporary account and evaluation of the trials see Mullins, Claud, *The Leipzig Trials,* London, 1921.

A more significant novelty of Hague 1954, however, is that it provides a rationale for the international protection of cultural property. The language of the preamble is for this reason alone memorable:

> Being convinced that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world; Considering that the preservation of the cultural heritage is of great importance for all peoples of the world and that it is important that this heritage should receive international protection; ...

While it seems clear that such considerations underlay the protection of cultural property in Lieber's code and its succesors, their expression in Hague 1954 is a significant innovation. The quoted language, which has been echoed in later international instruments,[17] is a charter for cultural internationalism, with profound implications for law and policy concerning the international trade in and repatriation of cultural property. The principle would appear to apply, for example, to the Elgin Marbles; they are a part of "the cultural heritage of all mankind." It follows that people who are not Greek or British have an interest in their preservation, integrity and availability for enjoyment and study.[18] The perennial debate about the propriety of their removal from Greece by Elgin, and the current proposals to return them to Athens, become the business of others besides Greeks and Britons. As the smog of Athens eats away the marble fabric of the Parthenon all of mankind loses something irreplaceable. These matters are discussed below.

Hague 1954, like its predecessors, limits the protection of cultural property by the doctrine of "military necessity". As stated in the Lieber Code, Articles 14 and 15:

[17] Such echoes can be found in the language of the UNESCO Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property of 1976, UNESCO Document IV.B.8, though usually combined with insistence on the centrality of national interests. Thus the preamble states: "Recalling that cultural property constitutes a basic element of civilization *and national culture*," and "Considering that a systematic policy of exchanges among cultural institutions ... would ... lead to a better use of the international comunity's cultural heritage *which is the sum of all the national heritages*" (emphasis supplied). Article 2 of the Recommendation contains a less nationalistic statement: "Bearing in mind that all cultural property forms part of the common heritage of mankind ..."

[18] For a discussion of the Marbles and of preservation, integrity and distribution/access as the three main categories of international interest in cultural property see Merryman, "Thinking about the Elgin Marbles", 83 *Mich. L. R.*, 1880 (1985).

14. Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.

15. Military necessity ... allows of all destruction of property...[19]

Hague 1954 is not greatly different. Article 4.2 provides that the obligation to respect cultural property "...may be waived ... in cases where military necessity imperatively requires such a waiver". In short, military necessity can justify the destruction of cultural property otherwise protected by the Convention.

This principle, whose origin has been attributed to Prussian militarism —"la celebre conception prussienne de la Kriegsraison",[20] was strongly debated at the conference that produced Hague 1954 and was retained by a divided vote.[21] The criticisms are of three kinds. One is that the concept of military necessity is so indefinite and the circumstances of its use in the field so fluid that "necessity" too quickly and easily shades into "convenience". Military necessity was one of the standard defenses of accused war criminals after World Wars I and II.[22] This criticism, in short, accepts the concept of military necessity in the abstract but finds its use in the concrete uncontrollable. The second objection is more fundamental, arguing that military necessity is a relic of an age that treated aggressive war as a legitimate instrument of national policy-an age evoked by such terms as *jus ad bellum, Kriegsraison, Kriegsbrauch, raison de guerre, raison d'etat,* and so on. Why such critics ask, should a great cultural monument be legally sacrificed to the ends of war? What does it say about our scale of values when we place military objectives above the preservation of irreplaceable cultural monuments?[23] The second criticism obviously gains force from the present century's outlawing of aggressive war and from acceptance of the idea that cultural prop-

[19] Friedman, p. 161; Hartigan, p. 48.

[20] Nahlik, *La Protection Internationale des Biens Culturels en Cas de Conflit Arme,* Recueil des Cours 1967.I.59, 87.

[21] Nahlik, 128 ff.

[22] Dunbar, "Military Necessity in War Crimes Trials", 29 *B.Y.I.L.* 442 (1952).

[23] See the debate concerning military necessity in Intergovernmental Conference for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Acts of the Conference. The Hague, 1961, and compare Geoffrey Best, Humanity in Warfare. London 1980, *passim.* with Joseph R. Baker & Henry G. Crocker, *The laws of Land Warfare Concerning the Rights and Duties of Belligerents,* Washington D.C. 1919, pp. 149 ff., 209-213.

erty belongs to all mankind, not merely to the belligerents. Still, if military necessity justifies the denial or limitation of constitutionally guaranteed rights, as it sometimes does in American constitutional law,[24] perhaps it is not surprising that we permit it to justify the destruction of cultural treasures.[25] Finally, the concession to military necessity seems inconsistent with the premises of Hague 1954: "the cultural heritage of all mankind" is put at the mercy of the relatively parochial interests of belligerents. In an international convention to which national states are parties this is perhaps unsurprising and may be unavoidable. Still, the matter was vigorously discussed and the concession to nationalism strongly opposed by major nations at the conference.

Despite its deference to military necessity, Hague 1954 expresses several important propositions affecting the international law of cultural property. One is the cosmopolitan notion of a general interest in cultural property ("the cultural heritage of all mankind"), apart from any national interest. A second is that cultural property has special importance, justifying special legal measures to insure its preservation. Another is the notion of individual responsibility for offences against cultural property. The fourth is the principle that jurisdiction to try offences against cultural property is not limited to the government of the offender.[26] The first and second of these propositions are expressed in a variety of other international acts and agreements (including UNESCO 1970 and its cluster of related events and documents, which will be discussed below). One can therefore treat them as principles of general applicability, not limited to controlling the conduct of belligerents in time of war or civil conflict. The third and fourth propositions, however, growing out of the Lieber Code, the Hague 1899 and 1907 conventions, the experiences of World Wars I and II and the Nuremberg trials, are more closely tied to the international law of war. For example, they do not at present apply to

[24] Levine, "The Doctrine of Military Necessity in the Federal Courts", 89 *Military Law Rev.* 3 (1980).

[25] But see Nicolson, Sir Harold, "Marginal Comments", *The Spectator*, Feb. 25, 1944, quoted in Merryman and Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts* 1-85 ff., arguing that it would be right to sacrifice lives in war to save an irreplaceable work of art.

[26] Hague 1954 also provides that the ordinary courts —*i.e.* the courts that ordinarily try criminal offences— should be used, rather than military tribunals or special tribunals created for the purpose. One reason for the German resistance to the Treaty of Versailles provision that alleged German war criminals be tried by the Allies was that Allied military tribunals would try them.

the peacetime traffic in smuggled or stolen cultural property. Like all major international conventions, however, Hague 1954's influence extends beyond the obligations imposed on and accepted by its parties. It is a piece of international legislation that exemplifies an influential way of thinking about cultural property, which I will call "cultural internationalism".[27] We now examine another way, exemplified by UNESCO 1970.

II. UNESCO 1970 AND CULTURAL NATIONALISM

The forerunners of the UNESCO 1970 Convention include: Resolution XIV, Protection of Movable Monuments, of the Seventh International Conference of American States of 1933,[28] three draft international conventions prepared by the League of Nations in 1933, 1936 and 1939, the last of which was entitled: Draft International Convention for the Protection of National Collections of Art and History,[29] and the UNESCO Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property of 1964.[30]

The basic purpose of UNESCO 1970 is, as its title indicates, to inhibit the "illicit" international trade in cultural objects. The parties agree to oppose the "impoverishment of the cultural heritage" of a nation through "illicit import, export and transfer of ownership" of cultural property (Article 2), agree that trade in cultural objects exported contrary to the law of the nation of origin is "illicit" (Article 3), and agree to prevent the importation of such objects and facilitate their return to source nations (Articles 7, 9 and 13).[31]

[27] "Supronationalism", "metanationalism" or "cosmopolitanism" might, strictly speaking, be better than "internationalism", since the idea it that humanity, independently of nations and international arrangements, is the party in interest. Use of "internationalism" in this sense has, however, become common enough and will do.

[28] Report of the Delegates of the United States of America to the Seventh International Conference of American States, Montevideo, Uruguay, December 3-26, 1933, U.S. Department of State Conference Series No. 19, p. 208 (1934).

[29] All three are set out in U.S. Department of State, Documents and State Papers, vol. I, No. 15 (June 1949), pp. 865 ff.

[30] Compendium 382. Later relevant materials include the Convention on the Protection of the Archaeological, Historical, and Artistic Heritage of the American Nations (Convention of San Salvador) of 1976, Compendium 370; and the UNESCO Rocommendation of the Protection of Movable Cultural Property of 1978, Compendium 386.

[31] UNESCO 1970 imposes other obligations on the parties: to take steps to insure the protection of their own cultural property by setting up appropriate agencies, enacting laws and regulations, listing works of major cultural importance,

As of this writing, 58 nations have become parties to UNESCO 1970. Of these, only two could be classified as major market nations: the United States and Canada. None of the others, such as Belgium, France, Germany, Japan, the Netherlands, the Scandinavian nations or Switzerland, are parties. Most source nations, however, many of them in the Third World, are parties. The reason for this disparity lies in the Convention's purpose: to restrain the flow of cultural property from source nations by limiting its importation by market nations. It is true that the Convention applies only to the "illicit" international traffic in cultural property, but since many source nations have policies that, in effect, prohibit *all* export of cultural property, the distinction as to them is not significant. By ratifying UNESCO 1970 a market nation commits itself to forego the further importation of some kinds of cultural property from those source nations that are parties. Why should it do so? The preamble to the Convention sets out a series of more or less related propositions that state the case for international action, of which the core is the following:

> Considering that cultural property constitutes one of the basic elements of civilization and national culture, and that its true value can be appreciated only in relation to *the fullest possible information regarding its origin, history and traditional setting* (emphasis added).

The concern is that unauthorized, clandestine excavations and removals are almost always undocumented. A Mayan stele torn from an undeveloped, undocumented site in the jungle of Belize and smuggled to Switzerland to be sold becomes anonymous. Both it and the site have been deprived of valuable archaelogical and ethnological information that would have been preserved had the removal been properly supervised and documented, or had the stele remained in place at the site.[32]

supervising excavations, and through education and publicity (Articles 5, 12 and 14). In general, however, these provisions are much less significant in the international discussion and activity under the Convention. The principal effort is to enlist the market nations to support the restrictions on export adopted by the source nations.

[32] This concern is more fully developed in League of Nations, Final Act of the International Conference on Excavations, Museion (Paris) 1937, pp. 1 ff.; the UNESCO Recommendation Concerning the Preservation of Property endangered by Public or private works of 1968, UNESCO Document CFS.68/vi.14x/AFSR; and the European Convention on the protection of the archaeological heritage of 1969, Compendium 365.

Such concerns apply with particular force to undocumented archaeological objects. Others, such as works previously removed from their sites; those remaining in their sites that have been fully documented in place; and the very large body of art works and artifacts *(e.g.* paintings, sculptures, ceramics, jewelry, coins, weapons, manuscripts, etc.) that are movable without significant loss of information obviously raise no such problem. The quoted preamble provision applies in practice to only a small, though extremely important, proportion of the total trade in stolen and illegally exported cultural objects.

One of the difficulties in discussing cultural property policy is the tendency toward euphemism in much of the dialog. Thus UNESCO 1970 is largely about national retention of cultural property, but the term "retention" is seldom used. Instead, the talk in about "protection" of cultural property —*i.e.* protection against removal—. Thus, for example, another clause of the preamble states:

> Considering that it is incumbemt upon every State to protect the cultural property existing within its territory against the dangers of theft, clandestine excavation, and illegal export,

One way to read this language is that it imposes an obligation on source nations to care for cultural property in their national territories, and Article 5, paragraphs *(c)* and *(d)* of the Convention are consistent with that interpretation.[33] An alternative reading, however, is that these words justify national retention of cultural property. That is indeed the prevailing interpretation among source nations; the notion that they are obligated by UNESCO 1970 does not arise. When interpreted in this way the quoted language of the preamble might be paraphrased as follows:

> Considering that it is right for every State to retain cultural property existing within its territory and to prevent its theft, clandestine excavation and export,

This intention is made clear in Art. 2 of the Convention, which states;

[33] Examples of international instruments that do seek to impose obligations on nations to protect cultural property are: UNESCO Recommendation Concerning the Protection, at a National Level, of the Cultural and Natural Heritage of 1972, UNESCO Document 17 C/107 (Nov. 15, 1972); and UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage of 1972, UNESCO Document 17/C/106 (Nov. 15, 1972).

> The States Parties to this Convention recognize that the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property is one of the main causes of the impoverishment of the cultural heritage of the countries of origin of such property...,

The emphasis on national retention of cultural property is legitimated throughout UNESCO 1970 by use of the term "illicit", which is given an expansive meaning. Article 3 defines as "illicit" any trade in cultural property that "is effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties there to". Thus if Guatemala were to adopt legislation and administrative practices that, in effect, prohibited the export of all pre-Columbian artifacts, as it has done, then the export of *any* pre-Columbian object from Guatemala would, under UNESCO 1970, be "illicit". A number of source nations who are parties to UNESCO 1970 have such laws. This is the feature of UNESCO 1970 that has been called a "blank check" by interests in market nations; the nation of origin is given the power to define "illicit" as it pleases. Museums, collectors and dealers in market nations have no opportunity to participate in that decisión. That is why legislation implementing United States adherence to UNESCO 1970 took ten years to enact.[34] Museum, collector and dealer interests sought, with some success, to limit the effect on the trade in cultural property that would follow from automatic acquiescence by the United States in the retentive policies of some source nations.[35]

Following promulgation of UNESCO 1970 the attention of source nations has turned to what is now generally called "repatriation": the return of cultural objects to nations of origin (or to the nations whose people include the cultural descendants of those who made the objects; or to the nations whose territory includes their original sites or the sites from which they were last removed). Beginning in 1973, the United Nations General Assembly has adopted a series of resolutions calling for the restitution of cultural property to coun-

[34] The United States ratified UNESCO in 1972 but reserved its obligations under the Convention until the enactment by Congress of implementing legislation. The result of a number of efforts and much negotiation, the Cultural Property Implementation Act was enacted in 1983 as Public Law 97-446, 19 U.S.C. ss. 261 ff.

[35] The provisions of UNESCO 1970 were moderated by the participation of the United States in its drafting. Bator, "An Essay on the International Trade in Art." 34 *Stan. L. R.* 275, 370 (1982). Their effects were further limited in the U.S. by "reservations" and "understandings" attached to U.S. ratification of the Convention in 1972. Merryman and Elsen, 2-180 ff. The provisions of the Cultural Property Implementation Act further limit the effects of UNESCO 1970 in the United States.

tries of origin.[36] In 1978 UNESCO established the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to Its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation.[37] In 1983 the Council of Europe Parliamentary Assambly adopted a Resolution on Return of Works of Art.[38] The premises of the repatriation movement are a logical extension of those that underlie UNESCO 1970. Cultural property belongs in the source country. Works that now reside abroad in museums and collections are wrongfully there (the result of plunder, removal by colonial poyers, theft, illegal export, or exploitation) and should be "repatriated".[39]

III. A comparison of Hague 1954 and UNESCO 1970

We have seen that the Hague 1954 preamble speaks of "the cultural heritage of all mankind". UNESCO 1970, however, in its preamble and throughout, emphasizes the interests of states in the "national cultural heritage". Hague 1954 seeks to preserve cultural property from damage or destruction. UNESCO 1970 supports retention of cultural property by source nations. These different emphases: one cosmopolitan, the other nationalist; one protective, the other retentive, characterize two ways of thinking about cultural property. I refer to them as "cultural internationalism" and "cultural nationalism". At this writing, cultural nationalism dominates the field; it provides the reigning assumptions and terms of discourse in UNESCO and other international organizations, in national fora, and in the literature on cultural property.[40]

In some cases the two approaches reinforce each other, but they may also lead in different and inconsistent directions. Thus in discussing the Greek demand for return of the Elgin Marbles from En-

[36] For a discussion of these resolutions and other components of the repatriation movement see Nafziger, "The New International Framework for the Return, Restitution, or Forfeiture of Cultural Property", 15 *N.Y.U.J. of Int. L. & Politics* 789 (1983).

[37] See Nafziger, *op. cit. supra.*

[38] Council of Europe Parliamentary Assembly, 35th Ordinary Session, Resolution 808 (1983).

[39] I will discuss the repatriation movement and the question-begging nature of the term "repatriation" in another article.

[40] The leading works include: O'Keefe, P. J. & L. V. Prott, *Law and the Cultural Heritage,* Oxford, 1984; Niec, "Legislative Models of Protection of Cultural Property", 27 *Hastings L. J.* 10089 (1976); Burnham, B., *The Protection of Cultural Property,* Paris, 1974; Meyer, K., *The Plundered Past,* New York, 1973.

gland, the case is easy if only the assumptions and terms of cultural nationalism apply: the Marbles are Greek, belong in Greece and should be returned to Greece. But if cultural internationalism is introduced into the discussion, the question becomes much more complex and interesting.[41] The same is true of almost any other prominent cultural property claim: *e.g.* should Mexico return the Mayan Codex, stolen by a Mexican (a lawyer!) from the Bibliotheque Nationale in Paris, to France?[42]

The differences between cultural nationalism and internationalism become particularly significant in cases of what might be called "destructive retention" or "covetous neglect". For example, Peru retains works of earlier cultures that, according to newspaper reports, it does not adequately conserve or display.[43] If moved to some other nation they might be better preserved, studied and displayed and more widely viewed and enjoyed. To the cultural nationalist, any such destruction of cultural property is regrettable, but might be preferable to its "loss" through export. To a cultural internationalist, the export of threatened artifacts from Peru to some safer environment would be clearly preferable to their destruction through neglect. For example, if they were in Switzerland, Germany, or some other relatively wealthy nation with a developed community of museums and collectors knowledgeable about and respectful of such works, they could be better preserved. By preventing the transfer of fragile works to a locus of higher protection while inadequately preserving them at home, Peru endangers mankind's cultural heritage. Hence "destructive retention" or "covetous neglect".

Cultural nationalism and internationalism also diverge in their responses to the practice of hoarding cultural objects, a practice that, while not necessarily damaging to the articles retained, serves no discernible domestic purpose other than asserting the right to retain. Thus multiple examples of artifacts of earlier civilizations reportedly are retained by some nations although such works are more than

[41] See Merryman, "Thinking about the Elgin Marbles", 83 *Mich. L. Rev.* 1880 (1985).

[42] According to newspaper reports, the Mexican Government now has the Codex and has refused to return it to Paris, claiming that it was stolen from Mexico in the 19th century. Riding, "Between France and Mexico, a Cultural Crisis", *International Herald Tribune,* Aug. 31, 1982, p. 1; *San Francisco Chronicle,* August 19, 1982, p. 41.

[43] "Compare Peru Wages Campaign to Halt Trade in Stolen Treasures", *New York Times,* October 4, 1981, p. 23; with Schumacher, "Peru's Rich Antiquities Crumbling in Museums", *New York Times,* August 15, 1983, III, 14.

adequately represented in domestic museum and collections and are merely warehoused, uncatalogued and uninventoried, and unavailable for study or display. Foreign museums and collections that lack examples of such objects would acquire, study and display (and conserve) them. Cultural nationalism finds no fault with the nation that hoards unused multiples in this way. Cultural internationalism, however, urges that objects of that kind be made available abroad by sale, exchange or loan. In this way the achievements of earlier cultures of the source nation could be exhibited to a wider audience, the interest of foreigners in seeing and studying such works (their "common cultural heritage") could be accomodated, and the demand that is currently met through the illicit market could be partially satisfied by an open and licit trade in cultural property. It is widely believed that a number of source nations indiscriminately retain multiples of objects beyond any conceivable domestic need while refusing to make them available to museums and collectors abroad.[44] They forbid export but put much of what they retain to no use. In this way they fail to spread their culture, they fail to exploit such objects as a valuable resource for trade, and they contribute to the cultural impoverishment of people in other parts of the world.

A further criticism of retentive cultural nationalism is that by prohibiting or unduly restricting a licit trade in cultural property source nations assure the existence of an active, profitable and corrupting black market.[45] The tighter the export control in the source nation, the stronger the pressure to form an illicit market will be. Source nations generally take a contrary approach, citing the existence of

[44] Consider the following language from the UNESCO Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property, UNESCO Document IV.B.8 of Nov. 26, 1976: "Considering that many cultural institutions, whatever their financial resources, possess several identical or similar specimens of cultural objects of indisputable quality and origin which are amply documented, and that some of these items, which are of only minor or secondary importance for these institutions because of their plurality, would be welcomed as valuable accessions by institutions in other countries..." Other provisions of this interesting UNESCO Recommendation urge nations to exchange cultural property with institutions in other nations and are clearly aimed at the hoarding tendency described in the text. As a Recommendation, it imposes no legal obligation and, out of tune with the dominant retentive nationalism, has had no discernible impact on source nation practice.

[45] See the discussion in Bator, "An Essay on the International Trade in Art", 34 *Stan. L. Rev.* 275, 317 (1982) ("Ten easy lessons on how to create a black market"); Merryman with Elsen, "Hot Art: A Reexamination of the Illegal International Trade in Cultural Objects", 12 *J. of Arts Management and Law* No. 3 (Fall 1982), pp. 5, 16.

the illicit market as evidence of the need for international controls. The preamble of UNESCO 1970 makes the same argument, and indeed the entire Convention is based on the premise that the illicit traffic can be significantly reduced by adopting more extensive legal controls. Opposite assumptions are at work: to the source nations and UNESCO the existence of the illicit trade justifies further legal controls. To the critic, the extension of legal controls makes more of the traffic illegal and thus, perversely, makes the source nations/UNESCO argument self-inflating: more controls produce more illegal trade, which calls for more controls, and so it escalates.

There is ample empirical evidence that retentive laws have not effectively limited the trade in cultural property but have merely determined the form that traffic takes. There is little reason to suppose that the illicit traffic will cease as long as there is an appetite among the world's peoples for access to representative collections of works from the great variety of human cultures. That appetite is the source of the demand for cultural objects. The demand is substantial and, it would appear, is growing.

If it is true that the demand for cultural objects guarantees that *some* illicit traffic will exist, then the arguments for controlled legalization of the traffic become impressive. For example, Mayan sites in Mexico and Central America currently are mistreated by *huaqueros* who, out of ignorance and the need to act covertly and in haste, do unnecessary damage both to what they take and what they leave. Their activities, being surreptitious, are not documented, so that the objects they remove become anonymous, deprived by the act of removal of much of their value as cultural records. Would it be better if such activities were conducted openly, with the *huaqueros,* doing legally what was formerly illegal, supervised by professionals? In this way unnecessary physical damabe could be avoided and the work of removal documented. At present the money paid for illegally removed works goes in part to the *huaqueros* but, in large part, to bribe police and customs officials and to make profits for the criminal entrepreneurs who conduct the traffic. Would it be better if the income from cultural property sold abroad were available in the nation of origin to support the work of its archaeologists, anthropologists and other professionals, as well as the work of supervised *huaqueros?* Objects that merely replicate works already adequately represented in the source nation are expensive to store properly and constitute a valuable but unexploited resource for international trade. Would it be better if

such objects were sold and the proceeds used to enrich archaeological, ethnographic and museum activities in the nation of origin?

It is clear that some nations with strongly retentive policies lack the resources or the inclination to care adequately for their extensive stocks of cultural objects. To the cultural internationalist this is tragic. Such objects could be sold to museums, dealers or collectors able and willing to care for them. One way in which cultural objects can move to the locus of highest probable protection is through the market. Those who are prepared to pay the most for them are the most likely to do whatever is likely to protect their investment. The UNESCO Convention and national retentive laws, however, prevent the market from working in this way. They impede or directly oppose the market and thus endanger cultural property.[46] It is not necessary, however, to sell pieces of the nation's cultural heritage in order to exploit it. Such objects could be traded to foreign museums for works that would enrich each nation's ability to expose its own citizens to works from other cultures. They could be deposited on long term loan in foreign institutions capable and willing to care for and display them.

IV. A ONE-SIDED DIALOG

I have emphasized the criticisms of retentive cultural nationalism for two reasons. One is that I find these criticisms persuasive. The more important reason, however, is that in the 1970's and 80's the dialog about cultural property has become one-sided. Retentive nationalism is naturally and strongly represented wherever international cultural property policy is made. The structure and context of such discussions, at international organizations and conferences, is congenial to presentation of the position embodied in UNESCO 1970. The interests represented in Hague 1954, however, have no prominent or convenient voice. The international agencies that might be expected

[46] The UNESCO Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property of 1976, *cit. supra,* opposes the market approach in the preamble, stating: "...the international circulation of cultural property is still largely dependent on the activities of selfseeking parties and so tends to lead to speculation which causes the price of such property to rise, making it inaccessible to poorer countries and institutions while at the same time encouraging the spread of illicit trading." The Reommendation only supports exchanges between institutions, rejecting sales and any form of transaction with collectors and dealers. The market argument is obviously a controversial one and, in any case, needs much fuller discussion, which I will provide in another place.

to represent the more cosmoplitan, less purely nationalist, view on cultural property questions —the United Nations General Assembly and UNESCO in particular— are instead dominated by nations dedicated to the retention and repatriation of cultural property. First world/Third world and Capitalist/Socialist politics combine with romantic Byronism[47] to stifle energetic presentation of the views of market nations. As a result, the voice of cultural internationalism is seldom heard and less often heeded in the arenas in which cultural policy is made.

The danger is that UNESCO 1970, with its exclusive emphasis on nationalism, will further legitimize questionable nationalist policies while stifling cultural internationalism. The only hint of recognition of these realities in UNESCO 1970 occurs in a pallid and generally ignored clause in the preamble describing the benefits of the international interchange of cultural property:

> Considering that the interchange of cultural property among nations for scientific, cultural and educational purposes increases the knowledge of the civilization of Man, enriches the cultural life of all peoples and inspires mutual respect and appreciation among nations.

The rest of the Convention, including the preamble, provides unqualified support for retentive cultural nationalism.[48]

In the United States, a major cultural property market nation, the deck is thoroughly stacked against the forces of cultural internationalism. The United States has never become a party to Hague 1954.[49] It has, however, ratified UNESCO 1970 and enacted implementing legislation under it.[50] The United States has also supported the retentive nationalist position through a bilateral treaty with Mexico,[51]

[47] The element of romance in cultural nationalism and the influence of Byron in creating and nurturing it are discussed in Merryman, "Thinking about the Elgin Marbles", 83 *Mich. L. Rev.* 1880 (1985).

[48] To UNESCO's credit, some efforts at a broader, less exclusvely nationalistic approach have been made in some of its Recommendations, previously cited in this article. See in particular the Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property, UNESCO Document IV.B.8 of Nov. 26, 1976. That instrument's formal status as a mere recommendation, however, combined with its anti-market bias, deprives it of any practical force.

[49] For an exchange of correspondence setting out the official reasons for U.S. refusal to sign Hague 1954 see Merryman and Elsen 1-75 to 1-77.

[50] Public Law 97-446, 96 Stat. 2351, 19 USC ss.2601 ff. (1982).

[51] Treaty of Cooperation between the United States of America and the United Mexican States Providing for the Recovery and Return of Stolen Archaeological, Historical and Cultural Properties, 22 *U.S.T.I.A.* 494.

executives agreements with Peru[52] and Guatemala,[53] by legislation controlling the importation of pre-Columbian monumental sculpture and murals,[54] by executive action,[55] by agressive administrative action by the U.S. Customs Service,[56] and by criminal prosecution of smugglers.[57] Indeed, the United States (along with Canada) is of all cultural property market nations the most strongly committed, both in declaration and action, to the enforcement of other nations' retentive laws and policies,[58] while freely permitting the export of cultural property from its own national territory. This paradoxical policy began in the late 1960's, when the United States decided to participate in drafting what eventually became UNESCO 1970.[59] Until then the national policy had been consistent: works of art and other cultural property could be freely imported without duty and could be freely exported. The United States was committed to free trade in cultural property. Works stolen abroad and brought into the U.S. could of course be recovered by their owners in civil actions before state or federal courts, as has long been the rule in all nations.[60] The novelty was the gradual introduction, over a period beginning around 1970, of a growing number and variety of restrictions on the importation of cultural property in response to the retentive policies of source nations. Despite the occasionally successful efforts of collector, dealer and

[52] TIAS 10136, signed Sept. 15, 1981.

[53] Agreement of May 21, 1984 (not yet published).

[54] Public Law 92-587, 19 U.S.C. ss.2091 ff. (1972).

[55] See discussion of "The Boston Raphael" in Merryman and Elsen 2-7 ff.

[56] Fitzpatrick, "A Wayward Course: The Lawless Customs Policy toward Cultural Property", 15 *N.Y.U.J.L.* & Pol. 857 (1983). Proposed legislation that would limit Customs Service activities is at this writing before Congress but appears unlikely to pass.

[57] *U.S. v. McClain,* 593 F. 2d 658 (5th Cir. 1979); *U.S. v. Hollinshead,* 497 F. 2d 1154 (9th Cir. 1974). Both cases were prosecutions under a U.S. statute punishing transportation of stolen property in interstate or foreign commerce. McClain had illegally removed post and beads from Mexico; Hollinshead had illegally removed a stela from a Mayan site, Machiquila, in Guatemala. Both had brought the objects into the United States for sale. In both cases the courts treated the removals in violation of the foreign laws as "thefts" under the statute and upheld the convictions.

[58] Merryman, "International Art Law: From Cultural Nationalism to a Common Cultural Heritage", 15 *N.Y.U.J. Int. L.* & *Pol. 757* (1983).

[59] For a brief explanation of the reasons for U.S. involvement in the project that culminated in UNESCO 1970 see Bator, "An Essay on the International Trade in Art", 34 *Stanford L. Rev.,* 275, 370 (1982), republished as Bator, *The International Trade in Art,* Chicago, 1982.

[60] A recent example is Kunstsammlungen zu *Weimar v. Elicofon,* 678 F. 2d 1150 (2d Cir. 1982) (two Durer portraits stolen at the end of World dar II ordered returned to East Germany).

museum interests to moderate this response, the general direction in the United states has been one of support for cultural nationalism.

V. Conclusion

Both ways of thinking about cultural property are in some measure valid. There are broad areas in which they operate to reinforce each other's values. Those are the easy cases. The hard ones arise when the two ways of thinking lead in different directions. Then distinctions have to be made, questions require refinement, and it becomes necessary to choose. Thus any cultural internationalist would oppose the removal of monumental sculptures from Mayan sites where physical damage or the loss of artistic integrity or cultural information would probably result, whether the removal was illegal or was legally but incompetently done. The same cultural internationalist might, however, wish that Guatemala would sell or trade or lend some of its reputedly large hoard of unused Chac-Mols, pots, and other objects to foreign collectors and museums, and he might be impatient with the argument that other nations should not only forego building such collections but should actively assist Guatemala in suppressing the "illicit" trade in those objects. In principle, any internationalist would agree that paintings should not be stolen from Italian churches for sale to foreign collectors. But if a painting is rotting in the church from lack of resources to care for it, and the priest sells it for money to repair the roof and in the hope that the purchaser will give the painting the care it needs, then the problem begins to look different.[61] Even the most dedicated cultural nationalist will find something ludicrous in the insistence that a Matisse painting that happened to be acquired by an Italian collector had become an essential part of the Italian cultural heritage.[62]

More fundamentally, the basis of cultural nationalism and the validity of its premises require reexamination. In a world organized into nations-states and in a system of international law in which the state is the principal player, an emphasis on nationalism is understandable. But the world changes, and with it the centrality of the state. A

[61] See Stewart, "Two Cheers for the Tombaroli", *The New Republic*, April 28, 1973, p. 21 ("per piacere, rubatelo!"); Giovanna Luna, "The Protection of the Cultural Heritage: An Italian Perspective", in *UNSDRI, The Protection of the Artistic and Archaeological* heritage 164 ff. (Rome 1976).

[62] *Jeanneret v. Vichy*, 693 F. 2d 259 (2d Cir. 1982).

concern for humanity's cultural heritage is consistent with the emergence of international laws and institutions protecting human rights.[63] A slighter emphasis on cultural nationalism is consistent with the relative decline of national sovereignty that characterizes modern international law. In the modern world both ways of thinking about cultural property have their legitimate place. Both have something important to contribute to the formation of policy, locally, nationally and internationally, concerning pieces of humanity's culture. But where choices have to be made between the two ways of thinking, then the values of cultural internationalism: preservation, integrity and distribution/access,[64] seem to carry greater weight. The firm, insistent presentation of those values in discussions about trade in and repatriation of cultural property will in the longer run serve the interests of all mankind.

[63] See UNESCO, *Cultural Rights as Human Rights, Studies and Documents on Cultural Policies* No. 3 (1970).

[64] See Merryman, "Thinking about the Elgin Marbles", 83 *Mich. L. Rev.* 188 (1985).

REPOSE LEGISLATION: A THREAT TO THE PROTECTION OF THE WORLD'S CUTURAL HERITAGE

James A. R. NAFZIGER *

SUMMARY: I. *The Cultural Property Repose Act.* 1. *Summary.* 2. *Details.* 3. *Constitutional Issues.* 4. *Issues of Draftmanship.* II. *Alternatives to Repose Legislation.*

This essay honors the work of our distinguished colleague, Dr. Héctor Fix-Zamudio. It addresses three spheres of his expertise: comparative law, constitutional law, and procedural law. In particular, the essay will focus on one of Dr. Fix-Zamudio's abiding interests: the role of legal institutions in protecting fundamental, democratic processes. Dr. Fix-Zamudio has written authoritatively about the positive role of such important Institutions as the *amparo* and Ombudsman, whereas this essay will examine a threat to the positive role of the courts, namely, a proposal to curb their jurisdiction in the United States to hear certain claims by foreign sovereigns. Specifically, the focus will be on proposed legislation whose effect would be to make it difficult for governments to reclaim wrongfully exported cultural property "reposing" in foreign jurisdictions. Although this topic may seem narrow, it has important implications for Mexico and for United States-Mexican relations. Also, such repose legislation raises a number of issues concerning the role of governmental plaintiffs in foreign courts. Most importantly, a discussion of the proposed legislation provides an unusual opportunity to focus on constitutional, comparative, and processoriented issues of the sort that have been so expertly considered in other contexts by Dr. Fix-Zamudio. Although this essay will challenge proposed legislation of the author's own country, the central issue of limiting the access of foreign sovereigns to municipal judicial remedies is universal. Thus, this essay merely uses the United States proposal, with which the author is familiar, as an example of a kind of restrictive legislation that is by no means unique in the world.

Several years ago, while Dr. Fix-Zamudio was serving as Director

* Professor, Willamette University College of Law.

of the Institute of Legal Research at UNAM, I had the memorable experience of working there as a visiting lecturer under the Fulbright program. At that time I undertook two research projects and gave several seminars. One of these concerned illicit trafficking in national art treasures. It seems appropriate, then, to examine that subject again, this time as a tribute to Héctor Fix-Zamudio.

While I was in Mexico the main objective of international cultural property law was to prevent illicit trafficking. This objective remains important today. The tragic theft in 1985 of priceless objects on display at the National Museum of Anthropology in Chapultepec Park is a painful reminder that art thefts are a serious threat to national patrimonies and are often encouraged by the international art market. Property is all too easily stolen and transported to another country or even it it is not stolen, strictly speaking, it is too often smuggled out of a country of origin in violation of the latter's antiquities and customs laws. In either event the result is the same for the country of origin. The international community therefore continues to search for ways to prevent the hemorrhaging of national cultural patrimonies.[1] The main objective of a relatively new body of international cultural property law has been to prevent illicit trafficking in cultural property. In addition, however, much attention has turned in recent years to the restitution, forfeiture, or return of cultural property once law-enforcement measures have failed to prevent theft or wrongful export of such property. In this process sovereign claims play a major role.

"Repose" legislation, if enacted by the United States Congress, would severely handicap a sovereign government from bringing court action in the United States in order to reclaim cultural property illegally taken out of its territory in violation of its laws. More precisely, the legislation would impose prohibitive, nationwide statutes of limitations whose effect would be to severaly limit an important juridical device for protecting the global cultural heritage. Opponents claim that the proposed legislation would convert the United States into a pirate's cove for contraband artifacts. In any event, the proposed legislation raises important issues of international and constitutional law and of legal draftsmanship. What follows will first examine the purpose and content of the proposed legislation, then some of its legal problems, and finally, a few alternatives.

[1] See *e.g.*, Nafziger, *La regulación del movimiento internacional de bienes culturares entre México y Estados Unidos*, 16 Anales de Antropologia 123, UNAM, 1979.

I. The Proposed Cultural Property Repose Act

The proposed Cultural Property Repose Act [2] responds to the anxieties of some cultural institutions and private collectors in the United States that courts will require them to forfeit property they acquired long ago that is now claimed by foreign governments either to have been stolen, strictly speaking, or otherwise to have left their territories in violation of their antiquities or customs laws. The technical problem that seems to have motivated the drafting of the proposed legislation relates to the diversity of procedural rules that govern statutes of limitations govern the period of time available for bringing a particular form of legal action after it accrues, the accrual of a cause of action is timed according to legal standards that differ among the jurisdictions. Thus, in some states such as New York, replevin laws allow actions to be brought within a stipulated period of time only *after a demand has been refused by the holder of an object* (the "demand and refusal" rule), rather than (often much earlier) *after the date of the export* or *theft* from the claimant foreign state.[3] In New York, therefore, a claimant can "sleep" on its rights with impunity, that is, without fear that it has delayed bringing a claim until too long after the controverted export or theft has occurred. The government of Perú claims title, for example, to *all pre*-Columbian objects on the basis of a 1929 law of cultural patrimony, regardless of how long the objects may have "reposed" in another country, even without Peru's assertion until recently of entitlement to the property.[4]

In response to this technical problem, the proposed legislation seeks to free United States owners of cultural property from civil suit by foreign governments. To quote the sponsors of the current bill in Congress, its specific purpose is to protect the "right [of collectors] to acquire items in other countries legally and in good faith, without fear of subsequent seizure by the government of the country of origin".[5] On

[2] There are four versions of the proposed legislation. Generally, H.R. 2389, 99th Cong. Ist Sess. (1985) and its identical counterpart, S. 1523, *id.* [hereinafter cited as proposed legislation], were intended to supersede S. 311 and H.R. 1798, 98th Cong., Ist Sess. (1983). Hearings on S. 1523 were held Jan. 9, 1986.

[3] See generally Comment, "The Recovery of Stolen Art: Of Paintings, Statues, and Statutes of Limitations, 27 *U.C.L.A. L. Rev.*, 1122 (1980); Kunsssammlungen zu Weimar v. Elicofon, 678 F.2d 1150 (2d Cir. 1982); Menzel v. List, 49 Misc. 2d 300, 267 N.Y.S. 2d 804 (Sup. Ct. 1966), *aff'd per curiam*, 28 App. Div. 2d 516, 279 N.Y.S. 608 (1967).

[4] CONG. REC. E2981 (daily ed. June 25, 1984) (statement of Rep. Long).

[5] CONG. REC. E2250 (daily ed. May 16, 1985) (statement of Rep. Gephardt).

its face, this stated purpose would seem to argue for a license to steal. Giving the bill the benefit of the doubt, however, one might reasonably infer that it was intended to immunize from litigation only those claims for material *appropriately reposing* in the United States, that is, to discourage *unreasonable and unfair* claims by foreign sovereigns to property. Regardless of which of these presumed purposes is accurate, this essay will attempt to show that the proposed legislation is neither justifiable nor necessary. Supporters of repose legislation also object to claims by foreign sovereigns that refuse to reciprocate in favor of United States-based claims to recover American property in the foreign territory.[6] To supporters of the repose legislation, the issue is one of fairness.

The first repose bills were reportedly drafted and promoted not in Washington, but in the offices of a Houston, Texas law firm that was serving as a Congressional lobbyist on behalf of a local client. That in itself is an interesting point concerning the legislative process. The impetus for the legislation seems to have been Rumania's claim of title to an El Greco painting ("Giacomo Bosia") that has been possessed for less than four years by the Kimbell Art Museum in Fort Worth, Texas, and the (misplaced) fear that the Government of Peru claims all pre-Columbian artifacts brought into the United States since 1929.[7] Although the repose legislation has little chance of enactment, it raises interesting questions that help reveal features of the legal process in the United States.

1. *A Summary*

In brief, the proposed legislation would establish a timetable for suits by foreign governments to reclaim cultural property in the United States. It thus bars suits if the claimed property has been in then United States under stipulated circumstances for varying periods of time. The bill applies to all claimed property in the United States and to civil litigation in both federal or state courts.

The proposed legislation is designed to be applied in conjunction

In the Jan. 9, 1986 hearing on S. 1523, Senator Mathias, the bill's sponsor, rather ambitiously declared the following purpose: "to reduce the uncertainties inherent in the ownership of art, artifacts, and other cultural property."

[6] CONG REC. E2981, *supra* note 4.

[7] See CONG. REC. E2981, 2250, *supra* notes 4, 5. For an excellent discussion, including Peru's vigorous denial of an intention to claim the pre-Colombian objects; see Herscher, "Senate Holds Hearings on Cultural Property Repose Act", 13 *J. of Field Archaeology*, Sept. 1986, at 3.

with a federal law that implements the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property.[8] Thus, "cultural property" is defined by the UNESCO Convention. Under the Act that implements the UNESCO Convention, the United States and foreign governments may formally designate significant items and categories of cultural property; this designation then leads to import restrictions to curtail illicit international trade in the designated items. The UNESCO-implementing Act provides for administrative seizure and return of objects imported in violation of those restrictions after its enactment, subject to a sliding scale of repose periods ranging from three to twenty years, depending on whether interested parties could have determined the itm's whereabouts through proper investigation. Neither the Act nor the UNESCO Convention applies retroactively. Supporters of repose legislation claim, however, that the UNESCO-implementing Act does not offer repose with respect to items exported before the date of specific designation, nor to items that are not specifically designated, nor to any form of action other than a suit by the United States to enforce the import restrictions. Thus, supporters of the proposed legislation claim that the UNESCO-implementing Act is a piece of Swiss cheese, full of holes; they claim that the existing law offers little real protection against extravagant claims by foreign sovereigns in United States courts. Opponents of the proposed legislation respond, however, that the holes in the Swiss cheese represent gaps in more effective implementation of international cultural property law. In any event, "hardly a show on pre-Columbia art could be mounted anyhere without charges that it contains looted material".[9]

2. *Details*

A. The Proposed Legislation

The proposed legislation for repose of cultural property would bar the initiation of civil actions by foreign governments to recover artifacts that have been held in the United States for at least five years before the date of the legislation's enactment or under any of several other

[8] Oct. 23-Nov. 14, 1970, 823 U.N.T.S. 231 (1972), *reprinted in* 10 Int'l Legal Materials 289 (1971).

[9] Crossley, "The Mayan Field at the Kimbell", *The Washington Post*, May 18, 1986, at B1, B11, col. 6.

circumstances. The latter provisions are designed to bar claims by foreign governments whenever they are deemed to have adequate notice of an artifact's location in the United States. The proposed legislation would, however, preserve the right of foreign individuals or non-governmental entities to bring civil actions.

Enactment of the proposed legislation on October 1, 1987, for example, would mean that a foreign government could not commence a recovery action, claiming an artifact that had entered the United States more than five years earlier (before October 1, 1982), or which:

> (2) has been held in the United States for two years, irrespective of the date of enactment of this Act by a recognized museum or religious or secular monument or similar institution, if, for that period, the institution has exhibited the item or has made knowledge of it available through publication, cataloguing or otherwise; or
> (3) has been held in the United States for five years, irrespective of the date of enactment of this Act, if, for three years of that period, that fact of such holding was made public through public exhibition or publication, through consultation by the holder with scholars or experts, through published studies or otherwise; or
> (4) has been held in the United States for ten years, irrespective of the date of enactment of this Act, unless the foreign state establishes that the United States holder acquired the item with actual knowledge that it had been removed from the possession of the country of origin in violation of the law of the country of origin, in which event the foreign state shall have two years from the date such state acquired knowledge of the identity of the holder in which to bring such action.[10]

B. A Comparison Between the Proposed Legislation and the Convention on Cultural Property Implementation Act

The proposed legislation differs from the UNESCO-related Convention on Cultural Property Implementation Act ("the Act").[11] The latter generally provides for repose of cultural property from *administrative* seizure, usually by the Custom Service, rather than *adjudicated* seizure of property brought into the United States in violation of the Convention. A summary of the Act and its background follows.

[10] Proposed legislation, *supra* note 2.

[11] 19 U.S.C. §2601 *et seq.* For a summary, *see* Kouroupas & Guthrie, *The Cultural Property Act: What it Means for Museums,* Museum News, June 1985, at 47.

Until the Act became law, a foreign claimant's only legal remedy, after an artifact in which it claimed a property interest had entered the United States, was to bring civil action in a federal or state court for recovery, money damages, or both. In these cases the claimant has the burden of proving a common-law property interest greater than that of the United States holder, ordinarily limited to instances of artifacts clearly stolen from known owners abroad. Artifacts are ordinarily immune from claims by foreign governments if they have not been "tolen" in the usual sense, but have been smuggled out of a country in violation of its antiquities or customs laws. The Act added an additional remedy: the United States Government is authorized to seize illegally-imported artifacts. It may not, however, seize any designated or stolen artifact that has, under certain circumstances and periods of time, reposed in the United States.

This "repose" provision to avoid governmental seizure of artifacts, within the UNESCO framework, was intended to establish a reasonable period of time during which claimants migth have an adequate opportunity to identify and recover illicitly trated cultural property. The provisions of the Act do not, however, affect existing rights of a foreign individual, entity, or *government* to bring a federal or state lawsuit for recovery of the property, damages, or both. The repose legislation, on the other hand, would provide in effect for immunity from a foreign governmental claim after a claimed artifact has reposed for only a short period of time in the United States. Thus, while goth the Act and the proposed legislation provide in different ways for repose, the latter presents a particularly serious international problem.

Specifically, the Act provides that artifacts that have been held in the United States by a museum or similar institution for three consecutive years and have been effectively reported, exhibited, or publicly catalogued, are not subject to administrative seizure. The Act, unlike the proposed legislation, requires that all protected artifacts must have been acquired (1) for value, (2) in good faith, and (3) without notice of their importation illegally into the United States. The proposed legislation, on the other hand, provides far more broadly that artifacts held in the United States by a museum for just two years, irrespective of the date of enactment of the proposed legislation, and exhibited or catalogued for that period, are immune from suit initiated by foreign governments.

With respect to artifacts that have been held in the United States for ten years, the Act provides against administrative seizure if they

have been exhibited in a museum for any five of the years. The corresponding provision in the proposed legislation, on the other hand, would grant repose from civil claims for all artifacts that have been held in the United States for only five years, irrespective of the date of enactment of the proposed legislation, so long as they have been exhibited, catalogued, publicized, or otherwise made known to scholars for three of the five years, not necessarily in a museum or similar institution.

The Act otherwise establishes that artifacts are immune from seizure that have been held in the United States for ten years where it can be proven that the concerned foreign government received or should have received fair notice of their location. The proposed legislation, by contrast, shifts the burden by barring litigation to recover artifacts that have been held in the United States for ten years, irrespective of the date of enactment of the proposed legislation, unless the foreign government can prove that the United States holder acquired the artifact with *actual knowledge* that it had been exported illegally, and initiates a recovery action within two years of the time it has first learned of the holder's identity. This burden of proof imposed on the foreign government is very heavy. Given that stolen property typically changes hands at least once before it appears in the marketplace, the property thereby becomes removed from the first purchaser, who may be the only one to "knowlingly" acquire the property. Quite likely, then, the holder against whom the foreign government asserts a claim will be immune from civil action by the claimant government.

Finally, if all else fails, the Act, but not the proposed legislation, provides immunity from seizure of artifacts held in the United States for the long period of 20 years if the holder can establish that it had purchased the artifact "for value and without knowledge or reason to believe that it was imported in violation of the law".

In view of the temporal and evidentiary barriers confronting a claimant, the effect of the proposed legislation, but not the Act, is to all but prohibit foreign governments from bringing recovery actions in both federal and state courts. Thus, the proposed legislation provides repose from adjudication for those artifacts that are immune from administrative seizure under the Act by making it nearly impossible for foreign governments to initiate legal action for their recovery, even if the artifacts were taken out of a country in violation of its laws. In sum, the proposed legislation would conflict with, rather than complement, the Convention on Cultural Property Implementation Act.

3. *Constitutional Issues*

What are the legal problems? Let us begin with the United States Constitution. The Fourteenth Amendment provides, in part, that no state shal "deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law".[12] This principle of equal protection applies, arguably, to federal as well as state courts because of the Fifth Amendment's Due Process Clause, which by judicial interpretation incorporates the Fourteenth Amendment (otherwise applicable only to state action). Under the proposed legislation, foreign governments, but not other plaintiffs, would either be denied their "day in court" before their claims arose, or be required to carry a unique burden of proving that a holder of an item knew that it had been stolen. Thus, the law would be applied unequally.

The rule of equal protection therefore casts doubt on the constitutional validity of the proposed legislation, and invites retaliation by foreign governments against United States nacional who might seew foreign governmental assistance in recovering stoles cultural property within their jurisdiction. Although no federal court has ever held against other forms of repose legislation, some statutes of repose have been held to violate state constitutions. An example of a successful challenge is *Overland Construction Co., Inc. v. Sirmons*,[13] where the Florida Supreme Court held that a Florida statute of repose was unconstitucional. The statute was said to violate a provision of the Florida Constitution, as follows: "The courts shall be open to every person for redress of any injury, and justice shall be administered without sale, denial or delay."[14] It is arguable that this clause was written simply to ensure that all citizens had access to Florida courts without regard to race, sex or creed, and that it did not bar the legislature from imposing other limitations on causes of action. The Florida court, however, interpreted that state's constitution broadly so as to guarantee a reasonable access to the court for redress of a wrong, and concluded that it would be unreasonable to bar a claimant from access to the court prior to the occurrence of any injury. The Florida court was specifically addressing issues of purely domestic concern involving a statute that would have protected a single class of defendants —manufacturers in products liability cases— against court actions. Neverthe-

[12] U. S. CONST. amend. XIV, §1.
[13] 369 So. 2d 572 (Fla. 1979).
[14] Fla. Const. art 1, §21.

less, the proposed legislation with which this essay deals raises similar constitutional issues. Thus, the distinction between foreign sovereigns, who would be greatly handicapped in bringing litigation to reclaim property, and the individuals and non-governmental organizations who could continue to do so, is highly questionable.

A second constitutional problem involves the failure of the proposed legislation to provide due process under the Fifth Amendment. Legitimate possession of cultural property must be open and notorious to defeat the claims of prior owners, and adequate and fair notice must be given to all property owners before depriving them of their ownership rights. Applying these standards, the requirements for display and notification provisions of the proposed legislation are inadequate. These problems are discussed below as matters of draftsmanship.

Another constitutional problem is that, within the federal system of the United States, federal repose legislation improperly enters a domain that has been reserved to the states historically and for good reason. Within the federal system there is no uniform property law, nor are there uniform statutes of limitations, although there are some uniform conflict-of-law rules governing the applicability of conflicting statutes of limitations. Generally, then, both the statutory period for bringing an action and property law desling with the ownership, disposition and recovery/return of property have been treated as state, not federal, concerns. For example, the federal courts, following the United States Supreme Court, have made it abundantly clear in certain procedural contexts that statutes of limitations can be "outcome-determinative" and therefore are generally within the province of state law.[15]

Even when foreign affairs are involved, ordinarily a matter strictly for the federal government, state law may govern if the underlying interests are essentially matters of property or statutes of limitations and the federal, foreign affairs interest is only incidental. Thus, the United States Supreme Court has been willing to permit the states to have juridical control over the disposition of property involving foreign interests so long as that control does not conflict with federal law, including any treaty commitments, or directly interfere otherwise with the normal conduct of foreign affairs. The is an important point. An

[15] In Guaranty Trust Co. v. York, 326 U.S. 99 (1945), for example, the United States Supreme Court held that a federal court must apply state statutes of limitations. The court's rationale was that, "in all cases where a federal court is exercising jurisdiction solely because of the diversity of citizenship of the parties, the outcome of the litigation in the federal court should be substantially the same, so far as legal rules determine the outcome of a litigation, as it would be if tried in a State court".

argument in favor of federal repose legislation is that, because it has an international dimension, it is therefore an exception to the general reservation of authority to the states in matters of property and statutes of limitations. Let us briefly examine this argument.

It is well established that all state actions within the federal system that may have a significant impact on foreign affairs or may conflict with United States foreign policy are unconstitutional so long as they have not been explicitly authorized by the federal government. For example, in *Zschernig v. Miller*,[16] the Supreme Court struck down an Oregon statute which required probate courts to make a three-leveled inquiry "into the type of government that obtain in particular foreign nations"[17] before permitting citizens of those nations to receive property left them by Oregon residents. The Court's rationale was that the state had intruded into the field of foreign affairs which the Constitution entrusts to the President and the Congress. To justify repose legislation on this theory is, however, bootstrapping. After all, it is unlikely that any foreign government would favor the repose legislation; thus the United States government has no foreign interests to protect against state encroachment by means of the proposed legislation. The legislation might even harn foreign relations between the United States and other governments. For example, the legislation might bar German museums from recovering cultural property wrongfully taken by the Nazis or foreign troops during the Second World War. To argue that the mere insertion of a foreign dimension into legislation makes it a federal concern is to argue that there is no objective reality to the constitutionally prescribed division between federal and state jurisdiction. The intended result of the repose legislation is reminiscent of the notorious (and unsuccessful) Bricker Amendments of the 1950's, whose purpose was to try to restrict the powers of the executive branch of the federal government to cooperate with foreign governments.[18]

Repose legislation would violate not only these constitutional principles, but also the spirit, if not the specific provisions, of the UNESCO Convention, which as a treaty properly implemented by special legislation is the "Supreme Law of the Land" under the United States Constitution. One might argue that, if the repose exemptions of the UNESCO Convention's implementing legislation are acceptable, so are the exemptions in the proposed legislation. That, however, is comparing

[16] 389 U.S. 429 (1968).

[17] *Ibidem.*

[18] For a discussion of these, see W. Bishop, International Law: Cases and Materials 110 (3d ed. 1971).

apples with oranges. It is one thing to define, as the implementing legislation does, the administrative measures by which the United States Customs Service is to implement treaty law, subject to court review, and quite another thing to deny access, as this bill does, to the courts.

4. *Issues of Draftmanship*

The proposed bill also presents problems of draftsmanship. The wording is often vague. Notification or public disclosure provisions, in particular, would be ineffective —as the drafters may well have intended. Is would be next to impossible for foreign governments to monitor and thereby know about all exhibitions and publications that conceivably give notice of the unexpected location of a particular artifact. One of the proposed exemptions refers to cultural property that has been held in the United States for five years where, "for three years of that period, [the fact of the holding of that property] was made public through exhibition or publication, through consultation by the holder with scholars or experts, through published studies or otherwise".[19] Thisexemption is so large as to swallow any principle of cooperation with foreign sovereigns. Who qualifies as a "scholar or expert"? What constitutes adequate "exhibition or publication"? What constitutes acceptable "consultation"? Note, for example, that *any* publication of the possession of the cultural property seems acceptable, even a brief notice placed deliberately in an obscure or unknown publication, perhaps even a newsletter distributed primarily to an institution's own trustees. There is also an exemption for museums, religious or secular monuments, or similar institutions whenever that institution has exhibited the item —the bill does not say where presisely— or has made knowledge of it available through publication, cataloguing or "otherwise".[20] Constitutionally, the vagueness of such terms as "publication", "cataloguing", and especially "otherwise" is so great that the proposed legislation may be void. In the words of one expert:

> It is totally unrealistic to suggest, because an object has been exhibited in a museum for three years or even five, that this is sufficient notice,. or if it is published in a museum bulletin or in an obscure archaeological publication, it will thus come to the atten-

[19] Proposed legislation, *supra* note 2, ch. 101(a)(3).
[20] *Ibidem.*

tion of the officials of those countries from which the object has come.

It is undoubtedly true that in major museums an object could be on exhibit for years and might even be unknown to the senior staff of those museums. How can one expect an illicitly acquired object on view in the corridor of a large museum to come to the attention of the authorities of those countries from which it may have been illicitly exported?[21]

A final question about the repose legislation is whether it would affect the principle, *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ("one cannot give what he does not have"). Although a statute may qualify the principle that a thief cannot pass good title, such action ought to be taken only in exceptional circumstances that would not seem to exist to justify the repose legislation.

II. Alternatives to reposet legislation

Before considering alternatives to repose legislation, one might ask why cultural property ought to be treated any differently in the face of claims by foreign sovereigns, from any other form of property. If a Rembrandt is stolen from Holland and all but hidden in the United States for five years, why should it then be immune from a claim by the Dutch government, whereas a stolen automobile would not be immune?

Suppose I go to Ruritania and visit the government there. Some bureaucraf, to make a little money on the side, sells me some government pencils or office furniture in violation of the Ruritanian law which, of course, makes that government property Suppose these gifts later pass routinely through Ruritanian customs as I leave the country. I have taken property wrongfully out of Ruritania. Now suppose, on the other hand, that after I have left the government area, in the shadows of the national palace, I am offered some rare antique bronzes. Suppose, too, that I am able to get the bronzes out of the country. Why should it be more difficult for the government of Ruritania to bring an action in the courts of my country to reclaim the cultural property —the bronzes— than to reclaim the pencils or the office furniture as a matter of routine inter-governmental cooperation? The proposed legislation is hard to justify in these terms. We should be no

[21] Letter from Paul N. Perrot to Rep. Gephardt, *quoted in* 12 J. Field Archaeology 479 (1985) [hereinafter cited as Letter].

less sensitive to foreign claims of wrongfully exported cultural property than they are to any other wrongfully-exported property.

What are the alternatives to the proposed legislation? Let us first accept the stated purpose of the bill. It is to protect institutions and collectors against unfair or unreasonable claims by foreign sovereigns. What, then, is unreasonable? it would seem to be sensible to prohibit claims where property on truly public display has very clearly reposed for extended periods of time. In the most obvious case, the cultural property may have been openly exhibited for extended periods of time. For example, the magnificent collection of French impressionist art in Leningrad's Hermitage Museum is as closely identified today with the Soviet Union as it is with France, Permanent repose in Leningrad would seem to be apropriate. Thus, one alternative to sweeping repose legislation might be to oppose claims by foreign sovereigns for return of long-reposing, publicly-exhibited property, while at the same time encouraging institutions and collectors to cooperate unilaterally or informally in the return or restitution of some cultural property.[22] That is, after all, a moral or ethical responsibility.

Also, in the contemporary legal world it may be unreasonable for a foreign state to assert a claim for restitution outside the terms of a multilateral or bilateral treaty such as that between Mexico and the United States.[23] It certainly seems unfair or unreasonable to apply new restric-

[22] "The proposed legislation unwittingly condones that which should be professionally unacceptable and morally reprehensible, and I can see absolutely no need for it. Rather, it seems to me, we should encourrage freer exchanges through legitimate means, traveling exhibitions and exchanges among museums, encouraging foreign countries to establish licit market for the sale of surplus antiquities." Letter, *ibidem.*

[23] Treaty of Cooperation Providing for the Recovery and Return of Stolen archaeological, Historical and Cultural Properties, July 17, 1970, United States-Mexico, 22.1 U.S.T. 494, T.I.A.S. No. 7088. Article III of the Treaty provides:

> Each Party agrees, at the request of the other Party, to employ the legal means at its disposal to recover and return from its territory stolen archeological, historical and cultural properties that are received after the date of entry into force of this Treaty from the territory of the requesting Party.

See also Act of the Regulation of Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Murals, 19 U.S.C. §§ 2091-2095 (1976).

Section 2092(a) of that Act provides as follows:

> No pre-Columbian monument or architectural sculpture or mural which is exported... from the country of origin after the effective date of the regulation listing such sculpture or mural... may be imported into the United States unless the government of the country of orign of such sculpture or mural issues

tions on the flow of cultural property retroactively. Normal statutes of limitations ought to be applied to all property, whether it is "cultural" or not.

Another alternative might be an explicit bar to all claims to property that have reposed before a certain date. The year 1970, when the UNESCO Convention was opened for signature, might be appropriate, or from the standpoint of the United States, 1972, when the Senate gave its advice and consent to that treaty by a vote of 83-0 In sum:

> Objects that have been in this country for fifteen, or preferably twenty, years, were exhibited in a prominent location, published in a broadly circulated bulletin and in an appropriate archaeology publication should be protected. The argument advanced by some, that the western industrial world, by acquiring collections has protected a good part of the developing world's patrimony in the past, is certainly valid and no one would question it. The fact is, however, that these countries despoiled in the past, either by wars, colonial occupation or illicit activity of their own citizens in connivance with foreign buyers, are now beginning to appreciate the importance of this patrimony to the welfare of their culture. I believe that we have an obligation to assist them in this realization, which has enriched our own civilization and our people.[24]

Much of the fear that has prompted proposals for repose legislation is misplaced. The main problem for legitimate owners of cultural property, including foreign governments, is to locate the property; variations among state statutes of limitations are relatively insignificants. Even with the demand-and-refusal-type construction of statutes of limitations such as in New York,[25] or the somewhat less but still troublesome rule of adverse possession in New Jersey,[26] there are equitable doctrines (estoppel, acquiescence, and so on) to deny unreasonable claims. The *Elicofon* opinion acknowledged that, if a foreign government had simply slept on its rights and had either been negligent or acquiesced in repose of property in this country, that would have ended the matter,[27] regardless of the kinds of statutes of limitations (for

> a certificate... which certifies that such exportation was not in violation of the laws of the country.

[24] Letter, *supra* note 21.
[25] See Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon, 678 F.2d 1150 (2d Cir. 1982).
[26] See O'Keeffe v. Snyder, 170 N.J. Super. 75 (1979).
[27] 678 F2d 1150, 1163, n. 23.

example, the demand-and-refuse rule) that seem to be of such great concern to those who support the proposed legislation. Also, the principle of reciprocity could be exercised to prevent suit by any foreign state that would similarly bar suits by the United States Government.

The International Foundation for Art Research has proposed an institutional response to the spectre of uncertainty in the art market raised by proponents of the legislation.[28] This proposal recommends a central registry for museums or collectors. Such a registry, supervised perhaps by the United States government, would be limited to potentially controversial items. Holders of property could file information about them, without which the local statute of limitations would not begin to run; after filing, the statute would begin to run. Prospective claim ants would then have the burden only of checking a single listing in order to avoid the adverse running of a demand-and-refusal or similar statute of limitations. Even in the absence of a central registry, collectors and museums can enlist the investigative assistance of the federal government if they have any doubts about the provenance or title of an object. The federal government may issue a declaration of immunity from public seizure to prevent claims on art or artifacts imported into the United States for exhibition.

In sum, no one should fear unreasonable claims for the return of cultural property under the present law. There is thus no need for the highly questionable, and probably unconstitutional, repose legislation. Instead, governments should cooperate in sharing the global cultural heritage, rather than either hoarding or ravaging it.

[28] Letter from William B. Jones, President, International Foundation for Art Research to Senator Charles Mathias (March 26, 1986) (copy in author's files).

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS SINDICATOS *

Braulio RAMÍREZ REYNOSO

SUMARIO: I. *División tradicional del orden jurídico.* II. *Surgimiento del derecho social.* III. *Vertientes tradicionales del derecho del trabajo.* IV. *La parte colectiva del derecho del trabajo. Concepción triangular.* V. *La figura sindical y el Código Civil.* VI. *Tratamiento sindical en la Constitución y en la Ley Federal del Trabajo.* VII. *Conclusiones.*

I. DIVISIÓN TRADICIONAL DEL ORDEN JURÍDICO

En la teoría jurídica campean criterios que van desde ópticas sociologizadas de la norma hasta posiciones ideológica y socialmente asépticas.

Si en el primer caso puede ser grave hacer abstracción del método, poco aportará quien identifique método-objeto en el segundo. No puede haber, de hecho, norma sin horizonte social. Hay algo más allá de la expresión que simplemente señala que un acto público es tan acto jurídico como un contrato, al considerar que la manifestación de la voluntad, hecho creador del derecho, priva en ambas circunstancias.

En un tránsito que pretende seguir derroteros dialécticos, pasaremos de un término o situación (división bipartita) al término o la situación contradictorios (negación de la división), hasta arribar a una última instancia satisfactoria (superación o antítesis). Pues bien, los primeros intentos nos conducen a la llamada *tesis romana,* radicada en Ulpiano, conocida como la *teoría del interés,* y que nos remite, así sea embrionariamente, a la noción de derecho privado y de derecho público, según se mirara a la utilidad particular o al *interés* de la incipiente función estatal.

Un gran salto nos lleva hasta la aportación del destacado tratadista alemán Jorge Jellinek. Encontraba dos planos: uno de horizontalidad entre la ciudadanía y otro con individuos dotados de *imperium,* jerarquizado. Corresponderían, en su orden, al derecho privado y al

* A Héctor Fix-Zamudio: humanista, maestro, sistematizador y difusor del derecho social.

derecho público. Conocida como la teoría de la naturaleza de las relaciones jurídicas, tiene el mérito de no contraponer a unas y otras normas. El derecho público no debe traducirse en arbitrariedad: tiene marco; no es ilimitado.

La postura de Hans Kelsen, a la que indirectamente se alude en los renglones iniciales de este trabajo, sin compartirla, reconocemos su utilidad. Es la teoría de la negación de la división del orden jurídico. Para este autor, las parcelas pública y privada podrían convertir a las autoridades en "creadoras autócratas del Derecho", cuestión que de ninguna manera campea en la óptica de Jellinek.

Con Gustav Radbruch se supera la concepción bipartita, se quiebra; comienza a hablarse de *derecho social*. El obrero y el campesino, en tanto que integrantes de componentes sociales definidos por su ubicación en las relaciones de producción, transformaban al constitucionalismo tradicional. De sobra y con razón se ha dicho que el derecho social no se finca en la idea de la igualdad de los hombres ante la ley, "sino en la nivelación de las desigualdades que entre ellos existen". Autores como Couture y Fix-Zamudio aluden a la igualdad por compensación.

II. Surgimiento del derecho social

El jurista tradicional, reacio a la interacción de la ciencia jurídica con las demás ciencias sociales para la búsqueda de soluciones colectivas, pero proclive al derecho privado (civil, en particular) como inspirador y hasta fuente de todas las ramas, se enfrentaba a un fenómeno inédito: el avance tecnológico del maquinismo aparejaba el avance sociológico de la organización obrera. Esta última no descansaría hasta llevar al nivel más alto del sistema jurídico del Estado —la Constitución—, derechos de una contextura distinta a la que comúnmente se debatía en las aulas y en los grandes tratados. Las aspiraciones sociales se reflejaban en la norma. La economía irrumpía en el derecho. La clase obrera exigía el aseguramiento de un mínimo vital. Las cartas supremas —a partir de la nuestra de 1917— ya no sólo contendrían un capítulo sobre derechos y garantías individuales como esfera íntima ciudadana de respeto y abstención estatal; tampoco se limitarían a otro apartado sobre la composición y funciones de la potestad pública (parte orgánica): aceptaban en su seno, contra toda ortodoxia clasista o dogmatismo académico, la *Declaración de derechos sociales*.

El derecho del trabajo circunscrito a las actividades productivas en general, el derecho del trabajo burocrático, el derecho agrario y el derecho de la seguridad social constituyen, hasta ahora, la ramificación más aceptada dentro del ámbito del derecho social. No implica esto desdén alguno hacia disciplinas que irrumpen con gran vigor en el acontecer colectivo; el derecho cooperativo, por ejemplo.

III. Vertientes tradicionales del derecho del trabajo

Razones de sistematización y de orden práctico nos conducen hacia cuatro áreas de la disciplina jurídica laboral. Encontramos a la parte administrativa, a la colectiva, a la individual y a la procesal.

La primera nos remite a los factores, actores y funciones implicados en las políticas laborales, así como en las labores de previsión y de seguridad social. La segunda lleva a las relaciones gremiales propiamente dichas, a la búsqueda de espacios de entendimiento entre los factores de la producción, asimismo a las vías de exigencia obrera por derechos conculcados o insatisfactoriamente logrados. La tercera se orienta a la solución de la problemática específica existente entre cada trabajador y su empleador en cuanto atañe al compromiso laboral del primero y las obligaciones del segundo. La cuarta se limita a los mecanismos, acciones, pretensiones, defensas y excepciones que, según el caso, serán utilizados, esgrimidos u opuestos por ambos factores de la producción, individual o colectivamente, y, de manera principal, ante las instancias jurisdiccionales.

IV. La parte colectiva del derecho del trabajo. Concepción triangular

Tres figuras e instrumentos de reivindicación de la clase obrera se hermanan en la parcela colectiva del derecho del trabajo: la huelga, el contrato colectivo y el sindicato. No se asigna, de hecho, empleando un criterio "equilátero", un peso específico mayor a ninguna de las tres beneméritas instituciones. Para autores como De la Cueva, la contratación colectiva y la asociación profesional constituyen el aspecto sustantivo, mientras que el derecho de huelga adquiere una connotación instrumental.

No podemos dejar de lado la relación existente entre las federaciones y las confederaciones con las entidades gremiales que las alimentan; tampoco la del Reglamento Interior de Trabajo con los con-

tratos colectivos; mucho menos la de los conflictos colectivos de naturaleza económica con la huelga. Pero la coalición es paso previo, prácticamente consubstancial, a toda acción colectiva.

V. La figura sindical y el Código Civil

Persona jurídica colectiva al fin, el sindicato no sufre menoscabo alguno en su encomienda social y en su actuar político al ser contemplado en el libro primero, título segundo, del Código Civil. La fracción IV del artículo 25 incluye a los sindicatos precisamente entre las *personas morales,* en compañía de "las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal".

La calidad anterior abre la posibilidad de que las entidades gremiales ejerciten todos los derechos que sean necesarios para la realización de sus fines institucionales, igualmente que se obliguen y hagan representar a través de sus órganos, "sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos".

El númeral 28 y los tres que inmediatamente le preceden mantienen incólume la determinación colectiva a través de los estatutos sindicales. Es decir, que si acudimos al ordenamiento respectivo cuando los sindicatos se obliguen e intervengan en transacciones y conmutaciones de carácter civil, no por eso los vamos a considerar como personas de derecho privado; *todo lo contrario: son personas de derecho social.*

Adelantado lo anterior, hemos de destacar que la supletoriedad del derecho común en el proceso laboral concluyó con la expedición de la Ley Federal del Trabajo de 1970, criterio que no sufrió variación alguna en la reforma instrumental de diez años después.

VI. Tratamiento sindical en la Constitución y en la Ley Federal del Trabajo

Ya hemos ido, indirectamente, al nivel más alto de nuestro sistema jurídico cuando alguno de los preceptos invocados del Código Civil nos remitió a la fracción XVI (apartado A) del artículo 123 de nuestra carta fundamental, que concretamente recoge lo siguiente:

> Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.

El artículo 356 de la Ley Federal del Trabajo caracteriza, por su parte, a la institución colectiva cuya personalidad jurídica nos interesa perfilar.

> *Artículo 356.* Sindicato es la asociación de trabajadores o patrones, constituida para el estudio del mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses.

El trabajo es el valor supremo de la vida social. No es casual que nuestra *Declaración de derechos sociales* se inicie con la expresión consistente en que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil y que, al efecto, se debe fomentar el empleo y la organización social correspondiente. El artículo tercero de nuestro propio código laboral recoge un postulado incluido en la Carta Interamericana de Bogotá que proyecta al trabajo como un derecho y un deber sociales, lo excluye como artículo de comercio, demanda respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y exige que se efectúe en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para la familia y quien la encabeza.

Mientras los trabajadores se asocian para su reivindicación social, la clase patronal se aglutina exclusivamente para la reproducción patrimonial. Mientras la clase obrera acoge con gusto la mecánica sindical, los patrones la desdeñan y se arropan entorno de cámaras y de uniones de empresas: vocablos e instituciones en consonancia con ópticas cerradas del horizonte social.

En función de los fines y del radio de acción colectiva de la entidad sindical, reiteramos que es fundamentalmente persona de derecho social.

Ya en materia, adentrémonos más en la norma reglamentaria: la Ley Federal del Trabajo. El capítulo específico, "De la capacidad y personalidad", se ocupa de la representación legal de los sindicatos en la fracción IV del artículo 692, al prescribir que acreditarán su personalidad con la certificación que les extienda la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (si se trata de la industria federal), o la Junta Local de Conciliación y Arbitraje (en el caso de industrias no comprendidas en la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 constitucional), de haber quedado registrada su directiva.

Las Juntas de Conciliación y Arbitraje podrán tener por acreditada la personalidad de los representantes sindicales sin sujetarse a las reglas generales, siempre que de los documentos exhibidos en circunstancias litigiosas, se puede llegar al convencimiento de que efectiva-

mente se actúa en nombre de la asociación profesional obrera involucrada.

La ley laboral brinda facilidades a las organizaciones sindicales para que a través de simple comparecencia de sus miembros legitimados y previa identificación, otorguen poder ante las Juntas "del lugar de su residencia", con efectos ante cualquier autoridad del trabajo.

Unos cuantos renglones después de haberla tocado, se hace necesario volver a la fracción IV del artículo 692. Lo hacemos, ante todo, en función de la discutida mecánica registral de los sindicatos; tal parece que sin la constancia del registro no puede haber reconocimiento de la personalidad sindical o gremial, a pesar de que el numeral 357 clara e indubitablemente señala que los sindicatos pueden constituirse "sin necesidad de autorización previa".

La flexibilidad de la Ley Federal del Trabajo, muy ajena a una serie de barreras administrativas que harán acto de presencia, recoge principios y brinda facilidades que están muy a tono con la libertad sindical *stricto sensu*. Por ejemplo, las organizaciones obreras tienen derecho pleno a redactar sus estatutos y reglamentos, a elegir libremente a sus representantes, a organizar su administración y sus actividades, así como a formular su programa de acción. Luego se alude lisa y llanamente al registro y a quiénes serán las autoridades registrales. Los casos de negativa son muy concretos: por no proponerse el estudio, mejoramiento y defensa de los respectivos intereses (obreros o patronales); por no reunir los mínimos para efectos de afiliación (veinte trabajadores en servicio activo o tres patrones, en su caso) o por no exhibir los documentos formales que exige el artículo 365.

Cubiertas todas las condiciones, ninguna autoridad podrá válidamente negar el reconocimiento gremial; es más, cuando los funcionarios correspondientes no resuelvan dentro de un término de sesenta días, previo requerimiento para que lo hagan en un lapso adicional de otros tres, operará lo que conocemos como *registro automático o ficto*.

El problema de fondo radica en que el vocablo "otorgado", referido en el artículo 368 a las autoridades registrales, ha sido llevado a extremos interpretativos.

Sin desconocer que los preceptos legales en su conjunto pueden presentar alguna contradicción, consideramos que el registro es un acto formal que no debe supeditar la personalidad jurídica de los sindicatos, puesto que se trata de un paso de mera publicidad, no esencial. Lamentablemente en la práctica, con serios quebrantos para la

libertad de estas personas de derecho social, el reconocimiento oficial se orienta en sentido contrario.

Voces de destacados tratadistas y académicos como De la Cueva, De Buen, Trueba Urbina y José Dávalos se alzan en contra de las trabas burocráticas registrales a un acto que debe ser declarativo, de mera constatación; *nunca constitutivo*. Por añadidura, en esta materia, los criterios jurisprudenciales dan feos tumbos; veamos.

Registro de sindicato, su negativa deben reclamarla los trabajadores interesados. Cuando el acto reclamado se hace consistir en la negativa de registro de un sindicato y precisamente por la circunstancia de que la falta de ese registro impide la existencia legal de la persona jurídica, obviamente que, por más que las personas promoventes del juicio de garantías se ostenten como directivos de tal agrupación y que para fines del trámite de registro la responsable haya admitido la representación correspondiente, indudablemente que al haberse negado el registro debe entenderse que no hay representación, por la simple razón de que es imposible representar a una persona legalmente inexistente. Consecuentemente, si la demanda da amparo se promueve por quienes se ostentaron como representantes legales de la agrupación sindical respectiva, es correcto el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito, porque los únicos agraviados con el acto reclamado podrían serlo los trabajadores que solicitaron el registro del sindicato, cuya negativa dio origen al juicio de amparo que se revisa.

Amparo en revisión 52/77. Sindicato de Trabajadores Técnicos y Empleados de Celulosa de Chihuahua, S. A., 27 de junio de 1977. Ponente: Jorge Enrique Mota Aguirre. Tesis de Jurisprudencia. Informe 1977. Tercera Parte. Tribunal Colegiado del Primer Circuito, p. 271.

SINDICATOS. *El amparo contra la falta de registro de los, debe promoverse por su representante legal y no por sus integrantes.* Tomando en cuenta que de lo dispuesto por el artículo 374 fracción III de la Ley Federal del Trabajo se desprende que los *sindicatos adquieren personalidad jurídica desde que se constituyen y no desde que se registran,* resulta claro que quien debe pedir amparo contra la negativa de registro de los mismos, son los propios sindicatos, a través de sus representantes legales, por ser dichos sindicatos los directamente afectados por tal negativa, y no sus integrantes, a quienes si bien les afecta también ese acto, esa afectación por ser sólo indirecta no les confiere legitimación procesal activa para impugnarlo por su propio derecho.

Revisión principal 10/82. Presidente de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de este Estado. 10 de septiembre de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretario: José Montes Quintero. Informe 1982. Tercera Parte. Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, p. 201.

Las tesis son contradictorias. Nos inclinamos por la segunda, con la salvedad de que, en un caso extremo, la coalición también podría promover el amparo contra la negativa de registro sindical por medio de sus representantes, si consideramos los perfiles y fines que a aquélla le asignan los artículos 355 y 441 de la Ley Federal del Trabajo.

La ley laboral de 1931 sí condicionaba prácticamente el reconocimiento de la personalidad gremial al registro; la vigente, a nuestro juicio, no. Es imposible, además, pasar por alto que nuestro país suscribió, desde 1948, el Convenio número 87, sancionado por la Organización Internacional del Trabajo en San Francisco, benemérito instrumento del cual desprendemos algunas disposiciones relativas.

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 7

La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.

Artículo 8

1. .....

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de manera que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Este Convenio 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, obliga a todos los miembros de la Organización Internacional del Trabajo a poner en práctica todas sus disposiciones. Por otro lado, el artículo 133 de la Constitución General de la República, precepto del que se desprende la jerarquía de las normas en el orden jurídico nacional, lo eleva al rango de "Ley Suprema de toda la Unión".

VII. Conclusión

Los sindicatos son personas de derecho social.

El registro no puede condicionar desde ninguna perspectiva formal ni de moral política válidas, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos.

Esta práctica —condicionamiento de la personalidad jurídica plena al registro— atenta contra el espíritu del derecho social, contra la libertad sindical y contra el trabajo, que es, reiteramos: el valor supremo de la vida comunitaria.**

** Este trabajo recoge ideas y hasta algunos pequeños textos de otra colaboración intitulada "Los efectos del contrato colectivo de trabajo", de próxima publicación.

UNA REFLEXIÓN MÁS SOBRE "EL HOMBRE DE DERECHO"

Jorge Reinaldo VANOSSI

Más allá de lo opinable existen algunos aspectos que son sustanciales con relación a la modelación del abogado, es decir, del tipo de abogado del perfil de abogado contemporáneo que se reclama en nuestras sociedades.

Nos hacemos cargo, por cierto, de la enorme dificultad que significa el planteo de este tema, que desde luego, es inabordable en pocas líneas, porque es realmente todo un tema para una larga reflexión de abogados, de estudiantes y de docentes, amén de que interese a la sociedad toda.

Vamos a limitarnos, entonces, a cuatro aspectos que estimamos constituyen verdaderos meridianos de la cuestión: uno, en cuanto al *método;* otro, en cuanto a la *forma;* otro, en cuanto a la *formación del contenido,* y otro más, en cuanto a la *información de los contenidos.*

En cuanto al método, va de suyo que es evidente su importancia a partir del pensamiento cartesiano. Hay desde luego un pensamiento precartesiano, y un pensamiento poscartesiano: la duda metódica no puede estar ajena al ámbito del derecho y no puede estar, por lo tanto, ajena a la específica situación de la enseñanza del derecho.

Por eso, cuando se plantea el problema de la crítica y los aspectos sobre los cuales puede recaer la crítica, es desde luego aceptable discutir los alcances; pero, lo que no podemos entrar a discutir es la existencia misma de un planteo metódico que incorpora como parte insoslayable de sí mismo a esa duda metódica, porque el pensamiento moderno comienza a partir de allí. Esto es un verdadero meridiano histórico, no sólo para el derecho, no sólo para las ciencias sociales, sino para todo el pensamiento humano en general. Pero aceptar la duda metódica significa tener también conciencia de la diferencia entre lo que es una actitud de ese tipo y lo que es la pura contestación. El siglo actual asiste a un capítulo del pensamiento (si es que así lo podemos llamar) que para los contestatarios más que un pensamiento

se presenta y hace gala a sí mismo de ser un antipensamiento y, en consecuencia, ofrece una anticultura que se traduce en diversas formas de contestación, cuyo común denominador es el nihilismo. Así como, por un lado, lo hacemos con respecto a la diferencia entre el pensamiento precartesiano y el pensamiento cartesiano, también cabe entre el *pensamiento crítico* (que es el pensamiento moderno, o sea el pensamiento que ha enriquecido al mundo en que vivimos) y la actitud *contestataria,* que es totalmente nihilista y de la cual ofrecemos un testimonio que traemos a colación porque es una anécdota personal acontecida en el año de 1970, en la Universidad de Berkeley, donde estaba muy fresca aún la conmoción causada por los sucesos estudiantiles del 68 en gran parte del mundo; allí, frente a un grupo de estudiantes, el diálogo que estaba planificado para tener una extensión prolongada duró exactamente cinco minutos, porque comenzó y terminó así:

> "... Bueno amigos, ¿qué vamos a hacer...? ¡No hay nada qué hacer! ...¿Qué hay que hacer, entonces?... ¡Destruir todo!... Pero, perdón... ¿por qué vamos a reemplazar lo existente?... Ah, Ud. es un reaccionario, porque Ud. quiere encerrarnos en el debate del modelo, cuando lo primero que hay que hacer es destruir todo lo existente... y después instigar espontáneamente la nueva situación..."

La escena revela una suerte de espontaneísmo romántico —y perdón por los románticos— que obviamente trasunta una situación de nihilismo.

El segundo meridiano de la cuestión se proyecta en cuanto a la forma, y esto queda suficientemente explicado con el señalamiento muy claro entre las líneas unidireccionales y las líneas multidireccionales de la enseñanza.

Se puede resumir esto, en cuanto al cambio de una actitud diciendo que hay que reemplazar la forma en que tradicionalmente verbalizamos la actitud con que el docente se presenta y se comunica, esto es, cuando señala a un colega, a un familiar, a un amigo o a un alumno: "Voy a dar la clase"... "Vengo de dar la clase..." NO!, la clase NO SE DA!, la clase *SE HACE,* hay que cambiar el verbo: no es DAR, es HACER; y *la hacemos entre todos.* Ahí está prácticamente sintetizada toda una filosofía, con el reemplazo del DAR por el HACER, y el HACER entre todos es lo que está señalando que la clase no es una obra unidimensional sino que es una obra polifacética.

El tercer meridiano, es en cuanto a la formación del contenido. Sobre esto se ha discurrido mucho, pero nos atenemos a aquella idea de Montaigne: "Más vale una cabeza bien formada, que una cabeza demasiado llena..." El problema está en la selección, también metodológica, porque tiene que responder a un criterio acerca de cómo se debe formar el contenido de la enseñanza. Y en esto, una vez más, reivindicamos la base teórica —y no somos teoricistas—, tal como decía Platón: "No hay nada más práctico que una buena teoría", pues el partir de una teoría permite evitar una enorme pérdida de tiempo y una enorme dilapidación de recursos, en rodeos que en definitiva llevan a perderse en la medida.

El partir de una base teórica (que por lo general está ausente en muchas de nuestras Facultades) lleva a que el alumno haga una economía de recursos y una neta aplicación racional de sus recursos, que luego le redundará en una mayor posibilidad de crecer prácticamente, porque esa base teórica (que es un cimiento) está asimilada en forma inconmovible.

Y el cuarto meridiano aparece en cuanto a la información del contenido. Aquí es donde se observa una mayor actitud de *statu quo* que en los esquemas curriculares de nuestras Facultades de Derecho tradicionalmente hablando. Es Andrés Tourne, gran comparatista francés, quien en un famoso artículo de ya hace varias décadas, titulado irónicamente: "Saliendo del neolítico", explicaba lo que significa ese contraste entre el esquema curricular y el mundo en que vivimos.

Juan Bautista Alberdi, un jurista argentino, al cual se acaba de rendir homenaje en nuestro país (y en toda América, porque fue un pensador continental) con motivo del centenario de su muerte, entre los múltiples temas de los cuales se ocupó estaba precisamente éste. Y lo hizo en 1864, aproximadamente, cuando estando en Europa, el padre de un joven que comenzaba a estudiar derecho en la Argentina le planteaba en una carta: "...dime Juan Bautista: ¿qué se estudia hoy en las Facultades de Derecho de Europa, dado que mi hijo está por estudiar abogacía en Buenos Aires...?" Y el gran Alberdi le escribía en esa famosa "carta a González" —pues así se llamaba el destinatario—: "...mira, hoy en Francia, en Alemania, Italia, etc... los esquemas de enseñanza de la abogacía comprenden estas materias...", y seguía la enumeración, que era prácticamente la misma que seguimos hoy. Han cambiado las correlatividades, ha cambiado el orden o los años en que se enseñan; pero los contenidos son prácticamente los mismos. En todo caso, podemos discutir problemas se-

mánticos, tales como si la denominación es una o debe ser otra; pero, que aún estamos en "el neolítico", no puede caber ninguna duda al respecto.

Luego de señalar estos cuatro meridianos, debemos de alguna manera hacer algunas precisiones con relación a cada uno de ellos:

Con el primero, que es el método, queda puntualizada la importancia de la crítica; sin embargo, tenemos que decir cuáles son las posibilidades de la aplicación de ese método crítico. Hay varias, pero puede haber divergencia respecto de la vialidad de cada uno. La crítica puede recaer con relación al método comunicativo que se da en la relación: *enseñanza-aprendizaje*. Esa es probablemente la más valiosa, porque es la crítica que el alumno está más autorizado a formular allí, puesto que el alumno tiene una esfera o está habilitado para la enunciación de una crítica con mucha autoridad. Y es así, por aquello de que en la relación enseñanza-aprendizaje se da perfectamente el ejemplo del criterio aristotélico acerca de quiénes pueden formular el mejor juicio sobre los hechos, sobre los procesos y sobre las cosas. Recordemos que Aristóteles, en su famoso capítulo sobre la soberanía, en el tema de la política, señala al respecto que el juicio puede provenir del autor o del destinatario, y pone los ejemplos claves: ¿de quién es más autorizado el juicio?, ¿del autor del postre que cree que ha hecho la maravilla del mundo?... ¿o el juicio de los invitados, de los comensales que habrán de comerlo y dirán si está rico o no?... ¿de quién es más valioso el juicio: del mueblero que hizo las sillas o de los que llevan varias horas sentados en ellas, respecto del confort?

La respuesta es obvia: vale el juicio del destinatario. ¿Y quién es el destinatario de la enseñanza-aprendizaje? El alumno. De modo que allí sí, en cuanto al método comunicativo, no podemos prescindir de las críticas que emanan del alumno, porque él es precisamente el destinatario. Sólo las vocaciones autocráticas y autoritarias que aún predominaan entre los planteles de la enseñanza pueden llevar a que no se oiga o a que no se atienda el juicio crítico del alumno sobre el método comunicativo que hacia él guarda el profesor.

El otro ámbito sobre el cual puede recaer la crítica es el del contenido técnico: aquí se da la relación exactamente opuesta, pues allí es donde tiene menor ámbito o menor cabida la crítica del alumno, ya que el contenido técnico es realmente la facultad privativa del profesor, por la cual es profesor, y si no no sería profesor, entre otras razones.

Si estoy explicando a un alumno qué es Constitución rígida y qué es Constitución flexible, y explicó que la Constitución de tal país es rígida por tal motivo y no es flexible por tal otro, el alumno puede discrepar conmigo en cuanto al método con que lo explico, y puede discrepar conmigo con respecto a otras cosas; pero no puede discrepar o tiene qué discrepar menormente (salvo que el profesor esté en el error, ya que por supuesto *errare humanum est,* es un supuesto admisible) sobre el puro criterio del contenido técnico.

Caso contrario, allí realmente desaparece la relación, "enseñanza-aprendizaje", cuando en verdad los roles tienen que estar perfilados, ser autónomos y mantener su vigencia, para que pueda haber una interdependencia.

Y hay un tercer aspecto, que es la crítica al criterio u opinión del profesor: acá recobra el alumno bastante autonomía, porque es inevitable en el profesor la tendencia a deslizar en materia de ciencias sociales (no es tanto en las matemáticas o en las ciencias exactas, pero sí lo es en las ciencias sociales) ciertas observaciones, críticas o valoraciones que está en su derecho hacerlo.

El profesor puede y debe hacerlo, pero deslindando lo que es el conocimiento técnico de lo que es su apreciación valorativa respecto de ese contenido que está transmitiendo; porque si no hace la advertencia del caso, se produce una situación de contrabando valorativo, toda vez que su color de determinada transmisión se consuma lo que dicen los maritimistas: "...el pabellón cubre la mercadería"; o sea que bajo el pabellón de cierta transmisión penetra una mercadería que, con la enorme autoridad espiritual de quien ocupa la cátedra, puede en definitiva estar condicionando enormemente los criterios receptivos y valorativos del alumno. De modo tal que allí sí, el alumno, puede y debe rescatar su autonomía, y todos recordamos con gran cariño a aquellos profesores que desde la cátedra han establecido este principio y que consecuentemente en las Facultades de Derecho no han obligado a sus alumnos a adherir incondicionalmente a la tesis por ellos sostenida en aquellos temas que eran materia opinable, o porque no han calificado o descalificado a los alumnos en sus exámenes en virtud de la adhesión o de la contestación a las tesis supuestamente oficiales de las cátedras.

Por eso tenemos especial admiración hacia aquellos profesores que no exigen "sus" libros a los alumnos, sino que permiten la libre elección de textos, aun de textos reñidos con los criterios doctrinarios sostenidos por el profesor.

Esto marca dos épocas, a saber, en la enseñanza y en la formación del derecho: la época de neto predominio del criterio dogmático y la época aún *in fieri* —en desarrollo— del criterio analítico, que se caracteriza por la suma de dos elementos que lo componen: la *reflexión* y la *clínica;* ninguna puede prescindir de la otra, siendo una falsa dicotomía anteponer una y querer posponer la otra, porque la reflexión lleva a la especulación y la clínica lleva al "hospital del derecho".

Cabe recordar que en 1919, cuando en Argentina se discutió en el Congreso la creación de la cuarta Universidad Nacional —hasta ese momento existían sólo tres universidades históricas—, fue en esa discusión del 19 (que fue la primera que se hizo en seguida después de la famosa reforma del 18) donde pudieron participar en el Parlamento legisladores que venían con la nueva concepción universitaria que se había alumbrado entorno un año antes. Allí se señaló que la medicina debía estudiarse en y desde el hospital, que la cátedra tenía que ir al hospital, y así sucesivamente para las demás carreras.

Sobre el segundo aspecto, o sea en cuanto a las formas, se habla mucho en la actualidad de la multidireccionalidad y allí cobra fuerza el acento que en las tendencias modernas de la enseñanza se pone en el tema de la metodología. Es de compartir totalmente esta preocupación, con la única salvedad siguiente: la metodología de la enseñanza no es ni puede ser un fin en sí misma, porque no puede erigirse a esa problemática y a esa preocupación en la categoría de una obsesión metodológica, es decir, en un fin en sí mismo; porque si bien esto acontece a veces de buena fe, en otras oportunidades la obsesión metodológica es la penosa excusa para ocultar el desconocimiento de una materia. Es cierto que hoy, lamentablemente, en muchas universidades tenemos crecido número de docentes que hacen de la metodología y del debate metodológico una especie de disco permanente, a efectos de disimular un menor conocimiento técnico de su disciplina, siendo que ésta es la que en definitiva deben enseñar.

La actitud del docente (dejando el terreno correspondiente al ámbito metodológico) es la actitud del hombre sabio tradicional: la debida compaginación entre la sabiduría por un lado y la humildad por el otro. Esto no es una frase poética, sino que apunta a lo que es realmente el *metier* del docente, pues, como decía el poeta: "...Amar es de alguna medida olvidarse de uno mismo para ir hacia el otro...", y la actitud del verdadero docente, es dejar de lado su soberbia intelectual, para poder realmente llegar y penetrar en el verdadero destinatario, que es el alumno, pues él es el sujeto del aprendizaje. Y

eso supone muchas veces dejar de lado vanaglorias, hacer abandonos de la magnífica realización que a la vanidad personal suele darle una gran clase académica, para poder en definitiva haber llegado al banco, es decir, haber transmitido aquello que, formativamente, después germina en la mente y en el alma del individuo. Eso es amor, eso es una obra de amor; pero no basta con el amor, pues también hay que tener la sabiduría, para que por el canal (el conducto, el estilo y el procedimiento) del amor, llegue al contenido que proviene de la sabiduría.

En esto, *mutatis mutandi*, se da aquello de la mujer del César, que no sólo tiene que ser honesta, sino también parecerlo, por lo que hay que advertir que hace falta en la pedagogía universitaria una actitud de sinceramiento, en virtud de la cual el ser y el parecer vayan unidos del brazo.

De allí que no pueda en definitiva hacerse una estimación formal ni puramente epidérmica acerca de lo que realmente es el docente, por meros datos de superficie. Eso obliga a una severa censura contra la actitud puramente paternalista del profesor que para hacerse simpático tutea a los alumnos y los trata como si fueran hijos; cuando eso sólo puede estar bien en la escuela primaria (está bien para una maestrita) y quizá para los primeros años de una escuela secundaria, pero no en la universidad, que requiere hombres libres, independientes, que puedan en definitiva autogobernarse y no que estén bajo la curatela de ese "papá" que aparece allí divinizado en la función docente.

De allí la censura al facilismo, a la actitud del profesor que, porque no sabe la materia, o no la sabe enseñar, le resulta más fácil aprobar a todo el mundo, para quedar simpáticamente resguardado de cualquier riesgo o cuestionamiento que le puedan hacer los alumnos, ya sea político o pedagógico.

Y también la censura a la que hoy se llama con acierto, descalificándolo, el *charlatanerismo*, que en la Argentina (en un idioma nativo que se llama el *lunfardo*) llamamos el chanterio. Los "chantas" son aquellos que hablan de todo, sin saber de nada, son los verdaderos especialistas en generalidades; y en las facultades de derecho del continente, desgraciadamente, todavía tenemos un alto porcentaje de chanterío, que causa mucho daño, puesto que son los alumnos los primeros en quedar perjudicados por esas superficialidades de mesa de cafetín.

Como tercer punto, hemos señalado la formación del contenido,

recordando a Montaigne, para prioritar lo que se estima una base teórica mínima indispensable, y es aquí donde cabe puntualizar lo que debe ser la congruencia con la realidad, la que puede ser entendida de varias maneras, lo que requiere, desde luego, las puntualizaciones del caso.

Congruencia con la realidad no quiere decir resignación toda vez que el docente, el profesor, no está de ninguna manera comprometido con el *status quo* para mantener las cosas como son; pero tampoco está obligado ni autorizado a presentar las cosas con una dosis de idealidad, que lleven a la imagen de esa sensible alma, que es el tierno alumno, a creer que las cosas son como el profesor dice que las ve y no como realmente son. Acá tengo presente el recuerdo de dos grandes maestros (a los cuales siempre venero y rindo homenaje) que, entusiasmados y embriagados por el peso de sus apoyos teóricos en ciertos temas, siguieron reivindicando sus tesis más allá del tiempo en que éstas fueron desmentidas por la jurisprudencia o por nuevas doctrinas que en la realidad las desplazaron. Así, en derecho administrativo, el problema sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, que para el profesor era un tema dogmático, por lo que en 1957 seguía negando la responsabilidad extracontractual del Estado —que la Corte Suprema había aceptado en 1937 (es decir, 20 años antes)—, pero que él no podía admitir porque iba en contra de todo lo que había sostenido. También es el caso de un querido maestro de derecho constitucional, que nos hablaba del *habeas corpus* con una devoción tal, que sugería o insinuaba en sus alcances la existencia de un horizonte de esa acción sumaria que era inconmensurable, porque cubría —como sería hoy el amparo mexicano— prácticamente todo: era un "sanalotodo". Salíamos de la Facultad imbuidos pletóricamente de ese misticismo "habeas-corpustista" y nos encontrábamos en los pasillos de los tribunales con que el *habeas corpus* era realmente un instituto regulado en el Código Procesal Penal, cuyos alcances eran: "A, B, C, D, X, Y y Z y punto...", y todo lo otro había que crearlo para el futuro; hacía falta una nueva ley, o una nueva jurisprudencia o un gran vuelco político y doctrinario, pero no era el *habeas corpus* con el cual, saliendo con nuestro título del brazo, íbamos a tener que litigar.

Hay pues un deber de veracidad en el equilibrio entre la idealidad y la realidad, que el profesor no puede ocultar, y, como parte de ese deber, el profesor está desde luego obligado (y las Facultades de Derecho también están obligadas) a enseñar a los alumnos aquello que un gran penalista alemán llamaba "las partes facticiales del pro-

ceso", es decir, aquellas cosas que no están en los libros, pero que hacen a la existencia del funcionamiento de los institutos teóricos. Y los ejemplos son muy explicativos al respecto; así, desde la llegada al tribunal, y si la puerta está abierta o cerrada; desde la llegada al juzgado, y si está o no el empleado que entrega el expediente; desde la presencia física o no en el horario debido del juez, hasta el alguacil que habrá de cumplir el mandamiento para que el veredicto sea realmente el acto de justicia, y hasta los condicionamientos generales que hacen en lo económico y lo social a la posibilidad de que la justicia funcione, todo eso hace también a la enseñanza.

Si eso lo ocultáramos, estaríamos sin duda alguna incurriendo en una especie de defraudación intelectual respecto de lo que el alumno supone que va a recibir de las Facultades de Derecho.

De modo tal, entonces, que la realidad no es resignación; como que la realidad tampoco es caer en la moda del *retro*, es decir, volver a dorados tiempos cívicos en que el derecho guardaba otra *performance* con la realidad. Tampoco es el *Proto*, o sea quedarse en una cosa embrionaria y pretender que quede congelada en el tiempo y en el espacio.

La enseñanza es un punto de partida; nunca sabremos cuál es el punto de llegada de esas semillas, que hemos depositado allí, y pretender lo contrario es como pretender parar el movimiento del mundo, es decir, detener la historia, y eso es imposible.

Pero, ¿qué clase de abogados queremos? Cabe la pregunta desde el momento en que toda Facultad de Derecho, lo quiera o no lo quiera, está explícita o tácita, gira en torno a una determinada concepción acerca del tipo de abogado que se está formando allí, y, desde luego, que en la forma de moldear ese tipo de abogado influyen una serie de datos (de datos arcónticos) que no son excluyentes.

Cuando hablamos del nuevo tipo de abogado, no tenemos por qué estar renegando del perfil del abogado clásico; pero lo que estamos, sí, señalando, es que en los tiempos modernos y en la sociedad en la cual actuamos (en la realidad concreta de determinado país), a esos contenidos clásicos hay que adecuarlos, desde que ha cambiado la realidad. No es que sea un capricho aristocrático, del que dependa la conducción de una Facultad de Derecho; pero hay que tener presente que en los momentos de prueba, el abogado (clásico o moderno) es un hombre que tiene incluido entre los valores que conforman su ámbito de justicia, a un "degenerado", es decir a un colega opuesto, a algo así como a un depositario de los contravalores del derecho, que

realmente podría negar determinadas cosas. Pero no todos lo harían, ni en todos los casos ni con todos los valores en juego.

Pero, ¿quién puede negar que la temática de la liberación impone que el abogado deba ser un hombre comprometido y que no pueda ser concebido como un mero detallador de normas?

El hombre tiene su aspiración, su meta, y el abogado, que también es hombre, está comprometido con sus otros congéneres a procurar esa liberación; pero, ¿quién puede dudar que ese hombre, y el otro hombre (y así sucesivamente) no son simples sumatorias de hombres que procuran la justicia *más* la liberación, sino que son una comunidad, en la que, si ésta no se desarrolla, todo lo otro pierde sentido, porque hablar de justicia y hablar de liberación en una comunidad en involución es simplemente hablar de necrofilia más tarde o más temprano?

A partir de esto, puede afirmarse que el abogado es el agente para la promoción del desarrollo comunitario. El abogado no quiere ser un individuo que esté obnubilado nada más que por la motivación de la justicia conmutativa, ni obnubilado por la connotación de la justicia distributiva, que es tan importante en las investigaciones sociales contemporáneas. Debe estar motivado también por el desarrollo global de la comunidad, porque sin el destino colectivo, no hay suerte y destino individual posible; habrá éxito personal, pero eso es otra cosa, porque sirve para el curriculum personal de cada uno, pero no para la felicidad comunitaria.

Por eso, la concepción de la abogacía como una ingeniería social, que ha cundido en este siglo, es correcta; si bien es cierto que hay que ir actualizándola a las nuevas circunstancias. Pero el punto de partida es correcto: un abogado es un ingeniero, es un arquitecto social, es un profesionalista destinado a enfrentar y solucionar problemas, conflictos sociales, ya sean individuales o colectivos. Por eso, cuando se indaga ocupacionalmente en la sociedad, como hacen los observadores para buscar dónde está el abogado, descubren entonces que el abogado está en todas partes: el abogado está en el sindicato, en la empresa, en la universidad, en el partido político, en la ciudad, en el campo, entre los ricos, entre los pobres; donde hay cuerpo social hay un abogado, donde hay actividad humana hay abogados. De modo que el abogado tiene que estar orientado a la solución de los conflictos que se dan en esas distintas partes o elementos que aparecen en la estructura social y que nos muestra a la sociedad, no idealmente, sino a la sociedad tal cual es. No esa sociedad uniforme y teórica que pensaban los liberales del siglo pasado, ni esa sociedad utópica de los to-

talitarios de este siglo donde todo debe estar uniformado y no se admite ningún tipo de desarrollo individual; sino la sociedad tal como es: rica, variada, plural, contradictoria, con un montón de seres que están sumergidos y no aspiran el oxígeno del bienestar, y un montón de otros seres que están tan emergentes que ni siquiera se interesan por ver si los otros respiran el oxígeno. Así, unos totalmente pudientes y otros totalmente impotentes, y, en el medio, los distintos segmentos. Esa es la sociedad, nos guste o no nos guste, y en esa realidad, ahí tiene que trabajar el abogado. No podemos formar un abogado que esté pensando en alguno de los dos extremos: en el decimonónico y en el totalitario de este siglo, puesto que el decimonónico ya pasó, mientras que al totalitario le decimos que se vaya a ejercer la abogacía a las masmorras totalitarias.

Nosotros tenemos que formar abogados para el cambio, para el mejoramiento del mundo en que vivimos, y queremos que sea el mundo democrático, social y progresista, basado en la libertad. Por eso la libertad es en definitiva el punto del destino de toda nuestra concepción, del mismo modo que en la cátedra de derecho político (aun ante el asombro de algunos) cuando se debate acerca de si el objeto de la materia es el Estado o es el poder (en que reparten el noventa por ciento de las opiniones), nosotros sostenemos, con Fayt, que el objeto de la materia es la libertad humana, porque ni el Estado, ni el poder tienen sentido si no partimos de la libertad humana.

El abogado es juez en esta concepción y técnica, cuyo trabajo recae sobre la administración normativa de la conducta humana. ¿Y dónde trabaja? Trabaja sobre el marco legal en que se desenvuelven las acciones que conforman la libertad humana: ese es el ámbito en el cual se mueve el abogado. Es, pues, la libertad humana, que hay que tomarla en cuenta en el marco de todo aquello que hace a la realidad y a su condicionamiento: no la libertad en abstracto, no al *liberty*, sino a los *freedoms* concretos, es decir, aquellas libertades que realmente se pueden ejercer cuando las circunstancias se lo permiten. Los desafíos del cambio son los nuevos datos de la realidad y estaríamos profesando una impotencia imperdonable si miráramos la posibilidad de adoptarlos (esos desafíos que son los nuevos datos de la realidad) sin tomar en cuenta los significativos cambios de circunstancias. Pues, como muy bien dicen los anglosajones, con un sentido muy práctico: "... *where is a wrong there is a remedy*..." (donde hay un error, un problema, hay remedio); siempre tiene que haber un remedio, de modo que si algo cambió en la sociedad, *ergo* deben cambiar las

técnicas. Si la sociedad es ahora una sociedad de masas (nos guste o no nos guste), las técnicas de enseñanza deben de alguna manera recepcionar el dato de la plena existencia en el mundo real de hoy, de esas sociedades de masas, de las cuales hay que sacar enseñanzas. Y la otra alternativa es bajar la cortina, cerrar y no enseñar más, con lo cual llegaríamos a estar en *Farenheit 481*, es decir, quemamos los libros y se acabó el asunto (*sic*).

Si somos razonables, nos adaptamos; si somos irrazonables, nos desesperamos y provocamos en materia de Facultades de Derecho una especie de suicidio colectivo. Soluciones las hay: los nuevos medios y técnicas de comunicación, la enseñanza a distancia, los medios audiovisuales, la *open university*, etcétera; es decir, todo aquello que, como respuesta al reto o desafío del cambio de la sociedad, el hombre va procurando para poder en definitiva alcanzar una respuesta satisfactoria volcando los medios técnicos a la gran tarea de la transmisión del conocimiento.

En América Latina también la cosa es así, sólo que los cambios sociales tienen sus dualidades, pues no son sociedades industriales plenamente desarrolladas, sino en vía de desarrollo, y de ahí que se ha impuesto aquello que García Márquez señala en una de sus obras, cuando aludiendo a nuestras realidades tropicales dice: "...América Latina es la parte del mundo, en que la realidad supera a la ficción..."; es decir, todo aquello que pensamos como ficción queda superado por una realidad que va más allá de la ficción; o como decía el gran escritor venezolano Arturo Uslar Pietri, en el sentido de "...que el espectáculo entre el hecho y la norma es un defasaje, que en América Latina adquiere contornos subrealista...". En efecto, parece un espectáculo surrealista, ese contraste entre la norma (exuberante) y su real vigencia práctica (escuálida); pero esa es nuestra América Latina, en la cual tenemos en definitiva que actuar.

Y, por último, debemos señalar algunos peligros que por la forma de encarar esta cuestión pueden surgir: están a la vista y hay que saberlos sortear para no fracasar, pues son como aquello "del árbol que no deja ver el bosque". Esos peligros pueden ser de diversas índoles, ya que, por un lado, están las exageraciones: toda enseñanza conlleva la semilla de una tendencia a exagerar algo, por aquello de "que cada maestrito tiene su librito" o cada docente tiene su método y, de alguna manera, puede exagerar el dato que privilegia la configuración propia de su método.

Existen tres peligros de exageración muy visible en las Facultades

de Derecho, que los vamos a denominar con el prefijo *hiper*, que quiere denotar precisamente exageración, a saber: el hiperfactualismo, el hipernormativismo y el hiperideologismo.

El *hiperfactualismo* es la sobreponderación de los hechos con desprecio de las normas y de los valores; sólo importan los hechos, sólo se toman en cuenta los hechos.

El hiperfactualismo, a veces, es sano en su origen, porque aparece como una reacción contra los otros *hipers* frente al olvido de los hechos; pero cuando se exagera ese método *behaviourista* en el análisis puramente descriptivo de las conductas, lleva a la postre a la exaltación de la fuerza, porque en definitiva equivale a la protocolización de los hechos consumados por el dictador que tenga la fuerza, quien, al no poder invocar ni los valores, ni las normas, tiene que apoyarse en la efectividad de lo que ha querido imponer en virtud de la fuerza. La historia de nuestros países es bastante ilustrativa al respecto, con todos los "edecanes mentales" que desde las Facultades de Derecho han servido a los sucesivos gobiernos militares de turno para protocolizar la entronización de las fuerzas; pero que en las épocas de legalidad se rasgan la vestidura y airadamente reclaman ante la más mínima violación de la coma o de un punto y coma, en el articulado de una ley, pero que no tuvieron el más mínimo empacho en aceptar y aplaudir el desplazamiento liso y llano de toda una Constitución y de todo un sistema constitucional. Son los grandes justificadores de todo, dispuestos a cubrir el desborde *de facto* con el manto de la legalidad, a través de su pluma y de sus dictámenes, como aquel personaje arquetípico de "el señor presidente" de Miguel Ángel Asturias.

El *hipernormativismo* es bien conocido por todos; no lo vamos a detallar, pues se trata de una enfermedad endémica de los juristas "en la torre de cristal".

El *hiperideologismo* es, desde luego, la tentación de la soberbia de la ideología, al querer moldear la conciencia y la formación del alumno a través de un sello o de un esquema (prácticamente de una concepción) que se presenta, no como descripción de la realidad, ni tampoco como camino posible para cambiar la realidad, sino como esquema a imponer para moldear un mundo del futuro a partir de una determinada escala valorativa y de un procedimiento que no se elige sino que se impone.

Por supuesto que hay ideologismos no totalitarios, pero también pueden ser ideologismos que por su compromiso con determinados valores sirvan como forma de prolongar el *statu quo* más allá de lo de-

bido. Por ejemplo, en el caso de la Argentina, ha sido la forma de imponer el tomismo y el neotomismo en la Facultad de Derecho, como caparazón ideológica al servicio del conservadurismo; pero es sabido que en otros países de América Latina esto ha sido al revés, cuando al positivismo ha servido eso mismo (aunque debo señalar que en la Argentina el positivismo ha estado por lo general asociado a una actitud más liberal).

El segundo peligro aparece configurado por las limitaciones. ¿Qué limitaciones? Las propias de las Facultades y de los profesores; porque la Facultad ideal no la vamos a tener, ni el profesor ideal tampoco, aunque podemos aproximarnos.

Es muy peligroso querer el perfectismo; por eso es que debemos ser *perfeccionistas*, pero no *perfectistas*. Perfeccionista es el que procura el mejoramiento. Perfectista es el que quiere todo o nada, y por lo tanto, se queda casi siempre con nada, porque el todo es imposible.

Las "limitaciones" nos llevan, por lo menos, a discernir el valor del docente y a colocarlo en el lugar que corresponde. Hay distintas categorías de docentes y el error no está en reconocerlas, sino cuando insistimos en tergiversar los roles y querer reconocer a unos como lo que deben ser otros.

Hay por lo menos tres niveles (aunque acaso lleguen a cinco o seis) si queremos simplificar la cuestión:

— Está el nivel de los *inventariadores*, que son verdaderos notarios de la abogacía. Se sientan en la cátedra y cuentan todo lo que se dijo sobre el punto del día: desde Aristóteles hasta el asistente que habló ayer en la Universidad de Pontevedra. Saben absolutamente todo; son algo así como una computadora jurídica que expele información computadorizada, respecto de las opiniones emitidas *urbi et orbi*.

— Está el nivel de los *sistematizadores*, es decir, aquellos que sacan lo que está de más, aquellos que desglosan, que pulen todo eso. Acaso sabiéndolo o no, tienen presente lo que el gran escritor Sthendal dice en *Rojo y negro*: "también con el hacha se hace el paisaje..."; por lo que van desbrozando y sistematizando una línea argumental, lo que en definitiva da un producto útil para el alumno.

— Y está el nivel de los *creadores*: una categoría más limitada, más privilegiada, en la cual hay matices; pero allí están aquellos que pueden decir algo nuevo, que pueden presentar algo que signifique un aporte. Es deseable que haya innovadores y creadores propiamente dichos; pero si bien no abundan, la categoría existe y es útil que tenga su

asiento en las Facultades de Derecho, ya que no pueden ser ambientes de meros repetidores.

Otro peligro son las utopías. Una utopía que siempre hemos visto como tentación en la Facultad de Derecho es que el alumno deba ser un investigador. Imposible: el alumno no debe ser un investigador, porque no va a la Facultad de Derecho para ser un investigador, salvo que a título vocacional y personal él quiera ser investigador. Pero pretender generalizar que los alumnos deban todos investigar, es confundir las cosas. La investigación vendrá después, y, así como no todos los profesores son investigadores, los alumnos no tienen por qué ser investigadores. Sólo el que tiene condiciones para serlo lo será. El alumno está allí para recibir formación e información, para obtener herramientas, aparatos conceptuales, instrumentos que luego podrá aplicar a la investigación, si quiere dedicarse a esa actividad. Pero es un error academicista y con sabor elitista, pretender convertir a las Facultades de Derecho en grandes centros de investigación para los alumnos. Lo serán así para otra cosa y para otros destinatarios, pero no para los alumnos.

Y el último orden de los peligros lo encontramos situado en las deformaciones temperamentales, provenientes u originadas en la procedencia de cada uno. Así, por ejemplo, es la deformación *oratoria*, que tiene por lo general el profesor que ha sido parlamentario o que le gusta la oratoria; la deformación *histórica* que tiene el profesor tradicionalista; la deformación *anecdótica* que tiene el profesor que cuenta todo en virtud de las circunstancias en que se les ocurre connotarlo; la deformación pura del *teoricismo* por parte del profesor que no guarda contacto ni se compadece con la realidad. A su turno, surge inversamente la deformación puramente *profesionalista* de aquel que cuenta todo lo que le pasó en tribunales el día anterior: "fíjese que me pasó esto, presenté la demanda, la contestaron, vino la perención, el testigo estaba borracho, el juez se equivocó, el Código Procesal se le cayó al suelo..."; es decir, el puro profesionalismo del abogado-profesor "practicón".

Pero hay otra variante que germinó en estos últimos años, vinculada con la necesidad de reactivar al alumno: entonces aparecen profesores que han confundido la clase con un *show*, y la clase se desarrolla como una sesión de *show*. El mejor profesor es el que hace el mejor *show*, el que tiene más entusiasmados y motivados a los alumnos. Para eso, podríamos llevar de profesores a las mejores *vedettes* para los alumnos, que hagan un buen *strep tease* jurídico y, así, tendría-

mos una máxima motivación (e inversamente para las alumnas con los profesores) y sucesivamente, habría que probar con otras técnicas de motivación; pero no se trata tampoco de hacer el *show* de la excitación pedagógica, pues llegaríamos a justificar el neto predominio de los sentidos y de las habilidades en su manejo.

En fin, parafraseando el título de una vieja canción que ha sido materia de más de un recuerdo en los últimos años ("Empezar de nuevo", o *Beguin the beguin*, o "Comienza el *Beguin*") hay que empezar por el comienzo, y el comienzo es el acceso, el ingreso, el reclutamiento de quienes serán nuestros estudiantes y que serán nuestros futuros abogados. Al reclutarlos, deben recibir algo más, aparte de lo que se les pueda enseñar en los cursos de apoyo y, además, el curriculum de materias propedéuticas que hacen el aprendizaje inicial o liminar en el derecho. Hay que sumar más a esa base teórica que el alumno debe recibir como mínimo, porque realmente no se puede estudiar abogacía si no se aprenden nociones sumarias, aunque sea, de teoría jurídica, de teoría económica, de teoría social y de teoría moral. Pero, aparte de eso, la Facultad de Derecho debe suministrar en un curso introductorio sin examen, sin angustias de cupo, límites o exclusiones, dos cosas:

Primero, ilustrar en qué consiste estudiar abogacía, para que el alumno verifique si tiene las tres condiciones: aptitud, vocación y posibilidad de dedicación. Porque, a lo mejor, tiene vocación pero no tiene aptitud; se siente llamado a estudiar abogacía, pero no reúne ninguna condición para estudiar abogacía; en cambio, a lo mejor sí la tiene para estudiar sociología o psicología; o pueda tener la aptitud y no poder disponer de la dedicación para esa carrera, pero sí para otras, y recíprocamente;

Segundo, demostrar en qué consistirá ser abogado, cómo ejercer la profesión cuando termine la licenciatura. Y ahí también advertirles sobre la aptitud, la vocación y la dedicación para ejercer la abogacía.

En la Argentina puede ocurrir que alguien que no tenga un pariente o amigo abogado ni trabaje en un estudio jurídico (en un bufete), se reciba de abogado y salga munido con su diploma; pero entre a ejercer la abogacía sin haber visto nunca, vivencialmente en qué consiste ser abogado. Y luego vienen las frustraciones y las tremendas derrotas, con la consiguiente nota de amargura que eso significa.

Un tipo de ingreso así, tuvimos la oportunidad de ensayarlo hace muchos años, en la Universidad de Buenos Aires, en una Facultad más pequeña que la de abogacía, que la utilizaremos como piloto. Eso

fue en la Facultad de Odontología, y, al cabo de los tres meses que duró el curso, llegamos a la conclusión que sin medidas autoritarias, sin cupos, sin exclusiones, la selección se había producido naturalmente, por la vía del esclarecimiento que el curso había aportado. Un porcentaje de alumnos descubrieron que se equivocaban, que no tenían que seguir odontología, sino bioquímica o farmacia (materias afines); otros descubrieron su desencuentro en cuanto a toda la rama del saber: que tenían que seguir ciencias exactas o ciencias sociales, y otros descubrieron que no tenían ninguna aptitud universitaria: que tenían que dedicarse al comercio, a la política, a la industria, al deporte, a lo que fuera. Naturalmente, sin odios ni actitudes antipáticas, esos tres meses de esclarecimiento dieron el resultado.

Por eso, el tema de la formación universitaria en general y de la formación del "hombre de derecho", en particular, no puede decirse que se encuentre estancado o agotado. Una nutrida experiencia, unida a una adecuada imaginación creadora, se encarga recurrentemente de ofrecer nuevos caminos para el mejor aprovechamiento de los recursos humanos. El saber canalizar los esfuerzos es parte cierta del desafío de nuestras universidades. No saberlo hacer, importará una defraudación social.