



REVISTA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

Artículos

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Árbitro Nacional, a Diez Años de la Reforma Constitucional

Ministro Genaro David Góngora Pimentel

El Derecho de la Seguridad Social

Magistrada Eva Montalvo Aguilar

Las Violaciones Procesales en el Proyecto de la Nueva Ley de Amparo

Magistrado José Luis Torres Lagunas

Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en España

Doctora Dolores Carrillo Márquez, Doctora María José López Álvarez, y Doctora María Pilar Martínez Díaz

La Unión Europea y sus Importantes Avances en Materia de Cooperación Judicial Penal

Doctora Marta Gisbert Pomata.

Una Visión Tridimensional del Estado Moderno

Doctor Donato Cárdenas Durán

La Historia Constitucional del Estado de Nuevo León

Doctor Pedro Torres Estrada

Nacimiento y Conformación del Estado en la Filosofía Política de Thomas Hobbes

Licenciado Jacob Buganza

Sistemas Concursales Comparados: La Experiencia Europea

Licenciado Giovanni Falcone

Octubre de 2005

Número 13

CAMPUS
MONTERREY

IUSTITIA

NÚMERO: 13

OCTUBRE DE 2005

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema ITESM

Dr. Alberto Bustani Adem
Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey

Dr. Salvador Treviño Martínez
Director de la División de Administración y Finanzas

Lic. Marlon Omar López Zapata
Director del Departamento de Derecho

Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal
Director de la Carrera de Derecho

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Donato Cárdenas Durán

Dr. Pedro Serna

Dr. Héctor Alejandro González Hernández

Lic. Gabriel Cavazos Villanueva

Lic. Julio César Cruz Chavira

Lic. César De la Garza Gutiérrez

Lic. Rogelio Lozano De León

EDITOR DE LA REVISTA

Lic. Roberto Garza Barbosa

D.R. © 2005 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, N.L. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en esta revista, son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores se solidaricen con el contenido de los mismos.

ISSN en trámite.

IUSTITIA

NÚMERO: 13

OCTUBRE DE 2005

Presentación	7
Lic. Marlon Omar López Zapata	
Artículos	
La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Árbitro Nacional, a Diez Años de la Reforma Constitucional	9
Ministro Genaro David Góngora Pimentel	
El Derecho de la Seguridad Social	33
Magistrada Eva Montalvo Aguilar	
Las Violaciones Procesales en el Proyecto de la Nueva Ley de Amparo	89
Magistrado José Luis Torres Lagunas	
Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en España	107
Doctora Dolores Carrillo Márquez, Doctora María José López Álvarez, y Doctora María Pilar Martínez Díaz	
La Unión Europea y sus Importantes Avances en Materia de Cooperación Judicial Penal	141
Doctora Marta Gisbert Pomata	

Una Visión Tridimensional del Estado Moderno Doctor Donato Cárdenas Durán	173
La Historia Constitucional del Estado de Nuevo León Doctor Pedro Torres Estrada	189
Nacimiento y Conformación del Estado en la Filosofía Política de Thomas Hobbes Licenciado Jacob Buganza	243
Sistemas Concursales Comparados: La Experiencia Europea Licenciado Giovanni Falcone	279
Normas Editoriales	311
Lineamientos del Consejo Editorial	313

PRESENTACIÓN

Es un honor para un servidor, hacer la presentación del décimo tercer número de esta revista, que por numerosas razones debe ser considerado como un número de edición especial.

En primer lugar, debido a que la consolidación de la revista es un hecho palpable, en cuanto a difusión de la misma, su gran calidad, la diversidad de temas tratados y por supuesto, y quizá con igual o mayor importancia el reconocimiento público de los autores, que nos han hecho el honor de enviarnos sus artículos para su publicación.

En segundo lugar y como prueba de lo anterior, en este número contamos con la honorable participación de autores de gran reconocimiento a nivel nacional e internacional. Los juristas que en esta ocasión publican en la revista cuentan con una enriquecedora, ilustre y variada experiencia desarrollada tanto en el más alto tribunal del país, diversos tribunales federales, así como en el ambiente académico. La lista es encabezada por el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Genaro David Góngora Pimentel. Asimismo, contamos con la participación de los Magistrados Eva Montalvo Aguilar y José Luis Torres Lagunas. Dentro de los reconocidos profesores e investigadores a nivel nacional e internacional, contamos con artículos de los profesores Dolores Carrillo Márquez, María José López Álvarez, María Pilar Martínez Díaz, Marta Gisbert Pomata, Donato Cárdenas Durán, Pedro Torres Estrada, Jacob Buganza, y Giovanni Falcone.

En tercer lugar, porque la variedad y diversidad de artículos de este número, enriquecen el acervo de temas que se han venido publicando en ediciones

anteriores. Esto conlleva, sin duda, a que el gran esfuerzo que se ha venido realizando nos de resultados que se vean traducidos en que la revista sea de interés para nuestros lectores.

Finalmente, agradezco a Roberto Garza Barbosa, editor de la revista, me haya permitido en esta ocasión escribir la presentación de la misma, y por ende me da la oportunidad de reconocerle públicamente su trabajo y esfuerzo que ha venido realizando desde hace ya tiempo en lograr posicionar a la revista *IUSTITIA* en el lugar que hoy ocupa, y por lo cual se ha hecho acreedor al merecido reconocimiento, tanto del público lector, como de sus compañeros profesores, alumnos y por supuesto de esta dirección.

No me queda más que llenarme de orgullo por este logro, volver a felicitar a quienes de alguna forma han participado, como autores, lectores y editores; para finalmente, exclamar: enhorabuena por *IUSTITIA*.

Lic. Marlon Omar López Zapata, LL.M.
Director del Departamento de Derecho
Correo electrónico: marlon@itesm.mx

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, COMO ÁRBITRO NACIONAL, A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Genaro D. Góngora Pimentel.*

El 5 de diciembre de 1994 el Presidente de la República presentó a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión una iniciativa de reforma constitucional que modificó la estructura del Poder Judicial de la Federación, cambiando las funciones e integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 105 constitucional, sin cambio alguno desde la Constitución de 1917 tuvo una importante reforma, se ampliaron las facultades de la Suprema Corte de Justicia para conocer de las controversias que se susciten entre la Federación, los Estados y los Municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas, o entre los órganos de Gobierno del Distrito Federal; ampliándose la legitimación para promover las controversias constitucionales, con lo que se reconoció la complejidad que en nuestros días tiene la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales. Con esta reforma se aventó al Poder Judicial de la Federación a la arena política, lo que había evitado desde la desafortunada situación del Presidente Iglesias. Y continuo evitando cuando se le quiso ocupar en problemas electorales, hasta que se crea un tribunal que, por cierto, ha tenido una buena actuación.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No encontrábamos problemas, en su caso, para la promoción de la controversia constitucional entre los poderes Ejecutivo y Legislativo Federales o bien, locales, como los órganos del Distrito Federal, ¡Ah!, ¡Pero tratándose de los municipios!, antes de la reforma que entró en vigor en el mes de febrero de 1995, éstos no tenían defensa.

Desde siempre, en México, se presentó la necesidad de los municipios del país de protegerse de los ataques de los poderes locales o federales. En efecto, cuando un Presidente Municipal resultaba ser enemigo del Gobernador y esa “animadversión” llegaba a trascender en actos concretos del Ejecutivo Estatal para cambiar al Municipio en cuestión, veíamos acciones dirigidas a lesionar el patrimonio del municipio con apropiación de arbitrios municipales, modificación de la Ley de Hacienda para que los derechos que por concepto de diversos servicios públicos que se enteraban en la tesorería municipal, ahora se pagaran en la Tesorería del Estado y todo lo demás que se le pueda ocurrir a un gobernador para someter al municipio enemigo, como tirar basura en las calles, promover huelgas de empleados municipales, etcétera.

Son cada vez más numerosas las controversias que ahora se reciben en la Suprema Corte en que los municipios pelean por sus derechos reconocidos en el artículo 115 constitucional.

En el año de 1999 las reformas al artículo 115 constitucional otorgaron a los municipios del país una serie de derechos que poco a poco han sido reconocidos en jurisprudencias de la Suprema Corte dictadas al resolver controversias constitucionales.

Asimismo, la reforma abrió la posibilidad de que el 33% de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal o, en su caso, el Procurador General de la República, puedan plantear ante la Suprema Corte, en el ámbito de su atribuciones, la inconstitucionalidad de leyes, previéndose que las resoluciones puedan anular, con efectos generales, la norma declarada inconstitucional.

Tanto tratándose de las decisiones establecidas en las controversias constitucionales, como en las acciones de inconstitucionalidad serán necesarios ocho votos para que se pueda hablar de su obligatoriedad.

Contrario a lo que acontece en el juicio de amparo y en las controversias, en las acciones de inconstitucionalidad no es necesario que exista agravio para que sean iniciadas. Mientras en el amparo se requiere de una afectación de las garantías individuales y en las controversias constitucionales de una invasión de esferas (decía la exposición de motivos, pero el Pleno de la Suprema Corte amplió la controversia a los demás preceptos constitucionales y no solamente a la invasión de esferas, para resolver, así, todos los problemas planteados), las acciones de inconstitucionalidad se promueven con el puro interés genérico de preservar la supremacía constitucional. En realidad, más que una acción en el sentido procesal del término, constituye una petición de control de validez normativa. Porque en esa instancia no se dan las condiciones jurisdiccionales; no hay parte actora ni demandada como sucede en el juicio de amparo.

En las acciones de inconstitucionalidad se trata de abrir una vía para que una representación parlamentaria calificada, el treinta y tres por ciento, o el Procurador General de la República, puedan plantearle a la Suprema Corte de Justicia si las normas aprobadas por la mayoría de un órgano legislativo son, o no, acordes con la Constitución.

Luego, esa representación calificada es la que perdió la votación, y podrá combatir el criterio de la mayoría si logra reunir el porcentaje requerido. De esta manera se logra separar a la representación mayoritaria de la constitucionalidad. La decisión tomada estará entonces sujeta, en caso de ser objetada, al examen que haga el Pleno de la Suprema Corte de Justicia contrastándola con la Constitución y si es considerada válida servirá, en todo caso de desfogue de las inquietudes minoritarias.

Es de hacerse notar que, al entrar en vigor las reformas constitucionales que se mencionan, el más grande de los amparistas mexicanos sentenció que no habrían de tener trascendencia pues la controversia constitucional era poco, muy poco usada por los abogados mexicanos.

No obstante el mencionado “ucase” del maestro, del año de 1995 en que entró en vigor la reforma constitucional, al 01 de diciembre de 2004 se han resuelto por el Alto Tribunal 761 controversias y están pendientes de resolución

111; se han resuelto también 197 acciones de inconstitucionalidad y quedan pendientes 23.

Los números anteriores significan el enorme cambio que ha sufrido nuestro país.

Si antes bastaba una advertencia del Secretario de Gobernación para que los poderes de la República se pusieran en orden y no causaran problemas, ahora eso no es suficiente y todas las personas que puedan acudir a la controversia, mencionadas en la fracción I del artículo 105 constitucional, lo hacen, por todos los agravios que creen sufrir. Incluso es común encontrar amagos de acudir a la controversia en declaraciones periodísticas.

Algo así como:

“—Si no se hace tal o cual cosa iré a la Suprema Corte en controversia.”

Sin duda el Presidente de la República que envió la iniciativa al Senado, deberá de estar muy contento de que el pueblo de México tenga confianza en la justicia federal.

El artículo 105 en vigor antes de la reforma establecía que la Suprema Corte de Justicia debía conocer de los procesos en que la Federación fuera parte, lo que, interpretado por el legislador ordinario significó la intervención del Pleno de la Suprema Corte de Justicia siempre que se hiciera valer un interés de la Federación. Ese sistema provocó que el Alto Tribunal tuviera que pronunciarse de manera inicial en una serie de conflictos en los que, en realidad, pueden no resultar afectados los intereses sustantivos de la Federación.

En los años en que fui Secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal Pleno, tuve la ocasión de escuchar la discusión de un asunto en que se decía que la Federación era parte y el problema se centraba en la propiedad de un toro (extraordinario animal sin duda alguna), propiedad discutida por un importante hombre de negocios y la Secretaría de Agricultura y Ganadería. Los señores Ministros pasaron algunas horas en amena discusión decidiendo la suerte del toro.

Para remediar esta situación se redactó la fracción III del artículo 105 en la que se crea un nuevo sistema para el conocimiento de los procesos mencionados. Esto permite decidir a la Suprema Corte si atrae o no el conocimiento del asunto en la instancia de apelación, una vez que se hubiere hecho la petición por el correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o por el Procurador General de la República y que haya evaluado la importancia del proceso en que la Federación pudiera ser parte.

Esperamos, sinceramente, no volver a ocuparnos de toros, por más importantes y distinguidos que sean. Hasta ahora, no ha tenido el Tribunal Pleno asuntos como esos.

Uno de los problemas del juicio de amparo, ciertamente, es el cumplimiento de las sentencias de amparo. Las personas que vencen en juicio a una autoridad no obtienen la protección de sus derechos porque la sentencia no se ejecuta.

La reforma que comentamos propuso un sistema que permite a la Suprema Corte de Justicia contar con los elementos necesarios para lograr un eficaz cumplimiento de las sentencias de amparo.

Poco a poco se han ido cerrando a las autoridades responsables las posibilidades de evitar, con toda clase de artimañas, el cumplimiento de las sentencias de amparo. En realidad son pocas las autoridades que no quieren cumplir, lo que pasa es que no saben cómo hacerlo, esa labor, decirles cómo, deberá ser tarea de los jueces de distrito y de los Magistrados de Circuito.

Se modificó la fracción XVI del artículo 107 constitucional para que la Suprema Corte de Justicia tenga la atribución de valorar el incumplimiento de las sentencias, al punto de decidir si el mismo es o no excusable y en la justificación del cumplimiento sustituto, que puede ser decretado de oficio por la Corte Suprema (en cuanto al cumplimiento sustituto a petición de parte, aunque no expresamente establecido en la Constitución, éste ya aparecía en el artículo 105 de la Ley de Amparo).

Se estableció en la misma fracción XVI la posibilidad del cumplimiento sustituto de las sentencias, de manera que los quejosos puedan ser indemnizados en aquellos casos en que la ejecución afecte gravemente a la

sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios que el propio quejoso pudiera obtener con la ejecución.

Y, se introdujo en la citada fracción, la figura de la caducidad en aquellos procedimientos tendientes a lograr el cumplimiento de las sentencias de amparo.

Las tres modificaciones mencionadas han sido exploradas por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y han servido bien para instrumentar la fracción XVI del artículo 107 constitucional.

Muchas historias se contarán algún día sobre el cumplimiento de las sentencias de amparo.

Pero hubo otra modificación más a la Constitución también de enorme trascendencia para la Suprema Corte de Justicia. Desde la primera Corte Suprema que inició sus trabajos en 1827, los ministros integrantes tuvieron, además de su función jurisdiccional la de administración y gobierno del Poder Judicial.

A partir del año de 1928 a la fecha de la reforma que comentamos, se fueron concentrando en el Tribunal Pleno un número creciente de atribuciones no relacionadas propiamente con la función de impartir justicia, como, el nombramiento, adscripción y disciplina de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, la elaboración del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, la determinación del número, materia y ubicación de los órganos jurisdiccionales, el otorgamiento de licencias a distintos miembros de la Judicatura Federal, así como la administración de la Defensoría de Oficio, la designación de los miembros de ésta, y la realización de visitas de inspección a todos los órganos jurisdiccionales federales del país, entre muchas otras más.

De esta manera, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia además de su tarea de impartir justicia tuvieron que ocuparse de la administración de un Poder Judicial cada vez más grande y complejo.

En países de Europa, América del Sur y Centroamérica se habían ya creado órganos de administración para garantizar la autonomía y eficacia de la función judicial, concentrando la labor de jueces, magistrados y ministros en cuestiones de carácter puramente jurisdiccional. Con esto se amplió el tiempo dedicado

por los jueces a la impartición de justicia. Además, la Cámara de Senadores, el Presidente de la República y el propio Poder Judicial de la Federación tienen intervención en la designación de los integrantes del Consejo de la Judicatura Federal, porque los problemas de la judicatura son tan importantes que su gobierno y administración no pueden dejarse, todos, en manos de los jueces.

Las funciones del Consejo y su situación a diez años de la reforma de 1995 no forman parte de esa plática.

El combate al rezago ha sido una de las tareas que más preocupa a este Poder

Fue en las primeras décadas de vigencia de la Constitución de 1917, pero ya con motivaciones que venían desde décadas antes de que terminara el siglo XIX, que el incremento de los asuntos resueltos o bien rezagados en la Suprema Corte de Justicia llevó al Poder Reformador de la Constitución a buscar la forma de arreglar las cosas.

La Suprema Corte de Justicia se encontraba frente a una tarea abrumadora con miles de expedientes de juicios de amparo pendientes de resolver, de que se dictara la sentencia definitiva y la resolución constitucional correspondiente.

El país había crecido y de estar casi en su totalidad dedicado a la agricultura se estaba industrializando. La población tuvo un aumento notable y por consecuencia también los problemas jurídicos. Siguiendo ejemplos extranjeros y olvidándose de que teníamos un juicio de amparo se crearon tribunales formalmente administrativos y fiscales. La aplicación de los planes de la Revolución dio lugar al reparto de la tierra y esto trajo numerosas resoluciones que se pronunciaban con fundamento en la legislación agraria. Las juntas federales y locales de conciliación y arbitraje crecieron en número y dictaban cada vez más laudos. Y, en fin, como pasa en el ambiente judicial, múltiples causas y cuestiones diversas incrementaron las demandas de amparo.

Entonces, en 1950 en el sexenio del Presidente Miguel Alemán con lo que se dio en llamar “La Reforma Alemán” se crea la Sala Auxiliar para que terminara con el rezago de la Sala Civil, por lo que funcionaría con carácter temporal. Sin embargo, la Sala Auxiliar trabajaba todavía en 1994 en que la integración de la Suprema Corte de Justicia de 26 ministros cambió por reforma

constitucional a 11 ministros. Los Ministros de la Sala Auxiliar se manejaron con la prudencia necesaria para que nunca se acabara el rezago. Una vez terminado el de la Sala Civil ayudaron a la Sala Penal o a la Sala Administrativa. Era, me contaba un ministro, un trabajo muy bonito, porque resolvían con todo detenimiento, pensando mucho los asuntos. Resultó, en realidad, una sala permanente.

La solución del rezago no estaba en crear más salas, sino en los Tribunales Colegiados de Circuito, a los que cada vez se les fue pasando más competencia, desprendiéndose la Suprema Corte de Justicia de los asuntos más disímolos, conforme los Tribunales Colegiados fueron demostrando su capacidad.

La creación de los Tribunales de Circuito era necesaria ante el incremento de demandas de amparo que día a día llegaban a la Suprema Corte, por la confianza del pueblo mexicano en el juicio de amparo como el mejor medio para detener las arbitrariedades de las autoridades.

Se crean los Tribunales Colegiados, al principio con timidez, pues se establecieron solamente cinco, pero su número se ha ido incrementado por las necesidades y paulatinamente se les ha conferido un mayor ámbito de competencia jurisdiccional conforme se van reduciendo facultades y atribuciones a la Suprema Corte, que pasan a ser del resorte competencial de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Finalmente se les han conferido todas las cuestiones relativas al llamado control de legalidad, al erigirse la Suprema Corte de Justicia —aunque conservando la facultad de atracción— en órgano de control constitucional exclusivamente, evolucionando hasta convertirse en un moderno tribunal constitucional.

Los Tribunales Colegiados resuelven los juicios de amparos directos, los recursos de queja y revisión así como las cuestiones competenciales que les son sometidas a su facultad decisoria, cuestiones éstas de competencia que antes tenía la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La nueva integración de la Suprema Corte de Justicia ha dictado diversos acuerdos para aliviar el gran número de asuntos que llegan al Alto Tribunal. Llegó la integración actual con un espíritu abierto para modificar lo que fuera necesario, siempre que fuera posible.

Cuando un ministro se encuentra con que tiene que estudiar para la sesión de la sala 50 o 60 asuntos de proyectos de el mismo y de sus compañeros, además de los asuntos del Tribunal Pleno que pueden ser amparos en revisión de leyes federales, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Cuando sabe que las controversias constitucionales deben resolverse pronto, porque los poderes que están en conflicto: Municipios, Estados, legislaturas, esperan una solución del árbitro constitucional.

Cuando tiene acciones de inconstitucionalidad que deben resolverse ese mismo año, pues los Poderes involucrados van a cambiar de titulares y una solución posterior sería estéril, porque ¿...ya para qué?, como acostumbran decir los justiciables.

Entonces, parece ser materialmente imposible servir con expedita la demanda ciudadana de justicia.

Pero, ... ¿Qué ha hecho la Suprema Corte de Justicia para poder enfrentarse a estos problemas?

Veamos:

En el Acuerdo del Tribunal Pleno 8/1995, de fecha 19 de junio de 1995, con fundamento en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución, que faculta al Pleno de la Suprema Corte de Justicia para expedir acuerdos generales a fin de lograr la adecuada distribución, entre las Salas, de los asuntos que compete conocer a la propia Corte, y remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito aquellos asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia, para mayor prontitud en su despacho y con fundamento además en los artículos 11, fracción VI y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, decidió remitir para su resolución a los Tribunales Colegiados de Circuito los recursos de revisión interpuestos contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o por los Tribunales Unitarios de Circuito, en los juicios de amparo en los que se hubiese impugnado una ley federal, local o del Distrito Federal, un tratado internacional, o actos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, en los

que, subsistiendo en el recurso el problema de constitucionalidad o invasión planteado, exista jurisprudencia del Pleno sobre tales cuestiones.

Además, decidió el Tribunal Pleno que las Salas remitieran para su resolución, a los Tribunales Colegiados de Circuito los recursos de revisión interpuestos en contra de sentencias pronunciadas en audiencia constitucional por los jueces de distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, en los juicios de amparo en los que se hubiese impugnado un reglamento federal expedido por el Presidente de la República, o reglamentos expedidos por el Gobernador de un Estado o por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o si en la resolución se establece la interpretación directa de un precepto de la misma en las materias que les toca conocer, en los que subsistiendo en el recurso el problema de inconstitucionalidad planteado, exista jurisprudencia de las Salas sobre esas cuestiones.

Como no fue suficiente el Acuerdo 8/1995, porque los Tribunales Colegiados tuvieron problemas para su entendimiento y para su instrumentación, se decidió completar las instrucciones enviadas en el acuerdo anterior con el siguiente párrafo que se publicó en el Acuerdo 2/1997 y que a la letra dice:

...La remisión de los asuntos que se indican en los puntos anteriores procederá aun cuando existan cuestiones de improcedencia, procedimiento, forma y fondo, que no impliquen el estudio directo de problemas de constitucionalidad de ley, tratados o reglamentos federales expedidos por el Presidente de la República o locales expedidos por el gobernador de un Estado; y aun cuando el estudio correspondiente dé como consecuencia no aplicar la jurisprudencia relativa, por no tenerse que abordar el análisis del problema resuelto en ella.

A partir del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve, en términos del Acuerdo número 6/1999 del Tribunal Pleno, los Tribunales Colegiados del Circuito conocen de la constitucionalidad de todos los reglamentos, sean federales o locales.

Y, con fundamento en el Acuerdo 10/2000 del Tribunal Pleno se amplió todavía más la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en los siguientes términos:

...Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, si en la demanda de amparo se hubiere impugnado una ley local, conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, a partir de la fecha en que entre en vigor este acuerdo, sin perjuicio de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza su facultad de atracción para conocer y resolver los casos que, por su interés y trascendencia, así lo ameriten.

Los acuerdos generales de que se ha dado noticia, no fueron suficientes y se requirió de un nuevo acuerdo general, el número 5/2001, que abarcó la materia de los anteriores y, además, agregó algunas otras directivas a los Tribunales Colegiados de Circuito, como son las siguientes:

—Para agilizar el trámite de los incidentes de inejecución, de las denuncias de repetición del acto reclamado, así como de las inconformidades, a fin de lograr el eficaz cumplimiento de las sentencias de amparo, estimó conveniente que éstos se resuelvan por los Tribunales Colegiados de Circuito distribuidos en todo el territorio nacional, aprovechando su cercanía a los justiciables para los efectos de interrumpir la caducidad de la instancia y evitar los gastos que deben erogar para acudir a la capital del país para atender dichos asuntos, conservando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia la facultad prevista en la fracción XVI del artículo 107 constitucional.

—En el punto TERCERO del Acuerdo hace una relación de los asuntos que el Tribunal Pleno conservará para su resolución y en el punto QUINTO del mencionado Acuerdo, de los asuntos de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia, con las salvedades que se hicieron, explica los que corresponderá resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito en la materia penal, civil, administrativa y laboral, cuando el tema esencial de fondo no sea de la trascendencia o entidad suficiente para llegar al más Alto Tribunal de la Nación.

Este acuerdo ha estado sirviendo de base, de fundamento para el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para utilizar su propia terminología, continuamos recibiendo un gran número de asuntos y es enorme el número que debe resolverse.

Si bien hasta ahora no hemos tenido propiamente un rezago, esto se debe, como bien lo ha dicho el señor Ministro Juan Díaz Romero, "... a la incansable labor de todos y cada uno de los equipos de trabajo", y continua afirmando don Juan "... pero no cabe duda que los aforos alcanzados y la tendencia a aumentar hacen prever, razonablemente, que dentro de poco tiempo la Suprema Corte tendrá que hacer frente a un rezago que sólo podrá combatir, previsiblemente, con el auxilio de los Tribunales Colegiados de Circuito, dado que éstos pueden crecer en número, mientras que esta Suprema Corte, por mandato constitucional, no puede hacer lo mismo".

En la Suprema Corte se resolvieron en el año de 2004, la Primera Sala 1891 asuntos, la Segunda Sala 2089 asuntos y el Tribunal Pleno 727 asuntos, lo que hace un total de 4707.

Ahora bien, ¿qué hacer frente a tantos asuntos? ¿Cuál debe ser el futuro de la Suprema Corte de Justicia? ¿Podemos dejar que un enorme rezago detenga la expeditez de la justicia?

Recordamos, desde luego, lo que dice la sabiduría popular:

"Rápido y bien, no hay quien"

Demos ahora un breve repaso a los fundamentos constitucionales de estos cambios a favor de la lucha contra el rezago:

En la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial del 10 de agosto de 1987, en el párrafo sexto del artículo 94 de la Constitución, se le otorga a la Corte Suprema la facultad de emitir acuerdos generales:

El propio Tribunal en Pleno estará facultado para emitir acuerdos generales a fin de lograr, mediante una adecuada distribución entre las salas de los asuntos que compete conocer a la Suprema Corte de Justicia, la mayor prontitud en su despacho.

El párrafo de que hemos dado noticia se modificó nuevamente mediante la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1994 y, pasando a ser el séptimo, quedó en los siguientes términos:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las salas de los asuntos que compete conocer a la propia Corte y remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito aquellos asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia, para la mayor prontitud en su despacho.

Finalmente, se resolvió a modificar el mismo precepto mediante la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial el 11 de junio de 1999, que es la que actualmente nos rige y sustenta el Acuerdo General 5/2001, para quedar como sigue:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia.

Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

Sí, es verdad, el Tribunal Pleno conforme a este acuerdo general está asignando directamente competencias. El futuro está ya fijado. Será necesario, en mi opinión, continuar asignando competencias a los Tribunales Colegiados de Circuito. Por tanto, deberán conocer de todos los amparos en revisión de inconstitucionalidad de las leyes federales, la Suprema Corte de Justicia deberá formar un grupo de trabajo integrado por Magistrados de Circuito experimentados para que en Tribunales Colegiados de Circuito especializados, con residencia en lugares estratégicos, preparen proyectos que resuelvan las contradicciones de sentencias que en esta materia se den entre Tribunales Colegiados.

Además estos tribunales de que hablamos deberán ocuparse también de dar solución a los conflictos de competencia entre órganos judiciales o jurisdiccionales, estos problemas que hasta ahora ha resuelto directamente el Alto Tribunal, del año de 1995 al 30 de noviembre de 2004 fueron 418 de la materia civil, 493 de la materia penal, 310 de la materia administrativa, 831 de la materia laboral y 608 de otro tipo, para hacer un total de 2660. Los conflictos de competencia mencionados llegan a los Tribunales Colegiados y eso es lo que resuelve actualmente la Corte Suprema.

Tanto de las contradicciones de sentencias entre Tribunales Colegiados, como de los conflictos de competencia, la Corte Suprema deberá de poder ejercer su competencia originaria, en los casos de gran entidad que les sean sometidos por los mencionados tribunales. Todos los demás asuntos deberán ser resueltos en definitiva por ellos.

Para hacer lo que se propone deberá ser reformado de nuevo el párrafo mencionado del artículo 94 constitucional.

He leído, subrayado y anotado con todo cuidado el análisis crítico de la Barra sobre “La Facultad Reglamentaria del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

Estoy de acuerdo con todos los estudios publicados, bien escritos y bien documentados.

Algunas observaciones, pienso, deberán tomarse en cuenta para corregir los acuerdos de carácter general que se han expedido por el Tribunal Pleno.

Pero, la lectura de los temas todos, no lleva a la conclusión, creo que ineludible, sobre lo que se llama “la tradición constitucional mexicana, que próximamente cumplirá 200 años”, de que “es un derecho del gobernado acudir a la Corte Suprema para que se pronuncie en definitiva acerca de la constitucionalidad de los actos de autoridad”, esa tradición hace ya tiempo que se acabo, somos ciento diez millones de habitantes, los tribunales no se dan abasto para resolver los miles de amparos que presentan los habitantes del país.

Acudir a la Corte Suprema para obtener la última palabra, no es ya posible, ni lógico, ni económico. Fue el camino hace ya muchos, muchos años, como

podemos recordarlo los que vivimos entonces. Fue el camino que podemos ver en las diversas épocas del Semanario Judicial, pero ya no lo es ni lo será.

Todos los acuerdos dictados buscan evitar el rezago y lograr la JUSTICIA rápida que quieren los gobernados.

¿TENEMOS NECESIDAD DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?

Mucho se ha dicho respecto a la idea de crear un Tribunal Constitucional en México, pero creo que poco se conoce el tema.

La creación de un Tribunal Constitucional es reflejo de un momento histórico europeo en donde estos Tribunales contaban con una gran aceptación social, sobre todo porque se estaba en el periodo de entreguerras o en el mejor de los casos en el periodo posterior a la segunda guerra mundial.

En aquella época lógico era suponer que se necesitaba una nueva sociedad, bajo el imperio ya no de la ley, sino de la Constitución, y para ello se necesitaban también nuevos tribunales.

No obstante, esta ya no es la visión que se tiene en Europa. Hoy en día, después de cincuenta años, existen serios cuestionamientos a la función que desempeñan estos Tribunales Constitucionales, a grado tal que podemos ver que ha habido etapas críticas en su existencia.

Pues bien, esta doble situación, el surgimiento y la realidad actual, no se están tomando en consideración al hablar de la posible instauración de un Tribunal Constitucional en México.

Por otra parte, se suele citar la experiencia de América Latina al respecto, porque varios países han creado, a semejanza de Europa, Tribunales Constitucionales. Sin embargo, nuevamente caemos en un error, pues la experiencia que han tenido estos tribunales no ha sido del todo satisfactoria. Además, y esto se obvia con mayor frecuencia, la tendencia no es la creación de tribunales constitucionales, sino de salas constitucionales dentro de las Cortes Supremas.

Finalmente, tampoco se ha tenido en cuenta nuestra evolución. Resulta extraño darse cuenta que la sociedad jurídica no se ha percatado de lo que se ha hecho desde hace doce años. Quien vea las cosas con mayor detenimiento

puede darse cuenta que los cambios que han tenido lugar han sido para transformar a nuestra Suprema Corte de Justicia en un Tribunal Constitucional, lo que desde luego ya ha acontecido.

Veamos los Tribunales Constitucionales en Europa

A partir de 1920, en Austria, o quizá un poco antes, comienza en Europa el movimiento de los Tribunales Constitucionales. Hans Kelsen, genio vienés, afirmó desde entonces la necesidad de un órgano autónomo, neutro, independiente del judicial y de cualquier otro poder, que tuviera por finalidad el darle actualidad y fuerza a la Constitución. Debe advertirse que en ese entonces Kelsen lo mantenía alejado del judicial, porque quizá su intención era más bien salvar de entrada a este tribunal, pero por la creencia todavía arraigada en Europa de que un tribunal judicial no podía enjuiciar las leyes. El Parlamento todavía mantenía una fuerte presencia, era el soberano, y un poder judicial no tenía gran presencia para controlarlo. Tratar de hacerlo en esa época hubiera resultado prácticamente una burla.

En este sentido, se pensó que por arriba de la ley soberana está la Constitución y de la Constitución no podían conocer los tribunales ordinarios, ni su órgano judicial más alto. Para ello era necesario crear un Tribunal ajeno a los tradicionales poderes, un Tribunal Constitucional (a grado tal lleva esta idea Kelsen que le permite sostener que la Constitución es un orden total y que en ella encontramos otros dos órdenes, el federal y el local).

Por tanto, la Constitución conlleva la creación del Tribunal Constitucional y sobre todo porque en ese entonces era la única posibilidad de controlar al poder soberano legislativo. Nótese, también, que el Tribunal Constitucional no comienza, como efectivamente no sucedió, como un órgano constitucional que revisara las decisiones de los tribunales. Su misión era clara: acotar la labor del legislativo y, también, resolver los problemas inherentes a un país con distribución de competencias. Recuérdese, también, que Kelsen no aceptaba la acción popular de inconstitucionalidad.

Posteriormente, muchos países han seguido el modelo austriaco. España en 1931, incluyéndosele el juicio de amparo por influencia mexicana, Italia en 1948, Alemania en 1949, Francia en 1958, España nuevamente en 1978.

Pero la concepción de Tribunal Constitucional en estos países ha cambiado sustancialmente. A las atribuciones normales (kelsenianas) de un Tribunal Constitucional se le adicionó, por influencia española e indirectamente mexicana, el juicio de amparo. Si en el modelo kelseniano no se revisaban las resoluciones judiciales, en el nuevo modelo europeo la principal actividad va a consistir precisamente en ello, en la revisión de las actividades jurisdiccionales de los tribunales ordinarios, incluidas la de las Cortes Supremas. A partir de entonces, comienza una nueva etapa, tortuosa, en la evolución de los Tribunales Constitucionales, en especial de aquéllos que regulan este juicio.

Lo curioso es que Italia, que no tiene previsto el juicio de amparo ni ningún proceso que se le parezca, fue el primer país en que se presentaron los primeros problemas entre el Tribunal Constitucional y la Corte de Casación, la Suprema. A partir de los últimos años de los 50's (la Corte Constitucional empezó a funcionar en 1956), se dio lo que se conoce como "La guerra entre las dos Cortes", expresión que dice todo. Efectivamente, en esos años, tuvo lugar una reticencia enorme a las resoluciones de la Corte Constitucional la que, además, se metía a decirle a los jueces como debían interpretar las leyes a la luz de la Constitución. Obviamente que la Corte de Casación empezó a cuestionar esta situación y a replantear sus dudas, con base en otra interpretación, obligando a la Corte Constitucional a pronunciarse nuevamente y en el sentido que quería la Corte de Casación.

Esta discrepancia de criterios, aguda en ese entonces, todavía puede apreciarse en Italia. Pero con una agravante más. Ahora no sólo tienen discrepancia de criterio con los tribunales, sino también con los legisladores. Es frecuente ver cómo algunas sentencias de la Corte Constitucional se han metido hasta la función básica del legislador, y le enmienda prácticamente sus leyes. Es decir, además de tener la posibilidad de anular las leyes, ahora las manipula (estas son las sentencias manipulativas), incluso en ocasiones llega a suplir al legislador diciéndole lo que tiene que hacer o adelantándose a ello.

La solución que se ha dado es la siguiente. La Corte Constitucional tiene que tomar en cuenta el derecho viviente, esto es, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, y resolver con base en ella. En reciprocidad, los tribunales

ordinarios deben tener siempre presente la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional. Y ahí se la llevan.

Esto mismo sucede en Francia, en donde tampoco hay juicio de amparo, pero peor aún, no existe un control posterior, esto es, una ley una vez expedida no puede ser sujeta a examen. En este país, comienzan a darse, preventivamente, sentencias del Consejo Constitucional que le dicen al juzgador cómo tiene que interpretar la ley. El Consejo de Estado, esta gran institución francesa, muy por arriba del Consejo Constitucional, empieza a sufrir la embestida de estas resoluciones, lo mismo la Corte de Casación.

Pero además de esto que apenas comienza, en Francia el enfrentamiento ha sido principalmente con el legislador, de manera tal que el Consejo Constitucional también le ha enmendado la plana a muchos de sus proyectos de ley (recuérdese que sólo existe control previo). Recientemente, con ocasión de un Proyecto de Ley de Solidaridad Civil (matrimonio entre personas del mismo sexo) el Consejo Constitucional se vio en la necesidad de prácticamente legislar, pues tal proyecto no contenía una regulación completa de la situación.

En España, la situación se mantiene tensa, principalmente porque mediante el recurso de amparo se han revisado decisiones importantes del Tribunal Supremo, revocándose las. En 1994 el problema llegó a su momento más crítico, ya que Tribunal Supremo se manifestó en contra del Tribunal Constitucional y llegó a pedir su desaparición y, en el mejor de los casos, que dejara de conocer del recurso de amparo. El Presidente de Tribunal Supremo en ese entonces, Pascual Sala, en su informe anual dio una extensa exposición del problema. Obviamente que el Tribunal Constitucional dio contestación a este informe. Pero, insisto, la situación sigue, y seguirá, tensa. En 1999, en una decisión igualmente importante, el Tribunal Constitucional tuvo que enviar el problema de una resolución del Tribunal Supremo, evitando revocarla, al legislador, lo que abrió la puerta a un nuevo frente, el del legislador.

En Alemania, curiosamente, aun cuando existe también un recurso de amparo mediante el cual se revisan las decisiones de los cinco tribunales supremos, no se han presentado a nivel social graves problemas. Esto quizá pueda entenderse si se piensa en la forma en que se ejerce el Estado de

Derecho en ese país; en que siguen siendo el centro de atracción y respeto del resto de los Tribunales Constitucionales europeos, y en que el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial.

Veamos ahora la justicia constitucional en América Latina.

En América Latina hemos tomado muy en cuenta la experiencia europea, tanto porque no hemos entrado en el debate de la legitimidad de un órgano con las facultades que tiene, lo que desde luego les costó mucha tinta a los europeos. Pero también hemos aprendido otras cosas.

En un primer momento, la tendencia fue marcadamente la creación de Tribunales Constitucionales. Ahí tenemos los casos de Bolivia (formando parte del Poder Judicial), Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala y Perú. Sin embargo, asombra saber que otros países han adoptado otra solución, la que quizá pueda llamarse intermedia, en donde se ha creado una Sala Constitucional dentro de las Cortes Supremas. Es el caso de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Paraguay y, recientemente, con la Constitución de noviembre de 1999, Venezuela. Pero también debe reconocerse que hay otros países en donde la jurisdicción constitucional reside en la Corte Suprema, como Brasil, Honduras, Panamá y Uruguay (entre éstos se encuentra México).

Estas son las tres posibilidades que se han dado en América Latina. Sin embargo, de la experiencia que se ha tenido y viendo el interés de diversos países en cambiar la situación en la que se encuentran quizá deba decirse que la tendencia actualmente no es la creación de Tribunales Constitucionales, sino de Salas constitucionales en Cortes Supremas.

El caso de Colombia, por ejemplo, es muy ejemplificativo. Antes de la Constitución de 1991 se creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema. Sin embargo, después de varias resoluciones en contra de determinados órganos públicos, entre ellos el Presidente de la República, y ante la nueva expedición de una Constitución, se determinó crear una Corte Constitucional. Sin embargo, actualmente bajo el sistema que se tiene la Corte Constitucional puede revisar en amparo las decisiones de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, lo cual hasta cierto punto a veces se acepta, sin embargo, existe la

posibilidad de que cualquier juez, de cualquier nivel, conozca del juicio de amparo, ya sea en contra de decisiones del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, lo que resulta para algunos funcionarios colombianos verdaderamente irritante.

La Corte Constitucional colombiana ha entrado en otra dinámica. Al parecer en sus resoluciones se está tratando de hacer declaraciones con las que se gane la opinión de la sociedad, de manera tal que no es raro ver una decisión de este tribunal diciendo que debe cumplirse el derecho a la vivienda y que todos los colombianos deben tenerla. Se ganan el favor de la sociedad, ciertamente, pero es una resolución que no tendrá nunca ejecución. Otra actividad que se hace en Colombia, con este mismo ánimo social, es dar a conocer en la prensa un poco antes el sentido de una determinada resolución, después de ello diversos sectores se pronuncian en determinado sentido, a lo que la Corte Constitucional al momento de expedir su resolución da satisfacción. Esto desde luego ha dado mucho que decir de la Corte Constitucional.

Las salas constitucionales, también hay que decirlo, tienen algunos problemas, pero sobre todo en relación con el órgano en el cual están inmersas. Así, se tiene que en ocasiones la sala revisa las decisiones del Pleno de la Corte Suprema, lo que no es del agrado de este órgano. O bien, finalmente la sala resulta ser un órgano instructor que somete su proyecto a la decisión del Pleno de la Corte Suprema, lo que da al traste la especialidad que hubo haber adquirido en la sala. Así quizá predomine el criterio penalista o civilista del Pleno y no precisamente el constitucional.

En Honduras recientemente se dio un debate en torno a la creación de un Tribunal Constitucional o de una sala constitucional. Pues bien, de los proyectos presentados todos iban en el sentido de crear una sala constitucional.

En relación con esta tendencia, debemos indicar que con ella se ha dado respuesta al pequeño gran problema de tener dos órganos cúspide, la Corte Suprema y la Corte Constitucional. De esta manera, todo queda en el mismo órgano judicial y hay una interrelación entre los diversos integrantes, porque los de las salas después forman parte del Pleno o de otra sala. Incluso

recuérdese que en Bolivia el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial. Esta ha sido la respuesta que América Latina está dando a este problema, pero definitivamente parece mil veces mejor que el de tener dos órganos terminales disputándose el ejercicio del poder.

Además, debe tenerse muy presente que las circunstancias sociales, políticas, económicas y jurídicas de América Latina son distintas a las de Europa. Luego entonces, si en este continente se están dando estos problemas no es posible esperar otra cosa en el nuestro. Por ello, quizá la creación de salas constitucionales es más latina.

Por último, veamos el caso de México.

En nuestro país, desafortunadamente muy pocos se han dado cuenta que la Suprema Corte de Justicia se ha transformado paulatinamente en un Tribunal Constitucional.

Este cambio lento ha sido, al parecer, la mejor opción. No me imagino que hubiera pasado si en 1988 en lugar de comenzar este cambio se hubiera creado una Corte Constitucional fuera del Poder Judicial y controlando a este último. En verdad creo que hubiera habido muchas probabilidades de que se hubiera convertido en un órgano político, más que jurídico, y en donde lo poco jurídico que tenemos, la Corte Suprema, se hubiera visto avasallada.

En 1994, siguiendo esta tendencia, decidimos fortalecer la idea de 1988, así que se fortaleció el papel de la Corte como Tribunal Constitucional. ¿Qué acaso no ha quedado claro con las resoluciones que ha tenido que emitir recientemente?

En 1999, también mediante otra reforma constitucional, se acentuó el papel de Tribunal Constitucional, ya que se estableció la posibilidad de enviar asuntos de la competencia de la Corte a los Tribunales Colegiados, quitándose en consecuencia, la materia de legalidad. Por tanto, se acentúa su papel constitucional.

Ciertamente, todavía quedan algunas cosas por hacer, pero ellas deben ser motivo para fortalecer el papel de Tribunal Constitucional que actualmente tiene la Corte. Así, debe pensarse en dos cosas.

Por un lado, como hemos dicho antes, en quitarle alguna función de legalidad que todavía le resta, esto es, la resolución de las contradicciones de tesis y los conflictos de competencia. Pero además, acentuar sus facultades mediante, por ejemplo, el recurso previo de constitucionalidad frente a los tratados internacionales. Igualmente, se debiera pensar en que cualquier juez pueda enviar a la Suprema Corte su asunto cuando en él tenga algún problema de constitucionalidad, con lo que se ganaría mucho, incluido tiempo. La Corte resolvería y la disposición legal quedaría expulsada del ordenamiento jurídico, la que ya no se aplicaría y ya no daría mayores problemas y posibilidades de presentar más amparos.

Por otro lado, hay que reconocer que si bien la Corte se transformó en una Corte Constitucional ahora nos hace falta un Tribunal Supremo. Al respecto existen varias hipótesis para manejar. La creación de un Tribunal Supremo es una de ellas, pero quizá nos llevaría por el camino que queremos evitar, la existencia de dos órganos que disputarán nuevamente el ejercicio del poder. También existe la posibilidad de que así como en América Latina se han creado salas constitucionales donde hay tribunal supremo, así podríamos crear una sala casacional en donde hay un tribunal constitucional. De esta manera, los integrantes de esta sala tendrían la posibilidad de integrar el Pleno, pues se tendrían que rotar, no siendo ministros de segunda categoría. Igualmente se tendría la experiencia para que los criterios constitucionales permanecieran en los casacionales o viceversa.

Cabe hacer la aclaración de que no se está pensando en una instancia más. Si ello fuera así, estaríamos dando al traste a todo nuestro sistema de justicia. No. Estamos pensando simplemente en que sea esa Sala Casacional la que estuviera resolviendo las denuncias de contradicción de tesis y algunas otras competencias menores, como los conflictos competenciales, por ejemplo.

Todavía habría otra hipótesis, la que me parece más acertada. Podríamos, previa modificación constitucional, dejar a la Suprema Corte de Justicia las contradicciones de criterios de los Tribunales Colegiados, así como los conflictos de competencia que, como hemos dicho, son también entre

los Tribunales Colegiados, pero, en este caso los ministros resolverían de manera unitaria, es decir, se pasarían esos asuntos, por turno a un solo ministro, de esta manera no se perdería la posibilidad de que fuera la Corte Suprema lo que decidiera, no habría lugar a otro tribunal superior federal, con pérdida de la supremacía de la Corte, quien sería aun cuando en forma unitaria, quien habría de decidir.

Con ello, se fortalecería nuestro sistema de justicia y se evitaría caer en una etapa de crisis de política judicial y en donde la que saldría perdiendo sería la sociedad mexicana.

En la Isla de Elefantina, en el Nilo, Alto Egipto, había en el siglo V a.c. una comunidad de mercenarios samaritanos. De ella procede un texto en papiro con una variante apócrifa del Génesis. ¡Quien tenga oídos que oiga!

Cuando en la noche del quinto día de la creación del mundo estuvo listo y Dios pensó en crear al hombre según su imagen, convocó a los ángeles al consejo real. Rodearon su trono y el ángel del amor habló primero: ¡"Señor, no lo hagas! El hombre sólo se amará así mismo, nunca podrá alcanzar tu amor". Después el ángel de la verdad levantó su voz: ¡"Señor no lo hagas! El hombre perseguirá la mentira; sólo querrá reconocer lo que le es útil". El ángel de la justicia advirtió el tercero: "¡Señor, no lo hagas! El hombre hará pasar el poder por delante del derecho, tu justicia será despreciada". Pero llegó el Diablo, era astuto y sabía que el hombre se asemejaría más a él que a Dios. Habló y dijo: "Señor tienes que crear al hombre, pues si no tu creación no quedará coronada". Dios reflexionó y decidió: "Bien, lo crearé. Pero debe ser el único de todos los seres eternamente inacabados. Debe llevar siempre amor, verdad y justicia como imagen mía, y nunca las realizará". Entonces de la noche se hizo la mañana del sexto día. (Los Grandes Procesos. Derecho y Poder en la Historia. Alexander Demandt, editorial crítica. Drakontos, Págs. 276-277).



EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Eva Montalvo Aguilar*

I. INTRODUCCIÓN

Si ningún individuo en este mundo tuviera que preocuparse de qué va a vivir cuando se interrumpa o concluya su fuerza activa para procurarse la existencia, por cuestiones naturales o por algún riesgo o contingencia, o cómo tendría que sufragar la atención médica, hospitalaria o farmacéutica que le resulte necesaria, o por cómo lograr su desarrollo integral individual y colectivo o cómo adquirir y mantener un nivel de vida satisfactorio sin temor al desempleo y además en caso extremo de muerte tuviera la certeza de que su familia o dependientes estarían protegidos, seguramente podría decirse que la seguridad social habría cumplido con todos y cada uno de los principios que la rigen y que sus más altos fines se han hecho realidad, sin embargo tal parece que esa aspiración tan anhelada, sigue siendo un sueño para millones de individuos.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Maestrías en Derecho Constitucional y Amparo, y en Derecho Fiscal por la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como Magistrada del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa con ascripción en la Sala Regional del Noroeste III con sede en Culiacán Sinaloa.

El ser humano, en su devenir histórico, ha tenido que superar infinidad de obstáculos de la más diversa índole, ha pasado por múltiples etapas en su desarrollo, las contingencias y los riesgos que le ha impuesto la naturaleza y su convivencia entre los hombres lo ha obligado a crear formas de organización y protección; el camino recorrido lo inició hace miles de años en las cavernas y lo ha conducido a las grandes ciudades de la actualidad.

Para fines ilustrativos, se ofrece en la primera parte de este trabajo una breve reseña histórica del Derecho de la Seguridad Social, el cual, es de muy reciente cuño; sus antecedentes jurídicos apenas abarcan los últimos dos siglos y su nacimiento si bien enmarcado por diversas circunstancias, tiene como un común denominador: los gritos desesperados de los más desprotegidos; las primeras acciones de algunos Estados para evitar luchas sociales y la necesidad de prever los riesgos laborales y sus consecuencias, a exigencia de los trabajadores y sus familias.

La industrialización constituye un acontecimiento que modifica de manera radical no sólo las tradicionales formas de producción y generación de riqueza, ni las formas de previsión y apoyo que en su momento se otorgaban a personas o grupos sociales necesitados o sometidos a riesgos específicos en las fábricas; es en gran parte, el fenómeno que dio origen algunos años después de su surgimiento, a la creación de normas laborales y de seguridad social entre otras, de suma importancia para los Estados y sus gobernados.

Quizá sea, precisamente por las causas de su nacimiento que aún en nuestros días las normas laborales y las de la seguridad social en algunos sistemas jurídicos estén muy unidas y en ocasiones es difícil separarlas o determinar cuál de ellas fue la primera en nacer.

Lo que si es importante significar, es que no sólo los trabajadores requieren protección, ni son los únicos sujetos de los cuales debe ocuparse el derecho de la Seguridad Social, todos los habitantes de un Estado y por ende todos los seres humanos del planeta deben ser considerados por las legislaciones de Seguridad Social, incluyéndolos como sujetos obligados y protegidos en la medida de sus capacidades contributivas y sus requerimientos de protección, por ello es que hoy por hoy, el derecho de la Seguridad Social no encuentra

ya su justo lugar en el ámbito del Derecho del Trabajo, no obstante que hayan sido los trabajadores los primeros en percibir sus bondades.

En una segunda parte se hablará del surgimiento del término Seguridad Social, la difícil tarea de definir a esta disciplina jurídica, que para fines didácticos algunos tratadistas han ubicado dentro del Derecho Social.

Con la finalidad de ofrecer un panorama tan amplio como es posible en el espacio que se concede, se citarán algunos datos interesantes en el plano internacional, tocándose lo relativo a sujetos obligados, sujetos protegidos, derechos, obligaciones de ambos, ramas de seguros, prestaciones, regímenes y opciones alternativas de organización y financiamiento de manera un tanto general, la reflexión está básicamente dirigida a nuestro país en las actuales circunstancias.

La dinámica del desarrollo humano, que conlleva a las modificaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, el avance tecnológico y científico que inciden en todos los aspectos de la vida del hombre, son circunstancias que en el transcurso de los años han dado pauta a la creación y modificación de las normas, sistemas y regímenes que regula el Derecho de la Seguridad Social en el mundo y que imponen ahora nuevos retos al mismo.

En razón de que la Seguridad Social de un Estado, constituye un indicador preciso que refleja su realidad económica, política y social principalmente, es necesario llamar la atención una vez más sobre esta rama del saber jurídico, que enfrenta serios problemas para cumplir con sus nobles fines.

Es oportuno considerar que en nuestro país no se ha dado la importancia debida al Derecho de la Seguridad Social, como materia obligatoria aparece sólo en algunos planes de estudios de las licenciaturas en derecho que ofrecen las universidades nacionales, se le encuentra con más frecuencia en los programas relativos a la licenciatura en contaduría, quizá porque las aportaciones de seguridad social que financian el seguro social en México están consideradas dentro de las contribuciones y participan de su naturaleza fiscal, ámbito en el que se desarrollan más los contadores; los abogados que eligen la materia fiscal para el litigio, o se desempeñan como autoridades, deben optar entre; acumular experiencia o especializarse y para esto último son pocos los postgrados que se ofrecen como alternativa.

Otro nicho de oportunidad que no es aprovechado es el sistema educativo oficial, en el que bien pudieran incluirse programas específicos de difusión y prevención relacionados con la seguridad social, en todos los ámbitos de su influencia, puesto que, nuestros nacionales deben aprender desde temprana edad lo importante que es responsabilizarse de ellos mismos, de los demás y prepararse de la mejor manera posible, no sólo para procurarse una vida digna y decorosa, sino para corresponsabilizarse con la sociedad y con el Estado en el logro de sus objetivos principales.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Es el hombre quien en primera instancia tiene la obligación de cuidar de sí mismo y de su existencia a través de su esfuerzo, es a él a quien corresponde procurarse satisfactores, buscar una vida segura, prever riesgos y evitar la miseria; para ello cuenta con sus capacidades físicas e intelectuales.

La historia ha puesto en evidencia que, la inmensa mayoría de seres humanos no han logrado lo anterior por sí solos, y que, una vez que se han creado los Estados y las diversas formas de gobierno, éstos han asumido la tarea de ayudar a sus nacionales en este esfuerzo, creando las condiciones que les permitan alcanzar en lo posible sus ideales y una vez que aparece la vida gregaria, la colectividad es la responsable de la seguridad de sus integrantes.

Si bien algunas formas de protección y seguridad datan de los pueblos más antiguos en Egipto, Cartago y Fenicia en los que se sabía de lo importante que era tener una reserva de las cosechas para los tiempos de escasez, esta previsión que a través de los siglos adoptaron muchos pueblos, está muy distante de ser considerada como antecedente de la disciplina jurídica que me ocupa, aún cuando sí esté cercana al concepto de previsión social, antecedente de nuestra materia, sin embargo se cuenta con datos interesantes como las instituciones de defensa y ayuda mutua de Egipto, que incluso prestaban auxilio en caso de enfermedad a través del servicio de salud pública

financiado con un impuesto especial. En Babilonia, se obligaba a los dueños de esclavos a pagar a los médicos que los atendían en caso de enfermedad; en Grecia, los ciudadanos con limitaciones físicas que no podían procurarse el sustento eran auxiliados, y educados los hijos de quienes habían perecido en defensa del Estado; las *erans* consistían en asociaciones de trabajadores con fines de ayuda mutua; las *hetairas* de Grecia existieron cuando el trabajo estuvo exclusivamente a cargo de los esclavos.

En Roma surgieron los *collegia corpora officie*, asociaciones de artesanos con fines mutuales, religiosos y de asistencia a sus colegiados y a sus familiares, que asumían la responsabilidad de atender a sus funerales y subsistieron hasta la caída de Roma en manos de los bárbaros.

Las *guildas* de origen escandinavo y que se extendieron hasta Gran Bretaña y los pueblos germanos en el siglo VII, fueron asociaciones de asistencia mutua.

En los países del cercano y medio oriente existieron los *wakou*, a manera de fundaciones piadosas, en cuya virtud el fundador y sus miembros dedicaban sus propiedades a Dios y afectaban sus rentas a los hombres menesterosos.

En el siglo VIII Carlomagno dictaminó que cada parroquia debía sostener a sus pobres, viejos, enfermos sin trabajo y a los huérfanos, cuando no contaban con ayuda familiar. En Inglaterra (1601) se estableció un impuesto obligatorio nacional para cubrir esta clase de asistencia parroquial y más tarde Suecia y Dinamarca adoptaron medidas similares.¹

¹ Buen Lozano, Néstor de y otros. "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. Academia Iberoamericana del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997. p. 604. Véase al respecto: Mallet, citado por Ricardo Nugent en su artículo La seguridad Social: Su Historia y sus Fuentes, que integra la obra citada in supra pp.603, 604 que transcribe: "El ansia de seguridad ha sido el motor del progreso de la humanidad. La invención de la agricultura fue una forma de asegurarse el alimento en vez del aleatorio método de la caza y de la recolección de frutos silvestres. La agrupación en tribus, la formación de aldeas, de ciudades, la constitución de Estados, traducen el deseo de seguridad frente a un enemigo exterior".

Ob. cit. Mallet Alfredo. "La Búsqueda de la Seguridad Social" Ginebra-Buenos Aires 1983.

La historia de la seguridad social se compone de intentos individuales y colectivos de protección, así como de la transmisión progresiva de la responsabilidad de otorgar seguridad y cubrir contingencias, su evolución no ha sido metódica, las circunstancias de cada época y lugar han influido en su desarrollo un tanto errático.

Se tiene dentro de los ejemplos más antiguos de ayuda en todos los pueblos, la caridad, compuesta por la libre voluntad del que la ofrece por amor al prójimo, echando mano de sus excedentes pecuniarios o en especie, o sacrificando parte de ellos, es otorgada de manera altruista al necesitado sin detenerse a considerar si es suficiente o adecuada, un acto total y absolutamente unilateral que no puede ser exigido por el necesitado a quien puede otorgarla. Mucho podría decirse de los inconvenientes de este tipo de ayuda, sin embargo durante mucho tiempo, en muchos lugares y para infinidad de individuos, ha sido y lamentablemente es la única con la que han podido contar y por lo regular es precaria.

Algo parecido a la caridad es la beneficencia, con el distintivo de que la primera es privada y ésta puede serlo, pero también puede ser pública, implica un acto de generosidad por quien la otorga, de manera personal o a través de una agrupación, civil o religiosa incluso, equiparable un tanto con la ayuda social, pero esta forma de ayuda, al igual que la caridad depende de actos volitivos de los concesionarios, quienes no están obligados a brindarla salvo por su moral. Su naturaleza caritativa desaparece cuando se reconoce el derecho de los individuos a la ayuda de la colectividad.

La previsión es una forma de atender ciertos riesgos, preparando lo necesario para cubrirlos o resarcir los daños y la mayoría de los individuos buscan protegerse contra la incertidumbre o contra la miseria ocasionada por la disminución de sus capacidades físicas o mentales. Surge de manera individual y depende de la voluntad y capacidad de quien la considera, difícilmente tiene la suficiencia necesaria para todo tipo de riesgos y requiere de gran capacidad personal para cubrir la mayor cantidad de los mismos. Su evolución dio origen a la previsión social.

La preocupación por la seguridad como ya se mencionó, ha estado presente con el hombre mismo en todo el planeta, las culturas americanas antiguas no son la excepción.

Así tenemos que en el imperio Inca del Tahuantinsuyo se garantizó a la totalidad de sus integrantes el derecho a la vida mediante la satisfacción, vestido, vivienda y salud, que equivalía a la supresión del hambre y la miseria, causados por las desigualdades sociales y por los no previstos efectos destructores de la naturaleza, incontrolables por el hombre.²

El sobrante de los cultivos en las tierras del inca se guardaba en los *piruas* de manera similar que el producto del *calpulli* azteca, versión mexicana del *ayllu* inca aunque no tan perfecta; fueron las formas comunitarias de cultivo cuyo producto cumplía determinadas funciones de previsión, al almacenarse los cereales con muy parecida finalidad a la de lo pueblos más antiguos como los fenicios, los babilonios y egipcios.³

En el transcurso del tiempo y con el desarrollo de la sociedad aparece el ahorro privado, éste está supeditado a los excedentes de la producción individual producto del trabajo realizado, en la mayoría de los casos resulta insuficiente ante imponderables de gran trascendencia o consecuencias, pues cada individuo requeriría de sumas importantes acumuladas, que en sí mismas constituyen un problema.

Los montes píos, que existen aún en nuestros días, ofrecen soluciones emergentes, pero paliativas, no definitivas y a un alto costo para el necesitado que ve mermado su patrimonio a fin de obtener cierta cantidad de dinero,

² Buen L. N. *op. cit.* 605.

³ Pedro Casa, citado por Lupo Hernández y García Gómez, sostiene que en la cultura taína los ancianos y los inútiles por enfermedades eran abandonados a su suerte en el campo, con una pequeña provisión de alimentos o estrangulados, "El trabajo humano en la sociedad taína, antes del descubrimiento", *El trabajo en la América Precolombina*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1978, p. 116, Institución preinca que subsiste hasta nuestros días, con el nombre de comunidad campesina, que correspondería a la antigua *gens* romana. Estaba integrado por personas con vínculos familiares o ficticios de origen totémico, que cultivaban la tierra en común.

instituciones que en época de crisis disminuyen sus apoyos o los encarecen con la consecuente merma y sacrificio de quienes a ellos acuden, no son instituciones previsoras, pero brindan apoyo en caso de necesidad.

Las agrupaciones de artesanos y las asociaciones profesionales, tienen la característica de agrupar a individuos de una misma actividad productiva, proliferaron en gran medida antes de la revolución industrial y fueron severamente sacrificadas en varias partes de Europa con el surgimiento del maquinismo. (Ley Le Chapelier, del 17 de junio de 1791) y que paradójicamente también el desarrollo del maquinismo y la evolución económica que de él resultó, hicieron necesaria la solidaridad entre los trabajadores. Las asociaciones mutualistas, quizá dentro de los antecedentes que dieron paso a la seguridad social, son los ejemplos más benévolos. En la Francia de principios del siglo XIX se desarrollaron con la tolerancia e, incluso, la subvención del poder público, a causa de su neutralidad política. Ley del 5 de junio de 1835, que autorizó los depósitos en cajas de ahorro y las reconoció legalmente.⁴

Las primeras legislaciones o reglamentaciones de asistencia en Francia, tienen, en parte, el carácter de leyes policíacas y de seguridad: el Decreto de 5 de julio de 1808 sobre los asilos para mendigos; la Ley del 30 de junio de 1838 sobre los enfermos mentales; la Ley de 1851 sobre los hospitales y la Ley de 1874 sobre la protección de los infantes.⁵

La asistencia privada dio ejemplo al Estado, surgiendo la asistencia pública financiada por el mismo, ha sido por lo regular destinada a otorgar ayuda a personas sin recursos o grupos extremadamente necesitados, en un afán de protección limitada por supuesto al presupuesto que para la misma destine cada Gobierno.

⁴ Netter, F. *La Sécurité Sociale et ses Principes*. Traducción de J. Arteaga. Ed. Instituto Mexicano del Seguro Social. México, 1982. p. 16.

⁵ *Ibidem*, p. 19.

Véase Gala Durán, Carolina y Boltaina Bosh Xavier. "Materiales de Derecho de la Seguridad Social". Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. España, 2000. Casos prácticos 1, 2 y 3. pp. 7-15.

El seguro privado surge en la modernidad a finales del siglo XIX, las instituciones que lo ofrecen protegen un riesgo determinado, el contratante debe cubrir requisitos específicos y se obliga a pagar el costo del seguro; su surgimiento establece la posibilidad de calcular costos y beneficios, tanto para la aseguradora como para el asegurado y su naturaleza es mercantil.

El hombre ha llegado a la conclusión de que la seguridad social es una necesidad colectiva, cuya satisfacción incumbe al Estado, el cual debe obligarse al establecimiento de la normatividad jurídica adecuada, la creación de Organizaciones o Instituciones que cumplan con las mismas y otorguen los servicios públicos necesarios y los mecanismos económicos para lograrlo, surgiendo así los seguros sociales.

Correspondió a Alemania iniciar la segunda etapa de la seguridad social donde se crearon los primeros regímenes contra la enfermedad en 1883.⁶

Fue obra de Otto Von Bismark, conocido como el Canciller de hierro, quien presentó ante el Reichtag (Parlamento) un proyecto obligatorio que alcanzó consagración legislativa el 15 de julio de 1883, para proteger a los trabajadores de la industria en forma obligatoria, contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad; mediante el pago de cotizaciones abonadas en la proporción de las dos terceras partes por los trabajadores y una tercera por los empresarios. Este sistema se hizo extensivo a los trabajadores de la agricultura y de los transportes por las leyes de 5 de mayo de 1886 y de 10 de abril de 1892 respectivamente; en 1889 apareció la ley del seguro de Vejez e Invalidez y en 1901 se promulga el Código de Seguros Sociales.⁷

Años más tarde en 1942, Inglaterra hace su aportación con sus seguros sociales ; el economista inglés sir William Beveridge, en su famoso informe

⁶ Netter, F. *op. cit.* p.21.

⁷ Buen, N. *ob. cit.* p. 611.

Véase Elger de Benhumea, Ma. Luisa y otros. "La Seguridad Social en el Proceso de cambio Internacional". Ed. Instituto Mexicano del Seguro Social. México, 1980. La Revolución Industrial y la situación Política Europea, pp. 9-30.

Véase Ruíz Moreno, Angel. G. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Porrúa. México 1997. *Orígenes de la Seguridad Social*. pp. 1-30.

Social Insurance and Allied Service, señalaba : Aquí se utiliza el término seguridad social para indicar la seguridad de que unos ingresos reemplazarán a las ganancias cuando éstas hayan sido interrumpidas por el desempleo, la enfermedad o el accidente, proveerán para el retiro ocasionado por la edad, proveerán contra la pérdida del sostén material debido a la muerte de otra persona y harán frente a los gastos excepcionales, como los que están relacionados con el nacimiento, la muerte o el matrimonio. Seguridad social significa primordialmente la seguridad de los ingresos hasta un mínimo, pero la provisión de unos ingresos debe estar asociada con el tratamiento destinado a hacer que la interrupción de las ganancias tenga el final más rápido posible.

Agregaba Beveridge en el referido informe, que no se puede plantear ningún sistema de seguridad social satisfactorio sin los tres supuestos siguientes: a) asignaciones por hijos hasta la edad de 15 años o hasta los 16 si están en una educación a tiempo completo; b) servicio de salud y rehabilitación universales, la cura de la enfermedad y la restauración de la capacidad de trabajo, disponibles para todos los miembros de la comunidad; c) mantenimiento del empleo y evitar el desempleo masivo.

Basándose en esos supuesto combina tres métodos distintos: seguro social para necesidades básicas; asistencia nacional para los casos especiales y seguro voluntario para las adiciones a las provisiones básicas. Y como bases del seguro social señalaba las siguientes: a) tipo fijo de prestación de subsistencia; b) tipo fijo de cotización; c) Unificación de la responsabilidad administrativa, y d) clasificación, término que utiliza para indicar el ajuste del seguro a las distintas circunstancias de cada una de las clases de personas, según sus ingresos y ocupaciones.⁸

⁸ Buen, N. *ob. cit.* pp. 613-615.

Véase Elger de Benhumea, *Ob. cit.* La situación mundial antes y después de la Primera Guerra; La Sociedad de Naciones; La Organización Internacional del Trabajo; Antecedentes de la Segunda Guerra Mundial; El New Deal y el Social Security Act; Los Organismos Internacionales de la Posguerra y la aparición del Concepto de Seguridad Social. pp. 35 a 102.

Véase Romero Rodolfo. Seguridad Social: Su Evolución Histórica. Universidad de los Trabajadores de América Latina, "Emilio Máspero". De 1883 al 2000.

En una brevísimas cronología referencial se tiene que en 1906 la Carta Amiens, los trabajadores franceses reivindican el derecho al seguro social; en 1911 se implanta en Inglaterra en seguro de desempleo; 1917, año de la Revolución Mexicana da origen a los derechos sociales en su Constitución considerando en su artículo 123 la creación del Seguro Social; en 1918 La revolución Rusa tiene el mismo efecto; 1919 al término de la primera Guerra Mundial, con la Declaración XIII del Tratado de Versalles nace la OIT (Organización Internacional del Trabajo), que consolida las políticas sociales para proteger a los trabajadores de todo tipo de riesgo; en 1927 Se constituye en Bélgica con auspicios de la OIT la Asociación Internacional de la Seguridad Social AISS; en los Estados Unidos de Norteamérica en 1935 se implanta el primer sistema de Seguridad Social para la Vejez, la supervivencia y el paro forzoso Ley que se aplica a partir de 1938 por la Social *Security Act*; Nueva Zelanda en 1938 implanta un sistema de seguridad Social durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial; La declaración de Santiago de Chile de 1942 estableció que: “Cada país debe crear mantener y acrecentar el valor intelectual, moral y físico de sus generaciones activas. preparar el camino a las generaciones venideras y sostener a las generaciones eliminadas de la vida productiva. Este es el sentido de la Seguridad Social: una economía auténtica y racional de los recursos y valores humanos”; la declaración de Filadelfia de 1944, sustenta una Seguridad Social integral.⁹

⁹ Romero, R. Seguridad Social: Su Evolución Histórica. Universidad de los Trabajadores de América Latina, “Emilio Máspero”. De 1883 al 2000.

Véase Elger de Benhumea, Ob. cit. Origen de los Primeros Regímenes Legales de Seguridad Social en los Estados Miembros de la OIT. pp. 150-155.

Véase al respecto Delgado Moya, R. Derecho a la Seguridad Social. Ed. Sista. México 1991. pp. 6-60, 113-140, 154-173, 180, 181.

Véase. Buen, N. *ob. cit.* pp. 603-622.

Véase. Buen, Néstor de. “Seguridad Social”. Ed. Porrúa. México, 1995. pp. 45-67 y 151-166.

Véase. Montoya Melgar, Alfredo. “Curso de Seguridad Social” Ed. Universidad Complutense Madrid. 2ª ed. Madrid España, 2000. pp. 29-63.

Véase. Carrillo Prieto, Ignacio. “Derecho de la Seguridad Social”. Ed. UNAM y McGraw.Hill. México, 1997. Cronología mínima. pp. 18-26.

Especial mención merece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Organización de Naciones Unidas en su Asamblea del 10 de diciembre de 1948:

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.

Artículo 25. 1) 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 el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social.¹⁰

El sufrimiento mundial que generó la segunda Guerra Mundial, que evidenció que el mundo no había aprendido la lección de la Primera, en los primeros años de recuperación de los países que en ambas intervinieron conservaban muy frescos los sufrimientos inferidos y las terribles consecuencias de sus acciones de ataque y de defensa, la moral del mundo si es posible concebirla, consideraba imperiosa la necesidad de consagrar normas mínimas de seguridad.

El reconocimiento internacional de la seguridad social como derecho de los hombres y obligación de las naciones es prueba evidente de ello.

Cuatro años más tarde, el Convenio OIT 102, establecerá su norma mínima sobre la seguridad social; la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra congregada el 4 de junio de 1952 y adopta el veintiocho de ese mismo mes y año este Convenio.

¹⁰ Moreno Padilla, Javier. "Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR". Ed. Themis. 2ª ed. México, 1994. pp. 4, 5.

Se consideran en él: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes y se consideran aspectos de financiamiento.¹¹

Otro ejemplo de esfuerzo y voluntad internacional colectiva lo constituye la Carta Social Europea signada en Turín el 18 de octubre de 1961; considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y con el objeto de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Considerando que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social; sus Estados miembros, resueltos a desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas, convinieron realizar lo necesario para que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes:

1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.
2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.
3. Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo.
4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.
5. Todos los trabajadores y empleados tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales e internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales.

¹¹ Netter, F. *Op. cit.* pp. 24, 25.

6. Todos los trabajadores y empleados tienen derecho a la negociación colectiva.

7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos.

8. Las trabajadoras en caso de maternidad, y las demás trabajadoras, en los casos procedentes, tienen derecho a una protección especial en su trabajo.

9. Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses.

10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.

11. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar.

12. Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social.

13. Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica.

14. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social.

15. Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y la naturaleza de su invalidez.

16. La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo.

17. La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica.

18. Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social.

19. Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera de las partes contratantes.

En la Carta además se abunda sobre cada uno de los derechos y principios anotados para hacerlos posibles.¹²

III. CONCEPTO DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los vocablos “Seguridad Social” aparecen juntos así, por primera vez en una clara referencia a la legítima aspiración humana, en el célebre Discurso de la Angostura, pronunciado por el Libertador, Simón Bolívar el 15 de febrero de 1819 ante el Congreso de Angostura, la parte que interesa es la siguiente:

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.¹³

En su célebre discurso, Bolívar no precisa en el alcance de esta frase el significado de los términos “seguridad social”, sin embargo, éstos dieron con el tiempo nombre específico a nuestra materia, sin que constituya una paradoja el que sea el nombre lo único específico en la misma.

Alfonso Velarde Beristain describe la necesidad de aclarar el término en forma correcta, a través de la teoría y la legislación, para concluir que “este vocablo no solo se refiere a la actualización de las necesidades futuras de los trabajadores, sino que debe ser de todos los individuos de una colectividad, con objeto de solucionar las mismas y de subsanar los riesgos”.¹⁴

La llamada ciencia jurídica, para su estudio, ha dividido al derecho en ramas o materias y tal vez no haya otra disciplina más difícil de separar e

¹² Carta Social Europea. Consejo de Europa (Estrasburgo) 18 de octubre de 1961.

¹³ Bibliotecas virtuales. Literatura latinoamericana. Escritos de Simón Bolívar. Discurso de Angostura. 15 de febrero de 1819.

¹⁴ Citado por Moreno Padilla, J. *Op. cit.* p. 4.

identificar de otras que el Derecho de la Seguridad Social, tanto por sus orígenes, circunstancias de su creación legislativa, inclusión de sus normas vinculadas con otras ramas jurídicas, connotación de su finalidad, sistemas de financiamiento, entre otros tantos elementos e incluso su codificación que en muchos casos se haya, o incluida en los de una materia diferente o dispersa en varios ordenamientos legales que a ella se refieren.

No es la finalidad de este trabajo profundizar de manera teórica sobre este aspecto, baste pues señalar que es necesaria una breve referencia en este apartado a fin de clarificar un tanto el objeto de estudio y el reto de conceptualizarlo, que en sí mismo constituye uno de sus primeros obstáculos a superar.

Lo anterior ha sido y constituye aún el quehacer de eminentes juristas que se han ocupado de esta materia y cuyas conclusiones son tan diversas como su país de origen; y es que justamente en esta rama del derecho que cada Estado, empeñado en alcanzar los ideales de este derecho en la medida de sus posibilidades ha elaborado un tanto a su medida, los cuerpos normativos que le rigen y que por regla general no son únicos, toda vez que frecuentemente se elaboran leyes de seguridad social códigos u ordenamientos para cada grupo específico de la colectividad y por ello contribuye a que los conceptos de este derecho sean tan variados.

Aunado a lo expuesto, en muchas ocasiones la falta de concreción obedece a que los teóricos tratan de incluir tanto a los sujetos como a las prestaciones inmersos en esta materia en las definiciones que dan de la misma, confundiendo el concepto por la finalidad del mismo.

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en el libro de Gustavo Arce Cano *De los seguros sociales a la seguridad social*, quien al final del mismo, plasma una definición aproximada de seguridad social, que no del derecho de la misma:

La seguridad social es el instrumento jurídico y económico que establece el estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el derecho a un ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del seguro social, al que contribuyen los patronos, los obreros y el

Estado, o algunos de éstos, como subsidios, pensiones y atención facultativa, y de servicios sociales, que otorgan de los impuestos las dependencias de aquél, quedando amparados contra los riesgos profesionales y sociales, principalmente de las contingencias de la falta o insuficiencia de ganancia para su sostenimiento de él y de su familia.¹⁵

García Fernández menciona que se conoce por Seguridad Social, el mecanismo jurídico de origen y carácter asegurativo, con el que el Estado atiende a la satisfacción de unas determinadas necesidades de sus ciudadanos.¹⁶

Como ideal, la Seguridad Social es un sistema público destinado a cubrir las situaciones de necesidad de la población; una pieza central, pues, del Estado social que configura nuestra Constitución, a través de la cual, y junto con el sistema fiscal, se lleva a cabo la política de redistribución de la renta nacional.

Como realidad configurada legalmente, la Seguridad Social es un conjunto de principios, órganos, reglas y medidas a través de los cuales el poder público garantiza a las personas incluidas en su ámbito, y a sus familiares o asimilados, la protección frente a las contingencias y situaciones legalmente previstas, de acuerdo con los requisitos fijados por el legislador.¹⁷

Alonso Olea utiliza “Derecho de la Seguridad Social” para designar al que

Tiene por objeto normativo el conjunto integrado de medidas de ordenación estatal, para la prevención y remedio de riesgos sociales de concreción individual económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra

¹⁵ Arce Cano, Gustavo. “De los Seguros Sociales a la Seguridad Social”. Ed. Porrúa. México, 1972. p. 273.

¹⁶ García Fernández, Manuel y otros. “Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Ed. McGraw Hill. Madrid España, 1999. p. 581.

¹⁷ Montoya Melgar, Alfredo. “Curso de Seguridad Social” Ed. Universidad Complutense Madrid. 2ª ed. Madrid España, 2000. p. 45.

las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas... y el cuerpo de doctrina jurídica elaborado en torno al mismo.¹⁸

Es tal la dificultad que esta rama jurídica entraña que incluso confunde a los expertos, Alberto Briseño Ruíz por ejemplo prefiere definir al seguro social a saber; como el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.¹⁹

El concepto de seguridad social puede apreciarse desde un punto de vista genérico, que comprende la prevención y remedio de toda clase de riesgos sociales, o bien, como una etapa en la marcha ascendente de la previsión social en la que la contribución personal deja de ser condición para obtener los servicios y resalta como punto de partida, la necesidad.²⁰

José Manuel Almansa Pastor, considera que:

Es 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.²¹

Con lo anterior, es posible concluir que existen tres aspectos a considerar: las normas de seguridad social elaboradas ex profeso para los trabajadores, como lo fueron en su momento las creadas en Alemania por iniciativa de Otto Von Bismarck, sobre la base de financiamiento triple, con aportaciones de los trabajadores, los patrones y el Estado y surgen con ellas los ejemplos de los seguros sociales y la legislación que los regula.

¹⁸ Citado por Carrillo Prieto, Ignacio. "Derecho de la Seguridad Social". Ed. UNAM y McGraw.Hill. México, 1997. p. 2.

¹⁹ Citado por, Ruíz Moreno, Angel Guillermo. "Nuevo Derecho de la Seguridad Social", Ed. Porrúa. México, 1997. p. 42.

²⁰ Buen Lozano, Néstor de. "Seguridad Social". Ed. Porrúa. México, 1995. p. 126.

²¹ Citado por Néstor de Buen. *op. cit.* p. 127.

En un segundo momento, surgen las normas de seguridad social, siendo su punto de partida el plan Beveridge, que independiza un tanto a la seguridad social del contrato de trabajo amparando a toda la población, en este caso en Inglaterra.

Dupeyroux, concreta la esencia de estas dos concepciones: distingue una concepción conmutativa y una distributiva. La primera, que se esboza con las primeras legislaciones de seguros sociales y que se vuelve a encontrar en los sistemas que se siguen inspirando en una idea de seguro, el derecho a la seguridad social está ligado con el ejercicio de una actividad asalariada o, de una manera más general, con una actividad profesional que es su causa y su medida. La protección social aparece, entonces, al mismo título que la remuneración directa del trabajo como la contrapartida del aporte de cada uno a la sociedad, lo que conduce, cualquiera que sea el mecanismo adoptado, a concebir la seguridad social como un sistema de garantía de los ingresos obtenidos por la actividad profesional.

En la segunda concepción, el centro de gravedad se desplaza: el fundamento del derecho de la seguridad social no se busca en la actividad profesional, ni en el aporte de cada uno a la sociedad, sino en las necesidades de los individuos, necesidades tomadas en consideración en nombre de una solidaridad natural entre los miembros de la misma colectividad nacional. Se trata entonces de asegurar un mejor reparto de los ingresos en función de las necesidades de cada uno: la seguridad social reviste la forma de un sistema de garantías de un mínimo social.²²

En un tercer lugar, tal vez no muy afortunado pero si relevante, surge la solidaridad social, orientada a individuos que no están vinculados a una relación de trabajo, que no cuentan con el amparo de un sistema de protección pero que tienen necesidades y están expuestos a contingencias y riesgos de diversa índole y que requieren ser protegidos, pero que dadas sus condiciones de existencia no son capaces de realizar aportación económica alguna, pero no por ello el Estado y la sociedad de manera egoísta deben dejar de considerarlos

²² Citado por Néstor de Buen. *Instituciones del Derecho... Op. cit.* p. 625.

y sí estar obligados a establecer normas que les otorguen el derecho a recibir los beneficios de la seguridad social financiada por los económicamente activos y el Estado. En exigua contraprestación algunos individuos con cierta capacidad en algunos sistemas brindan su fuerza de trabajo con acciones comunitarias.

La capacidad y voluntad de cada gobierno en este y otros ámbitos de su competencia se reflejan en los logros que han alcanzado. Sin embargo, el ser humano y la sociedad, dinámicos por naturaleza hacen patente en este derecho en especial la incapacidad por alcanzar y afianzar los altos fines que se persiguen. Estados que en épocas de bonanza establecieron condiciones óptimas que en mucho superaban los estándares mínimos, actualmente estudian y valoran la necesidad de cambios substanciales, principalmente por dificultades económicas.

Para José Pérez Leñero, la Seguridad Social, es concebida como “parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual”.²³

Es un derecho natural, de observancia obligatoria y aplicación universal para el logro solidario de una economía auténtica y racional de los recursos y los valores humanos, que aseguren a toda la población una vida mejor con ingresos o medios económicos suficientes para una subsistencia decorosa, libre de miseria y temor, enfermedad, ignorancia y desocupación, con el fin de que en todos los países se establezca, mantenga y acreciente el valor intelectual, moral y filosófico de su población activa se prepare el camino a las generaciones venideras, y se sostenga a los incapacitados, eliminados de la vida productiva.²⁴

Con lo expuesto, es posible considerar que el derecho de la Seguridad Social, es el conjunto de normas que establecen el marco jurídico en el que

²³ Citado por Buen N. Instituciones. *op. cit.* p. 612.

²⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 2004. p. 1105.

se establecen: necesidades, sujetos obligados y protegidos, seguros, acciones, prestaciones, beneficios o garantías, economía y financiamiento, organización, regímenes, riesgos y contingencias a cubrir e instituciones.

Es evidente que el derecho de la seguridad social es un instrumento jurídico, económico y social que han establecido los Estados para protección y seguridad de sus nacionales, pero esto debe hacerse sin apartarse de las condiciones reales existentes, so pena de perder la viabilidad y la confianza en el mismo o que se convierta en un pesado lastre con los efectos contrarios a los esperados. Toda vez que ni en la más optimista economía puede otorgarse lo que no se tiene sin el grave peligro del endeudamiento.

IV. PANORÁMICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA

La diversidad en las naciones y en la legislación, imperan en el Continente Americano, en él confluyen la más grande potencia de la actualidad; un país que ha logrado de manera creativa fundir sus bases de cuño francés e inglés altamente desarrollado; otro de influencia marcadamente portuguesa; uno más, ejemplo clásico de los efectos del socialismo situado en una isla, e interesante por cierto; alguno que ha llamado la atención por su regresión y éxito en planes de retiro a través del ahorro individual; y muchos más incluido el nuestro, que aspiran a alcanzar los aparentes modelos exitosos de los vecinos situados más al norte del continente, y también, una gran mayoría que comparte la amarga experiencia de la esclavitud y dominación extranjera y que lucharon por obtener no solo la libertad, sino el derecho de gobernarse a sí mismos.

Me referiré a algunos de los países de este bello y generoso continente no por orden de importancia, ni por considerar que su seguridad social sea la mejor, lo haré intentando el orden alfabético de los ejemplos que presentaré para no herir susceptibilidades incluso propias.

Lo haré de tal manera general que el panorama abarcará aspectos de salud, demográficos, de seguridad social entre otros que permitan apreciar

un tanto el sistema de cada país y así tener elementos para compararlo con el nuestro.

Para ello, se ha obtenido la información de publicaciones emitidas por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN CANADÁ

En Canadá, el sistema de salud se encarga del bienestar físico y mental de sus habitantes y apoya a aquéllos con problemas crónicos para superarse por sus propios medios.

La salud de sus nacionales ha mejorado en los últimos años, las tasas de mortalidad se han reducido y se han eliminado muchas enfermedades infecciosas; el cuidado de la salud se ha expandido hasta abarcar problemas sociales y de salud mental. Su población es muy saludable, pero a pesar del progreso logrado se enfrenta al problema mundial del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). También se han incrementado los grupos de bajos ingresos y los enfermos crónicos, incapacitados y con problemas emocionales.

A final de la década de los ochentas, las principales causas de muerte eran las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los accidentes, por ello el gobierno incidió en programas para reducir el abuso de alcohol y drogas, impulsó acciones para prevenir el SIDA con campañas publicitarias, acciones educativas, proyectos de investigación y asesorías personales a fin de impulsar el autocuidado de la salud y la prevención; por ello en la actualidad los canadienses han mejorado su dieta, fuman menos y practican ejercicio regularmente en especial los mayores. El gobierno federal apoya esto último a través de su institución *Fitness and Ammateur Sport Canada* (FAS).

La esperanza de vida en Canadá se encuentra entre las más altas del mundo 80 años para las mujeres y 73 los varones, un incremento de 19 y 14 años respectivamente si se compara con la etapa 1920-1922. Significativo decremento de más de 80% en muertes infantiles de 1951 a 1988.

Las provincias son las responsables de la mayor parte de los servicios de salud, el responsable de los gastos es el gobierno federal.

Canadá cuenta con una gran historia con respecto a su fuerza de trabajo; el departamento de gobierno *Human Resources Development* que administra la legislación y programas cuyo objetivo es asegurar un justo y eficiente mercado de trabajo, acorde con las metas nacionales económicas y sociales. Las provincias y los territorios también tienen su propia legislación con respecto al empleo, ambas trabajan con los sindicatos y los negocios.

La seguridad social canadiense se preocupa por la totalidad de sus nacionales, niños, padres, aborígenes, ancianos, veteranos de guerra, incapacitados y enfermos crónicos como sujetos especiales. Algunos de sus programas tuvieron su origen en servicios de caridad y beneficencia, conducidos a menudo por iglesias. Pero desde la primera guerra Mundial el Gobierno es el principal responsable.

Mediante el Plan de Asistencia Canadiense, (PAC) el gobierno federal trabajó con las provincias para ayudar a las familias y a los individuos más necesitados independientemente de la causa de su necesidad, resultado de una larga historia de conquistas sociales. Hay cuatro programas consolidados: La ley de Asistencia para el Anciano (1952); Ley de otorgamiento de pensiones para los Ciegos del mismo año; Ley para personas Discapacitadas (1956) y la Ley de Ayuda para el Desempleo (1956).

En 1958 se creó el programa Universal de Atención Hospitalaria, ningún nacional carece de acceso a los hospitales y a la atención médica. Se concentró la atención en la prevención de enfermedades.

Los gobiernos federal, provinciales y municipales proporcionan una amplia gama de subsidios, pensiones y servicios sociales financiados y administrados públicamente complementados con servicios de organismos voluntarios; existen los planes de pensiones o jubilaciones de Canadá y de Québec. El seguro de Indemnización de trabajadores y de Desempleo, vejez, Asignación garantizada del suplemento de ingresos y de la esposa, así como prestaciones familiares y la ayuda social suministrada por los programas provinciales y municipales.

Los beneficios máximos se ajustan anualmente el 1° de enero y reflejan el incremento de acuerdo al índice de precios al consumidor de los últimos 24 meses que finalizan el 31 de octubre del año anterior.

La carga impositiva se incluye en todos los beneficios que se consideran gravables de acuerdo al *Income Tax Act* con muy contadas excepciones.

El financiamiento parte básicamente de las contribuciones de los trabajadores y los empleadores, invirtiéndose los excedentes.

La edad para los sujetos de pensión en los varones es de 60, 65 y 70 años de edad, en las mujeres 55 años o menos con una pensión proporcional, pero por lo regular la edad considerada es de 65 años.

Hay un plan específico para apoyar a padres con hijos menores, Canadá es un país que todavía promueve la natalidad.

Conforme a la Constitución la seguridad social es una responsabilidad compartida por el gobierno federal y los provinciales, el Departamento de desarrollo de Recursos humanos de Canadá es el responsable de casi todo el ingreso del gobierno federal. En un principio de independencia cada miembro de la sociedad es responsable de allegarse recursos para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Por el principio de la interdependencia (o responsabilidad mutua) la sociedad es responsable a través de su gobierno para proporcionar a aquellos miembros, que debido a circunstancias imprevistas son incapaces de lograrlo.

Canadá también enfrenta los retos que atañen a la seguridad social, transformaciones tecnológicas, cambios sociales, modificación del mercado laboral, desempleo, incremento de la pobreza, lo que llama la atención en este país, la consecuente necesidad de reducir costos y mejorar los servicios y prestaciones.

En las décadas 50-60 el hogar consistía en dos padres y dos hijos, actualmente son pocas las familias típicas, ya no hay un padre proveedor sino dos, y a veces un solo padre, las mujeres mantienen a cuatro de cada cinco hogares de un solo padre y muchas madres canadienses trabajan fuera del hogar.

La economía y los mercados laborales son muy diferentes a los existentes en la década 50-60, las fuentes tradicionales de empleo con buen salario han

reducido el número de empleados, en Canadá Entre 1990 y 2000 se ha requerido a los trabajadores más de 16 años de escolaridad y entrenamiento para ser contratados.

Un dato interesante es que en 1993 por ejemplo, Canadá otorgó 18.3 billones de dólares* a sus nacionales en beneficios del seguro de desempleo a 3.4 millones de individuos y si se considera que este país tiene una población de alrededor de treinta millones, las cifras son significativas.²⁵

LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUBA

La primera Ley de seguro social se dictó en Cuba en el año 1913 para amparar a los militares. Le siguieron otras leyes destinadas a sectores laborales específicos. La administración de sus seguros de realizaba a través de las denominadas "Cajas de retiro".

En 1959 se inició un proceso unificador de todas las cajas de retiro, que culminó con la promulgación de la Ley 1100 de 27 de marzo de 1963, cuyo contenido responde a las concepciones sobre la política social derivadas del carácter socialista de la Revolución, proclamado en abril de 1961. Esta ley reafirmó la responsabilidad del estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Sistema de seguridad Social y el principio de exención de cotizaciones u otras contribuciones por el trabajador y el jubilado; amplió la protección al 100 por ciento de los trabajadores asalariados, incluyendo a los asalariados del campo y a sus familiares; estableció un régimen de prestaciones, articulándolas para asegurar su disfrute sin interrupción.

* Este dato es muy posible que esté expresado en dólares canadienses, aún cuando en la monografía no se expresa de manera específica.

²⁵ Serie Monografías No. 9 "La Seguridad Social en Canadá". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia. Traducción de Act. Ana Luz delgado Izazola.

Cubría contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional, adoptando un criterio social en la prevención, asistencia y rehabilitación; maternidad y enfermedades generales que no se cubrían antes de este régimen.

En febrero de 1976 se promulgó la actual Constitución, la cual consagra la seguridad social para todo trabajador impedido para laborar por enfermedad o invalidez y para su familia en caso de muerte; asistencia social para los ancianos sin recursos ni amparo y para cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda. Incluye la protección, seguridad e higiene del trabajo, protección de la salud, asistencia médica y hospitalaria gratuita, asistencia estomatológica también gratuita y el desarrollo de planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes periódicos, vacunación y medidas preventivas.

El régimen general de Seguridad Social se estableció con la Ley 24, en vigor a partir de enero de 1980 que significó el paso de la seguridad social de los trabajadores a la totalidad de su población, a través de dos modalidades: La de los trabajadores asalariados y de asistencia para toda la población. Regula enfermedad general, enfermedad profesional, accidente de origen común, accidente del trabajo, maternidad, invalidez total, invalidez parcial, vejez y muerte.

El financiamiento de la Seguridad Social en Cuba sufrió modificaciones a partir de 1959, inicialmente contribuían el empleador y el asalariado y algunas instituciones recibían subsidio estatal, a partir de 1962 se suprimió de la obligación de cotizar a los trabajadores, y la contribución quedó en forma exclusiva para el empleador. Esta contribución equivale al 12 por ciento del importe total del salario de los trabajadores.

La aportación anterior no determina el monto de los recursos financieros disponibles para la seguridad social, ni condiciona la cuantía de las prestaciones. de acuerdo al plan único de desarrollo económico-social la determinación de la parte de la renta nacional que debe destinarse a la política social, dentro de los límites que impone la situación económica.

Al considerar el Estado que la seguridad social es una obligación indeclinable, para su financiamiento se parte de los siguientes supuestos:

- a) Toda la población y no sólo los trabajadores asalariados tienen derecho a la cobertura.
- b) Los regímenes de los seguros contributivos son un freno al desarrollo de la seguridad social, pues cuando se pretende extender sus beneficios a personas con poca o nula capacidad de pago se afectarían a los trabajadores con derechos adquiridos en la disminución de las prestaciones.
- c) Dado el costo de la seguridad social, en especial en atención médica, los costos no podrían ser soportados solo por los asegurados.
- d) El equilibrio del sistema dependería de ingresos y gastos y de los recursos obtenidos solo por las contribuciones.
- e) El tomar de base para las contribuciones solo el salario de los trabajadores, en épocas de crisis, al disminuir el empleo y aumentar la demanda de prestaciones vuelve al sistema vulnerable.

El financiamiento mediante el presupuesto estatal ha permitido asignar las cifras necesarias para cumplir con las obligaciones del sistema, no obstante las serias dificultades a las que se ha enfrentado la economía cubana.

Cuba otorga a toda su población de manera gratuita en el sistema de salud y todos los trabajadores cubanos tienen derecho a obtener una prestación monetaria al cubrir los requisitos que establece el sistema de pensiones.

Cuba, como la gran mayoría de los países se enfrenta al envejecimiento de su población, sus estudios, análisis y proyecciones parten de la voluntad política de mantener el plan único de desarrollo económico, con una fuerte inversión en el área social que permita preservar el capital humano creado en más de 30 años de Revolución. Para ello se ha invertido en incrementar el potencial científico-técnico necesario para generar los recursos imprescindibles para continuar con un régimen austero, pero con amplio sentido de justicia social que garantiza el empleo o protección social, educación, salud y seguridad social a toda la población.²⁶

²⁶ Serie Estudios No. 14 "Evolución Actual de los Regímenes de Pensiones". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en

LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE

En Chile, las diversas legislaciones sobre la materia han oscilado entre el seguro facultativo privado, la seguridad social obligatoria y nuevamente el seguro privado y social como combinación de su sistema.

En este país se trataron por primera vez los accidentes de trabajo en la Ley No. 3.170 de 1916. El 8 de septiembre de 1924, la ley No. 4.055 complementó a la anterior al considerar no sólo los accidentes sino también las enfermedades profesionales, pero no establecía la obligatoriedad de estos seguros con carácter social, sino que los entregaba a las compañías privadas, esta ley se perfeccionó en 1931 al incorporarse al Código del Trabajo al no señalar los casos indemnizables, ni distinguir la clase de trabajo, bastando sólo que el accidente o la enfermedad se produjera a causa o con ocasión del trabajo, cualquiera que fuera la naturaleza de éste.²⁷

En una nueva etapa de la seguridad social chilena, en el año de 1968, se establece el seguro de accidentes del trabajo con carácter social y obligatorio, lo que significó una modificación substancial al Código del Trabajo que estructuraba estos seguros como privados o mercantiles y voluntarios, lo cual tenía las siguientes desventajas: elevado costo en primas, lo que hacía al régimen chileno uno de los más caros, el sistema de primas fijas eliminaba el incentivo económico para adoptar medidas preventivas, el mecanismo legal para el otorgamiento de las prestaciones era complicado, largo y costoso, que obligaba a litigios que al final hacía ilusorios los derechos de los trabajadores. Además no existía continuidad, debido a la multiplicidad de organismos aseguradores comerciales, lo cual facilitaba la evasión de responsabilidades.²⁸

México. "La Experiencia Cubana" los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor Dr. Orlando Peñate Rivero y no reflejan la posición de la Conferencia. pp. 27-35.

²⁷ Marabolf Vergara, Lucy y Carrasco Arellano, Marta. "El Seguro Social Obligatorio Contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales". Ed. Editorial Jurídica. Chile, 1970. p. 27.

²⁸ *Ibidem*. p. 28.

La nueva ley No. 16.744 de 1968, reviste gran importancia para Chile en materia previsional y estructura el seguro social obligatorio en accidentes y enfermedades profesionales., comprendiendo en este nuevo sistema a toda la población, la cual se iría incorporando en forma paulatina según se fueran publicando los reglamentos respectivos.²⁹

En 1974 Chile inicia un proceso de modernización de la Seguridad Social, dirigido en una primera fase a racionalizar algunos regímenes, uniformando prestaciones y buscándoles financiamiento que redujeran al mínimo sus efectos sociales y económicos negativos; entre las acciones realizadas destaca la creación de un Fondo único para administrar las asignaciones familiares, igualándose el valor de este beneficio para todos los trabajadores; el establecimiento de un sistema común de subsidios de cesantía; la fijación de un mecanismo general para la reajustabilidad de las pensiones; la aplicación de requisitos uniformes para acogerse a jubilación por vejez y la extensión del régimen de pensiones asistenciales a la población más pobre, favoreciendo a personas mayores de 65 años o inválidos mayores de 18 años. En cuanto a tasas de cotización se empezaron a reducir gradualmente a partir de 1975, con el fin de elevar los niveles de empleo, disminuyendo los costos.³⁰

La historia de Chile, como en muchos países cuenta con amargas experiencias, un modelo renovado de seguridad social surge después de una de ellas con el "Estatuto Fundamental de principios y Bases del Nuevo Sistema de seguridad Social"; el desarrollo de este país en las últimas tres décadas orientó sus acciones primero a la reactivación económica entre 1974 y 1978; de ese año a 1985 a la modernización de la economía y a partir de 1986 a la proyección hacia el futuro. En la modernización las áreas en las que se concretizaron las acciones fueron: El plan laboral; La reforma previsional; La

²⁹ *Ibidem.* p. 31.

³⁰ Serie Estudios No. 14 "Evolución Actual de los Regímenes de Pensiones". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. "La Propuesta Chilena" los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor Nicolás Starck Aguilera y no reflejan la posición de la Conferencia. pp. 122, 123.

reforma educativa; La reforma a la salud; La reforma a la justicia; Reforma a la Agricultura y Reforma Administrativa.

El estado social reorienta su acción en materia social, concentrando sus esfuerzos en los grupos más desprotegidos y delega en los sectores privados aquellas actividades que pueden ser ejecutadas eficientemente por éstos.³¹

En el panorama general descrito algo que ha trascendido las fronteras chilenas por su trascendencia en nuestra materia, ha sido la reforma al régimen de pensiones que se produce en 1980 así como el de salud, que incluyó cambios que habrían de innovar el enfoque sobre el papel tradicional asignado a la seguridad social. Esta reforma se contiene en el decreto Ley No. 3.500 con el que nace en nuevo sistema de pensiones basado en un régimen de capitalización individual que faculta a sociedades privadas para participar en los Fondos de pensiones en un esquema de libre competencia. El decreto se publica con fuerza de ley en mayo de 1981.³²

Las características principales de este régimen son: administración privada; libertad de elección; Descentralización de los programas y el Rol subsidiario del estado que asume sólo aquellas funciones que los particulares no son capaces de emprender y son necesarias desde un punto de vista social, correspondiéndole realizar en el ámbito de la seguridad social, labores de regulación y fiscalización.

En cuanto a prestaciones y beneficios el actual sistema considera programas de seguros sociales para todas las personas cuyo nivel de remuneraciones o de ingreso sea suficiente para acceder a ellos, y programas asistenciales para quienes se encuentran en una situación de pobreza que les impide optar por los primeros.

No es la intención de este trabajo profundizar sobre las cuestiones relacionadas a las pensiones, no obstante su importancia y trascendencia en nuestra materia; sin embargo con la panorámica ofrecida es posible tener una idea de la información básica respectiva.

³¹ *Ibidem*, p. 125.

³² *Op. cit.* pp. 126-129.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En este país se otorga importancia al bienestar social hasta que Franklin D. Roosevelt ocupa la presidencia. Con la adopción del Acta sobre Seguridad Social firmada en 1935 emerge el estado Federal del Bienestar Social Estadounidense, que tendría que esperar tres décadas de estudios, discusión y deliberación sobre las formas que debería adoptar.

En el Acta indicada se establece como intención: “Ofrecer bienestar general mediante el establecimiento de un sistema federal de prestaciones para la edad avanzada y apoyar a algunos estados para mejoras sus provisiones destinadas a la vejez, a las personas ciegas, a los niños dependientes y abandonados, a la maternidad, a la salud pública y a la administración de la compensación por el desempleo establecido por Ley; instaurar un consejo de Seguridad Social; generar ingresos; y otros propósitos”.

La legislación europea sobre el bienestar social interesó sobre el proceso de industrialización estadounidense. En 1893, el Comisionado del Trabajo publicó un estudio detallado del seguro social alemán. En 1899 la Oficina de Estadística del Trabajo del estado de Nueva York, hizo un examen del programa. En 1911 también el Comisionado del trabajo publicó un análisis del seguro social europeo con descripciones detalladas de cada país.

En tanto, los reformadores del progreso creaban la conciencia entre la población sobre la necesidad del bienestar social. Destacó John B. Andrews, quien fundó en 1906 la Asociación americana para la Legislación del Trabajo (*American Association for Labor Legislation* AALL) con apoyo de economistas y trabajadores sociales destacados.

Además de Andrews, Issac Rubinov, fue uno de los pioneros significativos del movimiento para el bienestar social de esa nación. Nacido en Rusia llegó a ese país en 1898 a fin de obtener el grado de medicina en la Universidad de Nueva York, pero abandonó la medicina para convertirse en uno de los más importantes actuarios. Con doctorado en economía por la universidad de Columbia, a diferencia de Andrews, quien se inclinó por los servicios sociales privados, Rubinov fue un fuerte defensor del patrocinio de los programas sociales por el Estado.

Estos dos personajes colaboraron frecuentemente con R. Commons, economista y especialista en relaciones laborales de la universidad de Wisconsin que desarrolló la llamada “idea de Winsconsin” de repercusiones nacionales.

El presidente Roosevelt se preocupó especialmente por el impacto de la industrialización en las nuevas generaciones y en 1909 organizó en la casa Blanca, la Primera Conferencia sobre Niños. La Conferencia expuso la difícil condición de niños pobres y abandonados e hizo recomendaciones para la asistencia gubernamental. El Congreso no actuó, pero la Conferencia pugnó por la pensión de maternidad. Una década después tanto en las ciudades como en los Estados se desarrollaron programas de ayuda para madres o padres solteros y niños abandonados.

Durante la Primera guerra mundial disminuyó el ímpetu del movimiento sobre el bienestar social, a partir de los años veintes retoma el impulso con el surgimiento de líderes sociales.

En la gran depresión se discutieron los objetivos del bienestar social y su instrumentación. El largo debate arrojó literatura y creó expertos en la materia. La crisis económica impuso como principal preocupación de los políticos estadounidenses el tema del bienestar social. El más importante Huey P. Long, aspirante a la presidencia y fundador en 1934 del movimiento *Share-The-Wealth* (Comparta la Salud) que agrupó a cinco millones de integrantes en un año. Antes de su asesinato en 1935 propugnaba porque el gobierno patrocinara programas como: la pensión para vejez, la protección de la salud, la educación, el seguro de desempleo y la asistencia pública.

El doctor Francis Townsend creó el movimiento del Fondo Revolviente para la Pensión de la Vejez, quien abogó por una pensión mensual de 200 dólares para todos los individuos mayores de 60 años y logró llamar la atención de la nación sobre la condición de vejez.

En estas condiciones el presidente Roosevelt decidió hacer suyo y apoyar un amplio programa de bienestar social, formó para ello el Comité de Seguridad Económica, presidido por su secretario del Trabajo Francis Perkins y dirigido por Harry Hopkins, su experto y asesor en políticas sobre bienestar social.

Este comité tomó tanto la experiencia acumulada en otros países y el propio, consideró el contexto político y constitucional, fue cauteloso con la Suprema Corte, ya que ésta había vetado algunas políticas del *New Deal*, y finalmente el resultado de todo este esfuerzo y deliberaciones concluyó con el acta de la seguridad Social de 1935.

Dentro de los programas de seguro social el país cuenta con los siguientes: Seguro de vejez, muerte e incapacidad. (OASDI) en 1992 cerca de 132.9 millones de individuos estaban involucrados en trabajos cubiertos por el programa de Seguridad Social; a finales de ese año cerca de 41.5 millones recibían pensiones en efectivo por un total aproximado de US\$24,400 millones mensuales. Estos beneficiarios incluían 29.3 millones de trabajadores jubilados y los miembros dependientes de sus familias, 7.3 millones de sobrevivientes de trabajadores fallecidos; 4.9 millones de trabajadores discapacitados y los miembros de sus familias.

El financiamiento de este programa requiere de la aportación de trabajadores, sus patrones y personas auto empleadas paguen cuotas sobre sus ganancias en trabajos asegurados hasta un máximo anual gravable, ajustadas automáticamente conforme al incremento de salarios. Estas cuotas constituyen el 95 por ciento de los ingresos del programa.

Seguro de Desempleo. La primera ley se estableció en el Estado de Wisconsin en 1932 y fue precursora de la ley de seguridad Social de 1935. Está diseñado para proporcionar prestaciones a los miembros de la fuerza de trabajo, empleados regularmente y que involuntariamente se convierten en desempleados y que están capacitados y dispuestos a aceptar un trabajo apropiado.

En 1992, había aproximadamente 108 millones de trabajadores en empleos cubiertos por este seguro. Para este programa casi todos los estados tienen una tasa fiscal estándar del 5,4 por ciento sobre nómina gravable, esta a cargo de los patrones. Excepto Puerto Rico, todas las jurisdicciones usan el sistema llamado "antecedentes del asegurado", de acuerdo con éstos puede variar la tasa de aportación del patrón. Esto en términos muy generales.

Indemnización de los Trabajadores. Diseñada para proporcionar subsidios en efectivo y atención médica cuando los trabajadores sufren lesiones como

resultado de su trabajo, así como pensiones de un trabajador fallecido con motivo de un accidente relacionado con su trabajo. Funcionan 55 programas. Cada uno de los 50 Estados, Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes tienen su propio programa. Más los correspondientes a los empleados del Gobierno federal y los trabajadores costeros de todo el país. Otro programa protege a los trabajadores de las minas de carbón. (Datos de 1992).

Durante 1991 este programa cubrió a 93.6 millones de empleados el 88 por ciento de la mano de obra asalariada empleada en esa Nación.

El financiamiento está casi exclusivamente a cargo del patrón y depende el porcentaje de su aportación de lo peligroso de su actividad empresarial o los riesgos de su industria.

Programa de prestaciones para la Enfermedad de Pulmones Negros. Establecido en 1970 para los trabajadores de las minas de carbón. A fines de 1991, cerca de 275,000 trabajadores incapacitados, dependientes y sobrevivientes recibían pensiones en efectivo. El financiamiento para este programa desde su inicio se obtuvo de los fondos generales.

Seguro de Incapacidad Temporal o Seguro de Subsidio por Enfermedad. Puerto Rico y la industria ferrocarrilera tienen este programa, que compensa parcialmente la pérdida de salarios causada por una incapacidad temporal no ocupacional o por maternidad; tienen un límite de duración. Los convenios privados para tipos similares de seguros están más difundidos.

Las leyes federales no establecen un sistema federal-estatal de este seguro, comparable al de desempleo. Para otorgar subsidios similares tuvieron que efectuarse reformas a la legislación de desempleo y convenios relativos. Existe una combinación de planes privados y públicos que cubren a la mayoría de los trabajadores.

Uno de los grandes problemas que ha enfrentado este país es la salud, sus programas elaborados para resolverlo se ven enfrentados al aumento de la demanda y del costo entre otras circunstancias.

En 1994 el gasto según predicciones del Departamento de comercio estaría alrededor del 15 por ciento del producto interno bruto, contrasta el aumento de la demanda de servicios de salud con el lento crecimiento general de la economía.

Los dos programas principales y que han sufrido diversidad de transformaciones son el Medicaid y el Medicare.

La salud y el cuidado médico están respaldados por una variedad de contribuyentes privados y programas públicos, durante el período 1979-1990, los fondos privados cubrieron el 58 por ciento de los gastos, pero en 1991, este porcentaje bajó al 56 por ciento.

Aproximadamente el 44 por ciento restante representó gastos para el gobierno federal y los gobiernos locales. Pequeños porcentajes los cubre la secretaría de la defensa, los Programas de Compensación de Trabajadores; los de asistencia general estatal y la investigación médica no comercial.

Otras actividades patrocinadas públicamente son: servicios maternos y de salud infantil; clínicas públicas de salud; programas escolares de salud; servicios de cuidados de salud para indios e inmigrantes, servicios vocacionales de rehabilitación y actividades de salud mental para alcohólicos y drogadictos.

El programa Medicare, como parte de las enmiendas de 1965 estableció programas de salud para los ancianos, para complementar las prestaciones de pensión e incapacidad contempladas en la Ley de seguridad Social, en 1966 abarcaba a la mayoría de las personas de 65 y más años. Desde entonces el programa ha incluido a otros tipos de individuos. Incluye seguro de hospital y seguro médico complementario (SH y SMC).

El programa Medicaid se convirtió en ley en 1965, y se creó como una empresa de cooperación entre los gobiernos federal y estatales para ayudar a los estados en la provisión de una atención médica más adecuada a las personas necesitadas; es el programa de salud más grande que brinda servicios médicos y servicios relacionados con la salud en general para las personas más pobres de Estados Unidos.³³

³³ Serie Monografías No. 10 "La Seguridad Social en Estados Unidos de América". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia. Compilación y selección de documentos

Existen también programas especiales:

- Prestaciones a Veteranos del servicio militar.
- Programas para Empleados Públicos.
- Jubilación de trabajadores de Ferrocarriles.
- Programas de Apoyo al ingreso.
- Ingreso Complementario del Régimen de seguridad Social.
- Programa Complementario de Despensa para Mujeres Infantes y Niños.
- Almuerzos Escolares.
- Subsidio para Consumo de Energéticos a Familias de Bajos Ingresos.
- Subsidios generales.
- Vivienda Social y Subsidiada.
- Programas para Indigentes.
- Vivienda de Apoyo para Personas de la Tercera edad.
- Vivienda de Apoyo para personas con Discapacidades.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN GUATEMALA

Con la Revolución Liberal de 1871, se inició en Guatemala una nueva legislación del trabajo; en 1874 se promulgó la Ley de trabajadores y en 1877 se emitió el Reglamento de trabajo de Jornaleros. Con estas leyes se establecieron los primeros beneficios de asistencia médica que debían otorgar los patrones a sus jornaleros.

En 1906 por Decreto Ley número 669, se emitió la Ley Protectora de Obreros, a fin de proteger a los trabajadores de los riesgos. Sin embargo sus objetivos no pudieron cumplirse en razón de no existía una entidad que los

por la Lic. María el Carmen Álvarez García. Documento elaborado con la cooperación de la *Social Security Administration*, la *Health Care Financing Administration* y el señor John Dyer de la oficina Política internacional.

hiciera efectivos. Sin embargo debe reconocerse su importancia en la historia de la seguridad social del país, con la modificación de los principios de responsabilidad civil en su aplicación específica a los riesgos de trabajo y esbozó todo un plan de seguros sociales con los principios fundamentales resaltando el espíritu tutelar, extraordinario para su época; independientemente de las fallas en su creación y aplicación.

El decreto legislativo número 1811 de abril 30 de 1932, implantó un sistema de previsión social para la mayor parte de los trabajadores del estado.

La previsión social para los militares se estableció con el Decreto Legislativo 116 de mayo de 1945.

En Guatemala han existido regímenes de previsión social establecidos por empresas particulares para proteger a sus trabajadores, como los establecidos por: la Empresa Eléctrica de Guatemala, la *West India Oil Company*, los ferrocarriles internacionales de Centro América, la *United Fruit Company*, la Fábrica de Cementos Novella, por citar a las más importantes. También funcionaron algunas aseguradoras privadas antes del nacimiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Fue hasta la Constitución de 1945, promulgada como consecuencia de la revolución de octubre de 1944, que se introdujo en la Ley Suprema, el Capítulo de garantías Sociales, el establecimiento del seguro social obligatorio, que originó la emisión del Decreto Legislativo número 295 en que se contiene la Ley orgánica del Instituto de Seguridad Social.

El Decreto antes indicado establece: “Crease una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala y con fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política de la república, un régimen nacional unitario y obligatorio de seguridad social, de conformidad con el sistema de protección mínima”.

El artículo 28 de ese mismo decreto se refiere a la cobertura de los siguientes riesgos:

- Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales.
- Maternidad.

- Enfermedades generales.
- Invalidez.
- Orfandad.
- Viudedad.
- Vejez y sobrevivencia.
- Muerte (gastos de entierro).

El financiamiento del régimen de seguridad social está a cargo de los patronos, los trabajadores y el Estado, en los porcentajes establecidos en los diversos programas, de los cuales algunos operan en todo el territorio y otros en algunos Departamentos.

En otros regímenes cuenta con el Instituto de Previsión Militar y la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado, rige para todos los funcionarios o empleados que laboran en los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como para aquellos trabajadores civiles de las entidades descentralizadas, Tribunal Supremo Electoral, Corte de Constitucionalidad y trabajadores por sistema de planillas que voluntariamente deseen acogerse al sistema.

En cuanto al financiamiento de este sistema el estado aporta un 10 por ciento de sueldos y salarios en tanto que los funcionarios y empleados lo hacen de acuerdo a sus percepciones y el porcentaje fluctúa entre el 9 y el 15 por ciento de su ingreso. (Datos a 1990).³⁴

LA SEGURIDAD SOCIAL EN HONDURAS

Este Estado ha sido prolijo en Constituciones, las primeras tomando de modelo a la de Estados Unidos de América. Incluso con anterioridad a la fecha en que logra la condición de república, libre, soberana e independiente. Establece

³⁴ Serie Monografías No. 11 "La Seguridad Social en Guatemala". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. Los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia.

el 28 de septiembre de 1865, ya como República, en una más de sus Cartas Magnas, en este caso en el artículo 88 lo siguiente: “Todos los habitantes de la República tienen derechos incontestables para conservar su vida y libertad; para adquirir, poseer y disponer de sus bienes; y para procurar su felicidad sin daño de tercero”.

En las promulgadas en los años 1873, 1880, 1894, 1898 y 1906, previeron la seguridad y protección del Estado para los ciudadanos. Es en las Constituciones 1957 y 1965, en los artículos 127 y 128 respectivamente que se hace ya una referencia clara a la Seguridad Social. En el numeral 129 de la segunda, se estableció: “Se considera de utilidad pública la emisión de la ley de Seguro Social”

Se consideran los siguientes regímenes: Enfermedad-maternidad; Invalidez, vejez y muerte. El financiamiento está a cargo principalmente de los patronos y trabajadores.

En 1971 surge el Instituto Nacional de jubilaciones y Pensiones de los Empleados y Funcionarios del Poder Ejecutivo, con las siguientes prestaciones:

- Jubilación.
- Pensión por incapacidad.
- Beneficio por Muerte.
- Beneficio por Separación.
- Auxilio Fúnebre.
- Préstamos personales.
- Préstamos de Vivienda.
- Préstamos de turismo Social.

Los gastos del financiamiento se cubren con un 11 por ciento de los sueldos por el gobierno y las instituciones afiliadas y otro 7 por ciento lo cubren los empleados. En 1980 se crea el Instituto Nacional de Previsión del magisterio.³⁵

³⁵ Serie Monografías No. 8 “La Seguridad Social en Honduras”. (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. Los

LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

En nuestro país la expresión “Derecho Social” se pronunció por Ignacio Ramírez “El Nigromante”, en las sesiones memorables de 7 y 10 de julio de 1856, del Constituyente de 1856-1857, quizá tratando de romper los esquemas tradicionales de corte individualista de las Constituciones emanadas de la Revolución Francesa, en su época esta propuesta no trascendió tanto como hubiera querido su autor, en razón de que intentaba introducir en el Máximo Ordenamiento Nacional, la protección de niños, hijos abandonados, huérfanos, mujeres y trabajadores como sujetos de tutela.

Esta concepción, sin embargo, estuvo latente e irrumpió en la revolución de 1910 y en su oportunidad fue plasmada en la Constitución de la República el 5 de febrero de 1917, antes incluso que en la Constitución Rusa de julio de 1918, de la efímera República en Wiemar, Alemania del 31 de julio de 1919 y de cualquier otra.

Así, la materia en estudio nace formalmente con la fracción XXIX en la que se considera de utilidad pública la Ley del seguro Social; la reforma constitucional de 1929 a la fracción XXIX del artículo 123, establece la seguridad social a nivel nacional y ha dado origen a las leyes reglamentarias correspondientes, pues en nuestro país no existe una codificación única ni es tampoco un solo organismo el encargado de velar por este derecho.³⁶

La Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social del 19 de enero de 1943 tuvo una vigencia de treinta años, misma que fue abrogada por la entrada en vigor de la Ley de 1973 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo y que fue reformada el 21 de diciembre de 1995 entrando en vigor las

datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia.

³⁶ Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos (Y sus reformas) Secretaría de Gobernación. México, 2003. pp.145, 407.

reformas hasta el 1 de julio de 1997, para ser modificada en múltiples ocasiones, hasta la reforma del 11 de agosto de 2004.³⁷

En esta Ley se consideran los siguientes seguros: Riesgos de trabajo, Enfermedades y Maternidad; Invalidez y Vida; Retiro, Cesantía en edad avanzada y Vejez y el de Guarderías y de las prestaciones sociales.

Los reclamos de los trabajadores del Estado (federación) pugnaron por contar con su propio sistema de seguridad social, el cual se hizo realidad casi veinte años después de promulgada la primera Ley del seguro Social; así, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1959; y el organismo fue creado en 1960. Los seguros y prestaciones que ambas legislaciones consideraron en su inicio eran relativamente similares en cuanto a seguros y prestaciones, agregándose en esta última, préstamos en dinero para los empleados del gobierno, a recuperarse mediante descuentos a sus salarios.

Las fuerzas armadas de la nación cuentan a partir de 1976 con la Ley de seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y su Instituto, que les otorga entre otras cosas, prestaciones, pensiones y haberes de retiro; seguros de vida; préstamos a corto plazo y préstamos hipotecarios; servicio médico integral al núcleo familiar; centros de bienestar infantil; escuelas e internados; centros de adiestramiento y superación para esposas e hijos de militares; centros deportivos y de recreo; casa hogar para retirados principalmente.

La ley del Fondo nacional para la Vivienda de los trabajadores, aparece el 24 de Abril de 1972.

Estos, no son de manera alguna los únicos ejemplos de disposiciones legales en materia de seguridad social que haya conocido nuestro país, ya con anterioridad a la Constitución de 1917, diversas Entidades Federativas habían realizado esfuerzos legislativos, con la finalidad de dar cauce a los problemas obreros y de sus familias; en el clima social y político que imperaba en ésa

³⁷ No se citan todas las reformas, las cuales de 1943 a 1994, pueden ser consultadas en la obra *Ley del Seguro Social y sus reformas*, Edición Conmemorativa del Cincuentenario del Instituto Mexicano del Seguro Social, Tomo II. pp. 3-13.

época estos no eran en forma alguna los únicos gritos de protesta, la distribución de la tierra era tema de especial interés, el régimen porfirista si bien dio cuenta de sus logros, también originó las condiciones necesarias que causaron serios daños a obreros y campesinos, las necesidades sociales eran de tal magnitud que ningún político, pensador o filósofo fue capaz de crear mecanismo alguno para impedir la lucha armada.³⁸

Recordemos hoy a los trabajadores mineros, textiles, ferrocarrileros, henequeneros y desde luego a los campesinos quienes en sus respectivas trincheras ubicadas a lo largo y a lo ancho del territorio nacional, lucharon por muchos de los derechos que hoy disfrutamos.

Los escasos dos siglos de la materia jurídica a que me refiero para la gran mayoría de los Estados y sus nacionales no se han recorrido por sendas placenteras sembradas del bienestar y felicidad que dictan sus normas; es una de las ramas jurídicas que ha tenido que cimentarse y desarrollarse en el sufrimiento de los individuos, quienes han tenido que vivir y soportar condiciones de injusticia e insalubridad durante el largo tiempo cuyo transcurso se hace demasiado lento para el que sufre y para hacerlas una realidad.

No es mi deseo consumir estas páginas relacionando y confrontando seguros, prestaciones, obligaciones y derechos de los sujetos obligados y de los beneficiarios de las normas de seguridad social y la intervención del Estado. Apartados especiales merecerían cada uno de los elementos que integran los sistemas, regímenes, instituciones y su organización, financiamiento, administración o cada uno de los rubros como salud, pensiones, jubilaciones, delitos, aspectos contenciosos y de justicia, interrelacionados con la situación económica, social y política del país.

Lo que si es importante considerar, es lo relativo a los importes que en México se destinan a los siguientes rubros: Educación Pública; Salud; Trabajo y Previsión Social; Aportaciones de Seguridad Social; Aportaciones para Educación Básica en los Estados; Solidaridad y Desarrollo Regional, Instituto

³⁸ Véase Diccionario *Op.cit.* pp. 1104-112.

Mexicano del Seguro Social; Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Baste para ello consultar sólo un ejemplo en la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2005, publicada el 24 de noviembre de 2004, en el Diario Oficial de la Federación Concepto VIII Aportaciones de Seguridad Social: 2. Cuotas para el Seguro Social a cargo de Patrones y Trabajadores 115,776.0 (Cifra expresada en millones de pesos).³⁹

Y el correlativo presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005: D: ENTIDADES SUJETAS A CONTROL PRESUPUETARIO DIRECTO. Gasto programable: Instituto Mexicano del Seguro Social \$202 921'000,000.00 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2004.⁴⁰

Cifras que ejemplifican lo importante de las sumas que en materia de seguridad social se manejan en México, llamando la atención a una sola de sus Instituciones; por ello son de vital trascendencia todas y cada una de las acciones que se toman en torno a este derecho, que como ya se dijo, tiene influencia multifactorial.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERÚ

En Perú, la Ley No. 8439 de 20 de Agosto de 1936, con su modificatoria; Ley No. 8433 establece por primera vez en el país el Seguro Social obligatorio.

³⁹ Véase Ley de Ingresos de la federación Para el Ejercicio Fiscal de 2005, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Noviembre de 2004.

⁴⁰ Véase Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2005. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Diciembre de 2004.

Véase. Delgado Moya, Rubén. "Derecho a la Seguridad Social". Ed. Sista. México 1991.

Véase. Sánchez León, Gregorio. "Derecho Mexicano de la Seguridad Social". Ed. Cárdenas. México, 1987.

Véase. Buen Lozano, N. Seguridad. *Op. cit.*

Véase. Ruíz Moreno, A. *Op. cit.*

Véase. Carrillo P. *Op. cit.* pp. 27-44.

Véase. Ramos Álvarez, Oscar G. "Trabajo y Seguridad Social". Ed. Trillas. México, 1997. pp. 99-119.

Muchos y variados fueron los esfuerzos que esta nación realizó por los derechos laborales y de seguridad social durante y después de la conquista, pero como en muchas partes de América, hubo de esperar por años a que éstos constituyeran una realidad jurídica.

Fue en la Constitución de 1919, concluida la Primera Guerra Mundial, que Perú incorpora el fomento por parte del Estado de las instituciones de previsión y solidaridad social en su artículo 56.

En la Constitución de 1933, además de ampliar los principios de asistencia y previsión social en el mismo artículo que en la anterior determina: "que la ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte". En aplicación de esta Carta Magna, en 1936 con la Ley 8433 se crea el Seguro Social Obligatorio para obreros y con ella inicia el seguro social del país cubriendo los riesgos de enfermedad, maternidad, vejez y muerte.

Mientras que en muchos países de Europa y América no se construyeron centros asistenciales propios, en el Perú se hizo, y en 1940 se inaugura el Hospital Obrero, continuándolo el de Arequipa, Chinlayo, Chimbote y muchos más. México fue otro Estado que también erigió unidades médicas y hospitalarias.

El Seguro Social del Empleado por Decreto Ley se creó en 1948 con carácter obligatorio, cubría los riesgos de enfermedad, maternidad, vejez y muerte. Tiene de particular el sistema de Libre Elección; el empleado escogía el médico o clínica de su preferencia. En 1958 se inauguró del Hospital del Empleado; el más grande y equipado de América del Sur. En 1966 se expide el reglamento de la caja de Enfermedad y Maternidad en el que se precisas dos sistemas excluyentes el Directo y el de la Libre Elección, debiendo elegir el asegurado uno de ellos para su atención. En el primero se establecía a las prestaciones que se otorgaban en los servicios propios en centros asistenciales de la institución o en los hospitales contratados; en el segundo el asegurado elegía libremente entre médicos o clínicas particulares reembolsándosele por tarifas y aplicando un petitorio de medicamentos, parecido al sistema canadiense.

En 1979 con la promulgación de la Constitución, se logra la concreción de los principios y mandamientos humanistas y sociales contenidos en el preámbulo de la misma. Se consolida en el más alto nivel jurídico una vocación y una necesidad sociales. Disponiéndose en ella que una institución autónoma y descentralizada, con fondos y reservas propias aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tendrá a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. En 1980, por Decreto Supremo se cambia la denominación del Seguro Social del Perú por Instituto Peruano de Seguridad Social, otorgándosele autonomía y liberándolo de la dependencia del Ministerio de Trabajo, con las funciones de administrar los regímenes de Prestaciones de salud, de pensiones y prestaciones Sociales y los que le ley le encargue. La Constitución le asigna todo un capítulo a la Seguridad Social, el III de la Seguridad Social, salud y bienestar. Capítulo que pasó al II en 1993.

A esta única Institución se han ido incorporando paulatinamente grupos poblacionales y laborales, en 1986 los trabajadores del campo al régimen de salud, en 1987 las amas de casa y madres de familia sin límite de edad y facultativamente al régimen de salud y/o pensiones, posteriormente los trabajadores del mar, la población afectada por siniestros y catástrofes, los impedidos físicos y mentales, los que sufren pena privativa de libertad, los turistas extranjeros y los escolares. Para 1994, no se habían incorporado las Fuerzas Armadas y Policiales, los Jinetes y los de la Caja del Pescador.

El Instituto Peruano de Seguridad Social, se encarga de los siguientes regímenes:

- Régimen de prestaciones de Salud.
- Prestaciones Sociales
- Seguro de Accidentes de trabajo y enfermedades Profesionales
- Enfermedad y Maternidad

Existe un Sistema Privado de Pensiones, regulado por el decreto ley 19990, está dirigido fundamentalmente a los trabajadores dependientes e independientes de una naturaleza contributiva de carácter solidario que de

bases en los aportes de asegurados y empleadores, calculados sobre la remuneración, el empleador aporta un 6 frente al 3 por ciento del trabajador. La dirección de esta institución está integrada por representantes de los empleadores, los asegurados y del Estado en partes iguales y considera:

- Pensión de jubilación
- Pensión de invalidez
- Pensión de sobrevivientes

Significativa es la crisis de este sistema de pensiones en el Perú la cual si bien obedeció a cuestiones económicas y financieras del país y de la propia institución, las decisiones políticas en especial en periodos cercanos a los procesos electorales, al otorgarse concesiones a sectores del trabajo con mayor capacidad de presión política, aunada a la disminución de la edad jubilatoria y confluyendo una de las más grandes inflaciones que se han conocido en América que llegó al 9000 por ciento en su peor momento.

En 1990 se produjo una virtual quiebra del Instituto Peruano de seguridad Social, colapsando el Sistema Nacional de Pensiones y colocando en una precaria situación al sistema de salud, con un crecimiento no esperado de trabajadores que llegó acerca de 45000 cifra importante para ese país.

De entonces a la fecha mucho ha tenido que realizar nuevamente la nación y el gobierno peruanos para resolver y superar la crisis, las modificaciones a las legislaciones y la reorganización de sus instituciones no se ha hecho esperar, panorama que parece ha proliferado por todo el orbe.⁴¹

⁴¹ Serie Monografías No. 12 "La Seguridad Social en Perú". (1994) Publicada por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. Los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia.

V. FINANCIAMIENTO

En América, difícilmente se encuentra un sistema único y perfecto que sirva de modelo a los existentes, el derecho de la seguridad social obedece a la diversidad, hasta para ser definido por los teóricos.

Los sistemas de financiamiento, no son la excepción, de lo hasta aquí expuesto se puede concluir que existen países cuya seguridad social se originó y se estableció como consecuencia de las necesidades de su población, los problemas sociales y la industrialización, siendo además éste uno de los principales factores que marcó la diferencia con los demás.

Así tenemos que podrían clasificarse a los países, su legislación y sus sistemas en tres grandes grupos: el primero, integrado por los más industrializados, en los que, desde sus orígenes establecieron como sistema de financiamiento la cobertura de las aportaciones por tres sujetos, dos de ellos ligados a la actividad productiva, empleadores y trabajadores, con la participación del Estado.

Pero también dentro de este bloque, existen países que obtienen los recursos destinados a sus sistemas de seguridad social de las ganancias de sus nacionales, básicamente de las contribuciones de sus ciudadanos económicamente activos, vía impuestos.

Otro segundo y gran bloque, integrado por la gran mayoría de países, que para financiar sus regímenes no sólo cuenta con un sistema, sino con variadas formas establecidas en sus legislaciones para cubrir en lo posible los gastos de seguridad social que genera la mayor parte de su población y que por tanto obtienen los recursos necesarios considerando a los sujetos que ampara y también al Estado; diversifican los esfuerzos y establecen regímenes para grupos especiales inclusive para amparar a los más desprotegidos y tienen como característica haber establecido sus sistemas alrededor de los años cuarentas.

En este segundo grupo el pago de las aportaciones necesarias no siempre se cubren por los tres sujetos citados en el primer grupo; en los regímenes o programas establecidos para empleados y funcionarios del Estado, éstos y el

estado mismo son los únicos contribuyentes a la seguridad social, ejemplo claro de los sistemas bipartitas.

Y existen aún Instituciones cuyo financiamiento en forma exclusiva es responsabilidad del Estado, como lo es la seguridad social de su ejército, disponiendo para ello de los ingresos generales.

En tercer lugar pueden ubicarse a los países en desarrollo menos favorecidos, cuya seguridad social surge en forma más tardía; en ellos, no obstante el esfuerzo realizado, los sistemas de financiamiento obedeciendo al esquema laboral, las principales aportaciones las realizan, patrones, trabajadores y el Estado.

El grupo de países con los sistema más amplios, ha logrado una cobertura de población del 70 por ciento o más en algunos casos si se tienen en cuenta los programas asistenciales que los complementan, además su nivel de prestaciones es relativamente mayor cuantitativamente hablando que las de los otros dos grupos. Sin embargo con el tiempo esto ha conducido a muchos países hacia una situación financiera complicada, dada su amplia cobertura y su nivel relativamente alto de prestaciones.⁴²

La diferencia de estos tres grupos, es fácilmente observable en el porcentaje de cobertura de su población, mientras que en los primeros va del 80 por ciento a más con los regímenes obligatorios, en los segundos ese porcentaje oscila entre el 13 y el 60 por ciento, y en el último caso la cobertura es muy inferior.⁴³

El grupo de países con los sistema más amplios, ha logrado una cobertura de población del 70 por ciento o más en algunos casos si se tienen en cuenta los programas asistenciales que los complementan, además su nivel de prestaciones es relativamente mayor cuantitativamente hablando que las

⁴² Serie Estudios No. 15 "Estructura Jurídica de la Seguridad Social y sus Instituciones en América" Publicado por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con sede en México. los datos que en la misma aparecen son responsabilidad de su autor y no reflejan la posición de la Conferencia. Comisión Americana Jurídico Social Subregión II Centroamérica. pp. 2.

⁴³ *Ibidem.*, p. 3.

de los otros dos grupos. Sin embargo con el tiempo esto ha conducido a muchos países hacia una situación financiera complicada, dada su amplia cobertura y su nivel relativamente alto de prestaciones.⁴⁴

Determinante ha sido para la situación financiera de los diferentes sistemas, regímenes y seguros, las modificaciones de las condiciones sociales, económicas, políticas y de salud de cada Estado. El dinamismo de los mercados, la oferta y demanda de trabajo que oscila en las polaridades de la excelencia profesional, adiestramiento especializado y experiencia y la manufactura.

La totalidad de los aspectos relacionados con la salud y la demografía son también fundamentales, el incremento en los años de vida de hombres y mujeres, contrasta con la altísima tasa de mortalidad infantil que por enfermedades infecciosas constituía una grave amenaza hace varias décadas. Por otro lado el surgimiento de nuevas y mortales enfermedades como el cáncer y el SIDA o las relacionadas con las condiciones de trabajo y vida que imperan en nuestros días, así como el incremento en el costo de los insumos para la salud han originado que los Estados y en especial sus Instituciones, busquen nuevas y mejores formas de obtención y optimización de sus recursos no sólo para su funcionamiento sino incluso para su existencia.

Los importantes rendimientos que en otros tiempos se obtenían a través de la inversión de los excedentes también han cambiado como consecuencia de la disminución de las tasas de interés y la fluctuante economía mundial.

Han tenido muchos países que limitar sus acciones tendentes a observar los principios básicos que esta disciplina les impone como la universalidad y tendrán que conformarse con el sueño de llegar algún día a amparar a la totalidad de su población contra los riesgos y contingencias que la vida en sociedad impone.

También la falta de recursos limita la universalidad, principio por el cual a través de las prestaciones en dinero y en especie, la seguridad social cubre la totalidad o la mayor cantidad de riesgos o infortunios sociales; puesto que

⁴⁴ *Ibidem.*, pp. 2, 3.

sus recursos son insuficientes, limitados para otorgarse de manera oportuna e incompletos.

En el desarrollo de sus sistemas de seguridad social, y en el empeño de ampliar los regímenes y seguros los países descuidan la unidad, principio por el cual, teóricamente se trata de lograr la unidad jurídica, económica y política de la seguridad social; por ello, se observa la dispersión de leyes e instituciones que multiplican los gastos con serios desniveles y desproporciones en los mismos, en la calidad de los servicios y prestaciones que se otorgan, tal parecería que en un mismo país es posible encontrar seguridad social de primera, se segunda, tercera, hasta llegar a la más ínfima categoría dentro de una misma nación.

Con la globalización, contrariamente a lo esperado, el principio de internacionalidad no se ha hecho realidad, (salvo tal vez los avances en la Unión Europea), pues las condiciones de protección y prestaciones deben garantizarse a los trabajadores en cualquier país, y esto aún no es posible ni siquiera en el propio territorio nacional, pues en el nuestro, por el simple hecho de cambiar de trabajo, se cambia de régimen y no son compatibles los sistemas, llegando al absurdo de perderse las aportaciones y derechos acumulados durante años, lo cual es un absurdo de trágicas consecuencias en los fondos de ahorro para el retiro, que no es posible acumular si se generan en regímenes distintos. Una situación que ha pasado por alto para los legisladores con las más nefastas consecuencias para los trabajadores.

Es de tal relevancia este tópico que son ya infinitos los estudios al respecto, se tiene en el orbe un buen número de ejemplos de éxitos aparentes que el tiempo derrumba y que también por su transcurso restablece, oscilando entre sistemas sociales y privados, evidenciándose un retroceso de lo social a lo individual como consecuencia de los desastres financieros a los que se ha visto enfrentada la seguridad social.

Baste decir que es al parecer el principio de la solidaridad el último recurso al que siempre se acude, disponiendo de los recursos aportados por la población activa para los que no participan en la vida económica, pero esto último no siempre de manera cierta, sino incluso aparente, pues al menos en

nuestro país, si bien un gran porcentaje de individuos no están incluidos de manera obligatoria en los regímenes de seguridad social, no toda esta población es inactiva económicamente; pensemos por ejemplo en la economía informal, en los trabajadores independientes, en los evasores, quienes como consecuencia de la educación y lo complicado de las normas administrativas y fiscales optan por colocarse al margen de la normatividad porque lo consideran más lucrativo, o peor aún no están considerados por la misma generándose un nefasto círculo vicioso en los que no solo ellos sino toda la nación se ve afectada.

En los sistemas de la seguridad social se abarca a los trabajadores del sector público y privado, sin embargo no todos contemplan la posibilidad del aseguramiento de trabajadores independientes, para estos últimos se establecen programas especiales que limitan la cobertura y las prestaciones que se ofrecen, no todos son obligatorios y solo algunos son incluyentes del grupo familiar.

En México por citar solo un ejemplo, el seguro obligatorio para los trabajadores domésticos ha sido sólo una buena intención, pues la reglamentación de este esquema parece postergada indefinidamente; a diferencia del ejemplo Español en Europa, que cuenta con una regulación obligatoria para la población que se dedica a esta actividad tan explotada en América.

El Régimen especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar que surge por decreto de 17 de marzo de 1959 en España consideraba prestaciones como: Pensión por vejez; Invalidez; Asistencia Sanitaria, Dote por Patrimonio y profesión religiosa; Ayuda Familiar; Auxilio por defunción y Prestaciones especiales. Hoy en día se ha incrementado con la cobertura de incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y prestaciones por hijo a cargo.

El financiamiento de éste régimen está a cargo básicamente del amo de casa o empleador y del empleado, con algunas salvedades en caso de que labore en más de un hogar y en consideración a la duración de la jornada.⁴⁵

⁴⁵ Véase. Luján Alcaraz, José. "El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar". Universidad Politécnica de Cartagena. Ed. Aranzadi. Navarra España, 2000.

Considero necesario mencionar el último esfuerzo de México, el Seguro Popular, cuyos Lineamientos para la afiliación operación, integración de padrón nacional de beneficiarios y determinación de la cuota familiar del Sistema de Protección Social en Salud publicado en el Diario oficial de la Federación el 15 de abril de 2005, con el que se intenta que al menos la salud, llegue a la mayor cantidad de nacionales que no cuentan con ningún tipo de protección y si se consideran la cifras citadas con anterioridad, estamos hablando de cerca de 40 millones de mexicanos, que si bien es precario en su cobertura de riesgos y beneficios, es al menos una opción más.

VI. CONCLUSIÓN

El Derecho de la Seguridad Social, así como los elementos y circunstancias que le dan origen y significado, y los derechos y obligaciones que tutela, nos refiere a un ente jurídico dinámico, mutable, sujeto a la modificación de las variables que en él inciden, por tanto concluir con propuestas o reflexiones quizá sería bordar en el instante y para el presente.

Ofrecer propuestas para mejorar las posibilidades o el statu quo de nuestra materia implicaría decidir en primer término a qué parte específica de la misma dirigimos nuestros esfuerzos, para, previo estudio y análisis minucioso estar en posibilidades de realizarlo.

Pero sobre todas las cosas no es dable para el ser humano olvidarse del futuro. Por ello, es mi deseo concluir este trabajo con las siguientes citas:

En todas épocas y ciudades se ha aspirado a una sociedad en la que se alcance la felicidad. La historia da testimonio de un panorama muy lejano a ese ideal. Una sociedad en la que todos, de acuerdo con su integridad personal y de modo estable vean satisfechas sus necesidades no existe, ni ha existido y, seguramente, no existirá. Pero es provechoso conservar el ideal accesible de mejorar permanentemente la situación que se vive y construir una sociedad que se esfuerce para que cada vez

sean menos los que sufran. Hacerlo estimula la creatividad que lleva a descubrir fórmulas adecuadas. Es así como surge la seguridad social.⁴⁶

Al proponeros la división de los ciudadanos en activos y pasivos, he pretendido excitar la prosperidad nacional por las dos más grandes palancas de la industria: el trabajo y el saber. Estimulando estos dos poderosos resortes de la sociedad, se alcanza lo más difícil entre los hombres: hacerlos honrados y felices.⁴⁷

BIBLIOGRAFÍA

- Arce Cano, Gustavo. "De los Seguros Sociales a la Seguridad Social". Ed. Porrúa. México, 1972.
- Báez Martínez, Roberto. "Derecho de la Seguridad Social". Ed. Trillas. México 1991.
- Báez Martínez, Roberto. "Lecciones de Seguridad Social". Ed. Pac. México 1994.
- Blasco Lahoz, José Francisco, López Gandía, Juan y otros. "Seguridad Social Práctica". Ed. Tirant lo blanch. 2ª ed. Valencia España 2001.
- Blasco Lahoz, José Francisco, López Gandía, Juan y otro. "Regímenes Especiales de la Seguridad Social" Ed. Tirant lo blanch. 4ª ed. Valencia España, 2002.
- Boix Reig, Javier y Mira Benavent, Javier. "Los Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social". Ed. Tirant lo blanch. Valencia España, 2000.
- Buen Lozano, Néstor de y otros. "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. Academia Iberoamericana del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997.
- Buen Lozano, Néstor de. "Seguridad Social". Ed. Porrúa. México, 1995.
- Carrillo Prieto, Ignacio. "Derecho de la Seguridad Social". Ed. UNAM y McGraw.Hill. México, 1997.
- Delgado Moya, Rubén. "Derecho a la Seguridad Social". Ed. Sista. México 1991.
- Elger de Benhumea, Ma. Luisa y otros. "La Seguridad Social en el Proceso de cambio Internacional". Ed. Instituto Mexicano del Seguro Social. México, 1980.
- Gala Durán, Carolina y Boltaina Bosh Xavier. "Materiales de Derecho de la Seguridad Social". Ed. Universidad Autónoma de Barcelona. España, 2000.

¹ Paganini, Mario O. Y otros. "La Seguridad Social y el Estado Moderno". Compilación de José Narro R. y Javier Moctezuma B. "El Estado Social de Derecho en México" Azuela Güitrón Mariano. Ed. Fondo de Cultura Económica, Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. México, 1992. p. 37.

² Bolívar S. *Op. cit.* fragmento.

- García Fernández, Manuel y otros. "Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. McGraw Hill. Madrid España, 1999.
- García Flores, Jacinto. "Fundamentos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México, 1998.
- Gutiérrez Arriola, Angelina. "México entro de las Reformas a los Sistemas de Salud y de Seguridad Social de América Latina". Ed. Universidad Autónoma de México y Siglo Veintiuno Editores. México, 2002.
- López Cárdenas, Próspero. "El Régimen de Seguridad Social de los Empleados Públicos en México". Ed. Universidad Autónoma Metropolitana. México, 1996.
- Luján Alcaraz, José. "El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar". Universidad Politécnica de Cartagena. Ed. Aranzadi. Navarra España, 2000.
- Macchi, Miguel Angel. "Sistema Penal Tributario y de la Seguridad Social". Ed. Ábaco. Argentina, 1999.
- Marabolf Vergara, Lucy y Carrasco Arellano, Marta. "El Seguro Social Obligatorio Contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales". Ed. Editorial Jurídica. Chile, 1970.
- Minando Sanz, Javier. "Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid España, 2000.
- Mompalmer Carrasco, Ma. Ángeles. "La Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social". Ed. Tirant lo blanch. 4ª ed. Valencia España, 2001.
- Montoya Melgar, Alfredo. "Curso de Seguridad Social" Ed. Universidad Complutense Madrid. 2ª ed. Madrid España, 2000.
- Moreno Padilla, Javier. "Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR". Ed. Themis. 2ª ed. México, 1994.
- Netter. Francis. "*La Sécurité Sociale et ses Principes*". Traducción Arteaga, Julio. Ed. Instituto Mexicano del Seguro Social. México, 1982.
- Paganini, Mario O. Y otros. "La Seguridad Social y el Estado Moderno". Ed. Fondo de Cultura Económica, Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. México, 1992.
- Patiño Camarena, E. Javier. "Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Ed. Oxford. México, 2000.
- Pumar Beltrán, Nuria. "La Igualdad ante la Ley en el Ámbito de la Seguridad Social". Ed. Aranzadi. Navarra, España, 2001.
- Ramos Alvarez, Oscar Gabriel. "Trabajo y Seguridad Social". Ed. Trillas. México, 1997.
- Rodríguez Ramos, María José y Pérez Borrego, Gregorio. "Procedimiento de Apremio en Materia de Seguridad Social". Ed. Laborum. España, 2001.
- Rodríguez Tovar, José Jesús. "Derecho Mexicano de la Seguridad Social". Ed. Escuela Libre de Derecho. México, 1989.

- Romera, Oscar Eduardo. "Régimen Penal Tributario y de la Seguridad Social". Ed. Ábaco. Argentina, 1997.
- Romero, Rodolfo. "Seguridad Social: Su Evolución Histórica". Universidad de los Trabajadores de América Latina, "Emilio Máspero". De 1883 al 2000.
- Rubio de Medina, María Dolores. "El Proceso sobre Seguridad Social". Ed. Bosch. España, 2001.
- Ruiz Moreno, Angel Guillermo. "Nuevo Derecho de la Seguridad Social", Ed. Porrúa. México, 1997.
- Sánchez León, Gregorio. "Derecho Mexicano de la Seguridad Social". Ed. Cárdenas. México, 1987.
- Valls Hernández, Sergio. "Seguridad Social y Derecho". Ed. Tax. México, 1999.

ESTUDIOS Y MONOGRAFÍAS DE LA CONFERENCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (CISS)
CON SEDE EN MÉXICO

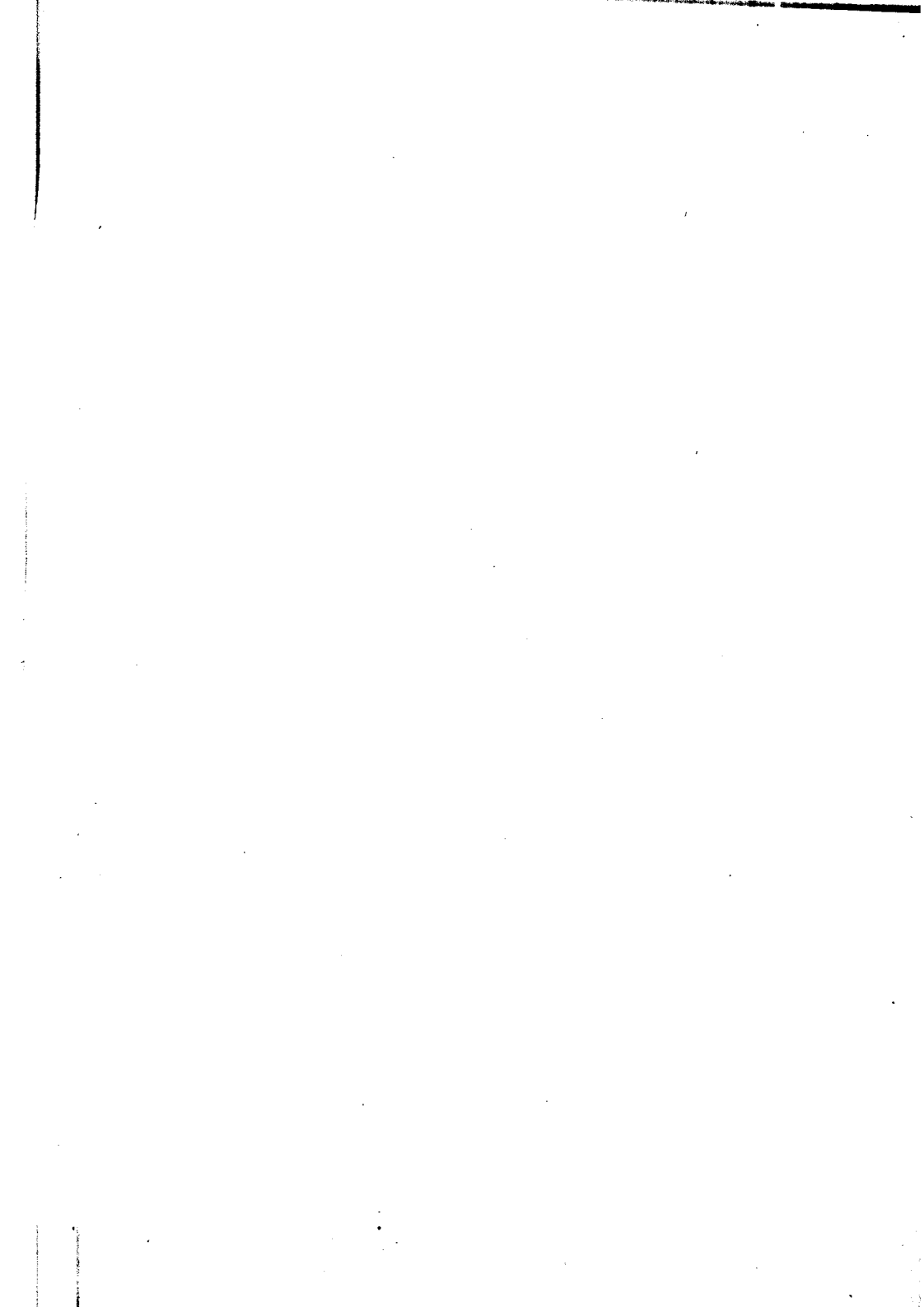
- Serie Estudios No. 8 "Historia de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social 1942-1994"
- Serie Estudios No. 14 "Evolución Actual de los Regímenes de Pensiones".
- Serie Monografías No. 8 "La Seguridad Social en Honduras".
- Serie Monografías No. 9 "La Seguridad Social en Canadá".
- Serie Monografías No. 10 "La Seguridad Social en Estados Unidos de América".
- Serie Monografías No. 11 "La Seguridad Social en Guatemala".
- Serie Monografías No. 12 "La Seguridad Social en Perú".

DISCURSO DE ANGOSTURA-ESCRITOS DE SIMÓN BOLÍVAR (1819)

CONVENIO OIT 102 (1952)

CARTA SOCIAL EUROPEA (1961)

- Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos (Y sus reformas) Secretaría de Gobernación. México, 2003.
- Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2005.
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
- Ley de Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.
- Ley del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.
- Ley del Seguro Social.
- Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2005.
- Diario Oficial de la Federación.



LAS VIOLACIONES PROCESALES EN EL PROYECTO DE LA NUEVA LEY DE AMPARO

Lic. José Luis Torres Lagunas*

I. LA GARANTÍA DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RESPECTO A LA PRONTA Y EXPEDITA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, FRENTE A LAS NORMAS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO LABORAL QUE SON DE ORDEN PÚBLICO Y DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Una de las garantías de seguridad jurídica que establece la Constitución Federal a favor de todo gobernado es la de administrarle justicia en los plazos y términos que fije la ley. Esta garantía individual de acuerdo con la opinión del maestro Ignacio Burgoa¹ se traduce en el impedimento legal que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar justicia. Señala dicho autor que la consecuencia de ello se traduce en la obligación de substanciar y resolver los juicios que ante ellas se ventilen, dentro de los plazos y términos consignados en las leyes procesales. Agrega que esa garantía es de naturaleza positiva al imponer a las autoridades judiciales el deber de despachar los negocios en forma expedita. Y, de negarse un juez a hacerlo, bajo cualquier pretexto, aún cuando sea el de oscuridad o silencio

* Magistrado Presidente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito.

¹ Burgoa, Ignacio. "*Las Garantías Individuales*". Décima Cuarta Edición, 1981. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. p. 622.

de la ley, constituye el delito de abuso de autoridad, estatuido en la fracción IV del artículo 215 del Código Penal Federal.

Dicha norma constitucional no sólo contiene la garantía citada de administrar justicia en los plazos y términos que establezca la ley procesal, pues además de ella contiene otras también importantes, como es la que dispone que “nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.” A su vez, establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, garantías que no se examinan en el presente estudio, ya que sólo interesa en el tema aquélla que impone al Estado administrar justicia dentro de los términos y plazos que dicta la ley.

El texto del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley fundamental, dice en su texto:

Artículo 17... Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...

Es relevante destacar esta garantía individual que impone a los órganos jurisdiccionales impartir justicia; pero esa administración no es al arbitrio de los jueces, sino respetando los plazos y términos estatuidos en los ordenamientos adjetivos. En el caso, de acuerdo con aquéllos que se impugnan en el título catorce de la Ley Federal del Trabajo, que corresponde a las normas procedimentales respectivas.

Al mismo tiempo, el artículo 17 Constitucional debe armonizarse en la práctica judicial con los numerales 1º, 2º y 5º de esa legislación laboral, que establecen que dicha Ley es de observancia general en toda la República, que sus normas tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social entre los trabajadores y patrones y, que sus disposiciones son de orden público, de acuerdo con el texto de dichos preceptos que dicen:

Artículo 1º. La presente ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado “A”, de la Constitución.

Artículo 2º. Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones. y,

Artículo 5º. Las disposiciones de esta Ley son de orden público...

El derecho a la justicia que la norma constitucional contempla no se produce íntegramente cuando su administración se retarda. Ese retraso ocurre en el juicio de amparo cuando el órgano jurisdiccional federal que conoce de él se encuentra en posibilidad jurídica de resolver el fondo del asunto, decidiendo el derecho que en la vía constitucional se haya controvertido, haciendo a un lado la existencia de una violación procedimental cuando ésta no trascienda al resultado del fallo, para lo cual es menester que se efectúe un estudio acucioso que permita deducir si esa infracción hecha valer por el quejoso o advertida de oficio se puede superar, cuando no obstante que la misma se llegue a reparar, el beneficiado no llegue a obtener una resolución final que le beneficie.

Entonces, el juzgador debe ajustar su estudio al texto de la norma suprema, que le impone impartir justicia de manera “*pronta*”, respetando los plazos y términos que en los casos hipotéticos en la ley del trabajo se precisan, para cada una de las actuaciones, trátase del emplazamiento al demandado, la recepción de las pruebas, la emisión del laudo, etc.

Héctor Fix Fierro², al comentar el artículo 17 Constitucional, estima que la garantía que contiene esa norma tiene una proyección de contenido social. Que el hecho de que se imponga que la justicia sea “*pronta*” es imperativo, sobre todo en el proceso penal, ya que de lo contrario no sería justicia, máxime que en tal materia se encuentran comprometidos, entre otros valores, el de la libertad de las personas, el rezago se produce por la lentitud en el fallo de los juicios, pero estima que ese rezago no sólo se puede aliviar con la creación de nuevos juzgados y tribunales, sino que también estima imprescindible

² Fix Fierro Héctor. “*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1999. Décimo Cuarta Edición. Tomo 1, p. 191.

simplificar y concentrar los procedimientos, a través de la oralidad y, organizando su funcionamiento con métodos modernos como el uso de la informática y la capacitación para los abogados que presten sus servicios en ellos, con el fin de lograr la calidad y la eficiencia en la administración de la justicia.

Cabe destacar que la modernización en el Poder Judicial de la Federación se ha producido desde la reforma de 1994. Con ella se ha dotado a los servidores públicos de un equipo de cómputo personal para la elaboración de sus sentencias, acuerdos, decretos, interlocutorias, carátulas de expedientes, formas para notificación, etcétera, etc.

Además de ello, esa modernización se ha producido con la capacitación no sólo de los abogados que ejercen sus actividades en los órganos del Poder Judicial de la Federación como son los titulares, sino también los secretarios, los actuarios, el personal administrativo, el personal de apoyo, los intendentes, etcétera. Esa capacitación se otorga no sólo en el ámbito de la actualización jurídica con la impartición de diplomados, por catedráticos de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Universidad Iberoamericana, entre otras. La actualización jurídica en los temas actuales de la administración de justicia se recibe incluso en el extranjero. La capacitación también se otorga en el estudio de temas inherentes a la Ética, Cultura y Valores en el Servicio del Poder Judicial de la Federación, Relaciones Humanas e Interacción Profesional, Calidad de Vida y Manejo de Estrés, Ambiente de Reconocimiento, Respeto y Motivación, Formación y Desarrollo de Equipos de Trabajo, Autodesarrollo, Estrategias de Negociación y Manejo de Conflictos y Desarrollo Organizacional en el Servicio Público, sino también en redacción jurídica, informática y, en general, con la cultura afín a la carrera judicial.

Por todo ello el quehacer jurisdiccional de los órganos de justicia federal no sólo ajusta sus actividades para cumplir con esa prontitud en la impartición de justicia que impone la norma constitucional, sino la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal que además han implementado mecanismos con ese fin, prueba palpable de ello se aprecia

con la publicación oportuna del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, el acceso al público de los discos de jurisprudencia actualizada, las publicaciones del Alto Tribunal de la Nación, los acuerdos del propio Consejo de la Judicatura Federal, entre las variadas actividades, en las que se destaca la capacitación que se imparte a través de los propios jueces y magistrados por el Instituto de la Judicatura Federal.

II. LAS VIOLACIONES PROCESALES EN EL PROYECTO DE LA NUEVA LEY DE AMPARO

El estado de derecho que se requiere en México impone contar con mejores leyes, a fin de garantizar la plena vigencia de la Constitución. Para cumplir con el mandato constitucional de impartir justicia se precisa reunir diversos factores como la excelencia profesional de los servidores públicos, honestidad invulnerable, y un espíritu de lealtad, con intuición del sentido de justicia, que permita una eficiencia en la resolución de los asuntos. Del proyecto de la nueva Ley de Amparo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha propuesto al Congreso de la Unión, se desprende la atención a aquella preocupación de la sociedad, de lograr una justicia expedita. Se deduce también de él que en ocasiones el amparo directo resulta un medio lento, propiciado por los “amparos para efectos”. El proyecto propone como medidas para evitar la dilación de los juicios: **a)** Crear el amparo adhesivo, que pretende precluya el derecho de los afectados por infracciones al procedimiento si no las hacen valer en ese amparo. **b)** Impone al quejoso la carga de invocar en el escrito inicial todas aquellas violaciones procesales cometidas en el procedimiento de origen que estime puedan violar sus derechos; (artículo 180); **c)** La obligación para el Tribunal Colegiado de Circuito de decidir sobre las violaciones procesales, incluso las que advierta en suplencia de la queja. **d)** Además, dispone que si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo ni el tribunal las apreció de oficio, no procede que sean materia de los conceptos de violación ni de estudio oficioso en un juicio de amparo posterior; (artículo 172); y, **e)** Impone a los tribunales

Colegiados la obligación de fijar de manera precisa y clara los efectos de sus sentencias, (artículo 75).

a) Exposición de motivos de ese proyecto por cuanto a las violaciones procesales

El objetivo del proyecto de la nueva Ley de Amparo, en el tema de las infracciones procesales, propone evitar dilaciones en el juicio de garantías, adoptando en su texto ciertas medidas que hagan más pronta y expedita la administración de justicia.

Entre ellas, cabe mencionar el surgimiento de la figura del juicio de amparo adhesivo en el amparo directo, con la finalidad de que tanto la parte que haya obtenido sentencia favorable y, la que tenga interés en que subsista el acto pueda promover amparo, con el objeto de fortalecer las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio, a fin de que subsista en el resolutivo el punto que haya sido favorable a sus intereses o para impugnar algún otro punto decisorio que le perjudique, haciendo valer las violaciones que se hayan cometido durante el procedimiento, pues en caso de que no las alegue precluirá su derecho.

Del mismo modo, el referido proyecto establece una diversa medida en la cual impone al quejoso y a quien promueva el amparo adhesivo, la carga de señalar en un primer amparo todas las violaciones procesales que se hubieren cometido en el transcurso del procedimiento de origen, así como la obligación de los tribunales colegiados de circuito de decidir sobre todas las violaciones procesales que señalen las partes en el juicio, o bien, se analicen las que adviertan en suplencia de la queja, pero sólo aquellas que se hicieron valer en un primer amparo pues en un segundo juicio de garantías no podrán ser materia de estudio.

b) Texto anterior y texto que propone el proyecto, tocante a las infracciones al procedimiento

En cuanto a las hipótesis relativas a la violación de las leyes del procedimiento que contempla la vigente Ley de Amparo, reguladas en once fracciones,

comprendidas en el artículo 159 para aquellos juicios seguidos ante los tribunales civiles, administrativos o del trabajo y, dieciséis supuestos en el numeral 160 para los juicios del orden penal, se observa que no existió variación alguna, pues las mismas quedaron reiteradas en los diversos artículos 170 y 171 del proyecto de la nueva ley de la materia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación efectuó un cambio sustancial en cuanto a la posibilidad de las partes de reclamar las violaciones al procedimiento que afecten sus defensas, pues si bien el texto del artículo 161 de la actual ley establece que dichas violaciones podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, sin que exista limitantes para alegarlas, no ocurre lo mismo ahora en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, pues en éste se establece que sólo podrán ser analizadas las infracciones procesales que se hagan valer en un primer amparo, ya sea que las partes en conflicto las aleguen, o en su caso el tribunal colegiado las advierta de oficio, pues de no ser así ya no podrán ser materia de concepto de violación ni de estudio oficioso en un nuevo amparo.

El texto del artículo 161 de la actual Ley de Amparo establece, en lo sustancial, lo siguiente:

Las violaciones a las leyes del procedimiento a que se refieren los dos artículos anteriores sólo podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio...

En cambio, el artículo 172 del proyecto de la nueva Ley de Amparo, señala lo que sigue:

En la demanda de amparo el quejoso deberá hacer valer todas las violaciones procesales que estime se cometieron; las que no se hagan valer se tendrán por consentidas. Asimismo, precisará la forma en que trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo. El tribunal colegiado de circuito de amparo, deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, en su caso, advierta en suplencia de la queja. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el tribunal colegiado correspondiente las hizo

valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación ni de estudio oficioso en juicio posterior.

El artículo 158 de la Ley de Amparo actual, dice:

Artículo 158. El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

El artículo 161 de la propia Ley de Amparo vigente alude:

Artículo 161. Las violaciones a las leyes del procedimiento a que se refieren los dos artículos anteriores sólo podrán reclamarse en la vía de amparo al promoverse la demanda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

En los juicios civiles, el agraviado se sujetará a las siguientes reglas:

I. Deberá impugnar la violación en el curso mismo del procedimiento mediante el recurso ordinario y dentro del término que la ley respectiva señale.

II. Si la ley no concede el recurso ordinario a que se refiere la fracción anterior o sí, concediéndolo, el recurso fuere desechado o declarado improcedente, deberá invocar la violación como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera.

Estos requisitos no serán exigibles en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, ni en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia.

Por su parte, los numerales 169 y 180 correlativos del proyecto de la nueva Ley de Amparo, dicen:

Artículo 169. Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio, mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el inculpado.

Artículo 180. La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente. La presentación y trámite de aquél se regirá, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal. Los conceptos de violación en el amparo adhesivo, podrán estar encaminados a fortalecer las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio, que determinaron el resolutivo favorable a sus intereses, o impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudica. Se deberán hacer valer todas las violaciones procesales que se hayan cometido, siempre que pudieran trascender al resultado del fallo y que respecto de ellas, el adherente hubiese agotado los medios ordinarios de defensa, a menos que se trate de menores, incapaces, ejidatarios, trabajadores, núcleos de población ejidal o comunal y en materia penal tratándose del inculpado. La falta de promoción del amparo adhesivo hará que precluya el derecho de quien obtuvo sentencia favorable para alegar posteriormente las violaciones que se hayan cometido en su contra. Con la demanda de amparo adhesivo se correrá traslado a la parte contraria para que exprese lo que a su interés convenga.

III. REFLEXIÓN Y PROPUESTA

De las diferencias que se observan entre la redacción del artículo 161 de la Ley de Amparo anterior y, el 172 del proyecto de la misma, se desprende que en una primera parte, el segundo de ellos, impone al quejoso la obligación jurídica de hacer valer todas las violaciones procesales que a su juicio se hayan cometido en el procedimiento. En esa primera parte del precepto se estipula como sanción para el caso de que no las haga valer, que se tengan por consentidas. Esta adición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación propone es congruente con el texto del artículo 17 de la Constitución Federal, que impone que la justicia sea pronta y expedita, supuesto que la prontitud y expeditéz en la misma no se puede producir cuando el órgano jurisdiccional federal que conoce de un asunto a través del juicio de amparo en una primera ocasión, otorga al quejoso la protección federal para que se reponga el procedimiento con la finalidad de que se le admita una prueba y, luego resulta que repuesto el procedimiento por la autoridad y pronunciada la sentencia o el laudo, ese propio quejoso, actor o demandado en el procedimiento ocurren a promover una nueva demanda de garantías, en la cual hacen valer como infracción procesal una diferente de aquélla por la cual se les concedió el amparo en la primera ocasión y, el órgano jurisdiccional federal al advertir ésta decide conceder otra vez el amparo para reponer el procedimiento con objeto de subsanar esta distinta violación.

Así las cosas, esta primera parte del artículo 172 del proyecto de la nueva Ley de Amparo, alivia ese vicio que produce un detrimento en la impartición de justicia, por la tardanza en la solución de los asuntos, que resulta para poder decidir finalmente un juicio. La sanción procesal que el nuevo proyecto propone es tener por consentidas aquellas infracciones procesales que no se hagan valer en contra de la primera sentencia o laudo; medida que también guarda congruencia con la norma constitucional citada, pues impone al representante legal del quejoso la obligación de ser cuidadoso al plantear la argumentación en su demanda de garantías, pero sin olvidar inconformarse contra todas las violaciones procesales que a su juicio se hayan cometido por

la autoridad responsable, so pena de tenerlas como consentidas de no alegarlas. En el numeral 172 de la Ley de Amparo que se comenta, cabe destacar que, con independencia de que el quejoso, cuando es el trabajador, no haga valer infracciones al procedimiento, por aplicación del artículo 76 *bis*, fracción IV, de la ley actual y 77 del nuevo proyecto de la Ley de Amparo, el tribunal colegiado de circuito, en los asuntos de su competencia, tiene la obligación de hacer el examen exhaustivo de las posibles infracciones que haya cometido la autoridad en el curso del procedimiento. Esta obligación legal la precisa el señalado proyecto en el numeral en comento.

En otro aspecto, el artículo 172 del proyecto impone al quejoso precisar en la argumentación las razones técnico jurídicas por las cuales se demuestre que la violación procesal trascendió al resultado del fallo y, le produjo perjuicio.

Esta nueva redacción es relevante porque de manera expresa la ley facilita al promover de amparo la forma en la cual debe exponer la argumentación, exigiéndole que en ella precise las razones de cómo le causó perjuicio la infracción procesal y, cómo trascendió al resultado de la sentencia o laudo.

En la parte final del artículo 172 del proyecto de la nueva Ley de Amparo, el texto adicionado alude al consentimiento de las violaciones procesales por no haberlas invocado en un primer amparo, reiterando la sanción de tener por precluido el derecho de hacerlas valer en otro nuevo juicio de garantías, precisamente por la omisión de plantearlas en el primero que se hizo valer. Al mismo tiempo, considera que si el tribunal colegiado de circuito, en los asuntos de su competencia, no ejerció su facultad de suplir la deficiencia de los conceptos de violación destacando la o las infracciones al procedimiento de manera oficiosa, ya no se podrán examinar en un amparo posterior. Esta adición resulta también benéfica para el sistema de administración de justicia, al evitar una sucesión indefinida de amparos relacionados con un mismo asunto, lo cual ahora produce un gasto considerable de recursos materiales, económicos y humanos, tanto a la justicia estatal como a la justicia federal.

Es loable la labor de nuestro máximo tribunal de justicia al establecer esas ideas en las reformas propuestas a la nueva Ley de Amparo, con el objeto de lograr una mayor economía, concentración y sencillez del juicio de garantías

para así evitar dilaciones procesales; sin embargo, dentro del capítulo que se analiza referente a la oportunidad en la cual se deben hacer valer las violaciones al procedimiento en un primer amparo, debe tomarse en consideración hasta dónde es prudente tener por consentida una violación al procedimiento en la que se vean afectadas las defensas del quejoso.

Efectivamente, dependiendo de la materia de la cual se trate, así como del tipo de violación que se alegue y, de la etapa procesal en la que se advierta la misma, no es posible legalmente deducir en un primer amparo todas las infracciones procesales que pudieran cometerse, pues algunas repercuten o trascienden en un amparo posterior y es hasta ese momento cuando pueden ser analizadas.

A manera de ejemplo tenemos la amplia gama de violaciones procesales que se observan en la materia laboral, las cuales, de acuerdo a la práctica jurídica, no pueden tomarse en consideración en un primer amparo. Algunos de esos casos son los siguientes:

- a) En un primer amparo el trabajador alega como infracción al procedimiento que la junta omitió admitir la prueba confesional que ofreció a cargo del director de la empresa donde laboraba y, el tribunal colegiado concede el amparo para reponer el procedimiento en cuanto a dicha violación procesal. Hasta aquí podríamos decir que se estaría en el supuesto que contempla la nueva Ley de Amparo y que al admitir la prueba confesional quedarían protegidos los intereses del quejoso. Sin embargo, dicha reforma no está tomando en consideración que una vez admitida la referida prueba, se pueden dar otras violaciones derivadas de la misma en el desahogo, que propicien que el promovente del primer amparo tenga la necesidad de interponer un segundo juicio, pero ya no por el desechamiento de la prueba sino por el indebido desahogo, lo cual es técnica y jurídicamente viable ante los dos supuestos que contempla el artículo 159 de la Ley de Amparo actual, en su fracción III, cuando alude a que se infringen las normas del procedimiento tanto por el

desechamiento de una prueba (primera hipótesis), como por el indebido desahogo (segunda hipótesis). El problema se suscita cuando en el amparo se ordena a la autoridad admita la prueba y la desahogue, pues en este caso puede ocurrir en la recepción de la misma otra nueva violación que permita al afectado promover otro nuevo juicio de garantías.

No sucede ese supuesto cuando desde el primer juicio de amparo la autoridad admitió la prueba y la desahogó, porque entonces aquí el quejoso afectado está en aptitud legal de alegar esa posible infracción, o el Tribunal Colegiado de Circuito apreciarla de oficio si es el trabajador quien pidió amparo.

Efectivamente, si en el interrogatorio libre que se lleva a cabo en el propio desahogo de la prueba confesional el absolvente contesta con evasivas a las posiciones formuladas, estará contraviniendo lo dispuesto por el artículo 790, fracción VII, de la Ley Federal del Trabajo y, ya sea que lo alegue el quejoso o sea el tribunal colegiado quien lo advierta de oficio deberá reponer el procedimiento para que se subsane dicha violación, a través de la orden que se dé a la autoridad responsable para que en el nuevo desahogo de la prueba aperciba al absolvente de que se abstenga de contestar con evasivas, so pena de tenerle por cierto el hecho materia de la posición.

En este supuesto, como se podrá observar, la segunda violación nació con motivo de la primera pero no podría ser impugnada en otro amparo dada la disposición que el proyecto propuesto establece, pues de no haberse mandado reponer el procedimiento para que se admitiera la prueba confesional, no hubiese surgido el supuesto de las evasivas en el interrogatorio libre, y esa posible violación no pudo haberse analizado en un primer amparo sino en uno posterior y, el no regularlo dejaría sin defensa al quejoso.

Lo mismo sucedería si tratándose de la propia prueba confesional una vez admitida no se le notificara a una de las partes de la fecha y hora en que se llevara a cabo la misma, o bien, en caso de que tuviera que mandarse desahogar a través de exhorto, la junta omitiera enviar el pliego de posiciones,

en cuyo supuesto se estaría en presencia de dos violaciones al procedimiento derivadas de la primera que fue la que se alegó en un primer amparo.

- b) Otro ejemplo sería aquél en el cual en un primer juicio de garantías el promovente alega que la junta omitió admitirle la prueba testimonial que ofreció en el juicio laboral. El tribunal colegiado concede el amparo para que la junta reponga el procedimiento y admita la prueba en cuestión. En un segundo amparo la misma parte que acudió al amparo señala como violación procesal que la responsable calificó incorrectamente diversas preguntas del interrogatorio; o en su caso, que no tomó en consideración la manifestación que hizo de encontrarse impedido para presentar a sus testigos y, a pesar de ello, la autoridad le declaró desierta la prueba, violando con ello lo dispuesto por el artículo 813, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, o bien, si hubiese alegado el quejoso que la junta omitió hacer el apercibimiento relativo que de no presentarse a declarar los testigos serían presentados por conducto de la policía de conformidad con el artículo 814 de la referida ley laboral.

Como puede observarse si la prueba testimonial se hubiese admitido era viable apreciar estas infracciones en el primer amparo; empero, como en la primera hipótesis la prueba se desechó, fue hasta que se ordenó el desahogo y, que en él se cometieron, cuando fue posible ocurrieran y pudieran ser valoradas.

- c) En el caso de la prueba pericial, si en un primer amparo el quejoso (parte trabajadora) se duele que el perito médico oficial asignado por la junta no contestó íntegramente a todo el cuestionario que aportó en el juicio para determinar las enfermedades que presentaba, no existiendo discrepancia entre su perito y el de la contraparte; el tribunal colegiado concede el amparo para que dicho perito conteste los cuestionamientos omitidos y, con motivo de ello, la junta estima

que al haber contradicción entre los dictámenes médicos en cuanto a un padecimiento que presentó el actor señala un perito tercero en discordia. Posteriormente, en un segundo amparo la parte trabajadora alega que dicho facultativo no rindió su protesta de ley antes de rendir su dictamen médico causándole perjuicio. Como se aprecia de este supuesto, la segunda violación procesal se dio con motivo de la primera, en la cual, por virtud de no rendir la protesta del cargo que desempeñaría el galeno, no tendrá valor alguno su opinión por adolecer de una formalidad esencial su dictamen técnico, pese al estudio hecho en cuanto a las enfermedades que haya determinado padecía el actor y, en consecuencia, la junta tendría que considerar solamente los peritajes médicos del trabajador y de la parte demandada. De ahí que la última violación procesal, por no existir en la vida jurídica, no podía legalmente analizarse en un primer amparo.

- d) Ahora bien, tratándose de la prueba de inspección, puede darse el caso de que el promovente del amparo se duela de que la prueba no se desahogó conforme a derecho. Si el órgano jurisdiccional federal concedió para que la responsable reponiendo el procedimiento desahogara la prueba en el lugar donde se hallaran los documentos materia de la misma y, con motivo de ese desahogo, se dan dos nuevas violaciones al procedimiento posteriores, éstas las tendría que alegar el quejoso en un segundo amparo, como podrían ser en el ejemplo, que no se le haya notificado personalmente de la fecha, hora y lugar de recepción, o bien, porque el actuario no haya levantado acta circunstanciada; en tales hipótesis que sólo podrían actualizarse al llevarse a cabo el desahogo y, que no podrían pasarse por alto por el tribunal colegiado al que toque analizar el asunto, impone se declaren fundadas, pues de no hacerlo, implicaría dejar en estado de indefensión al solicitante del amparo.

Así las cosas, de acuerdo con estos ejemplos, no parece técnicamente aceptable el criterio de que sólo aquellas violaciones al procedimiento que se aleguen o se adviertan en un primer amparo deban analizarse, sin tomar en consideración las que surgieran posteriormente, pues si bien es cierto que existen violaciones intrascendentes que retardan la solución del conflicto sin ninguna necesidad y no influyen en el nuevo laudo que dicte la junta, también es verdad que existen infracciones que se cometen durante la secuela del procedimiento que sí repercuten en el sentido del fallo y que se pueden dar con motivo de una reposición del procedimiento, siendo factible alegarlas en amparos posteriores, como ya se señaló en los ejemplos precedentes.

Máxime si el desahogo de una prueba es un acto futuro, que obedece al cumplimiento de una ejecutoria de amparo, en el cual se ignora si la autoridad en la recepción de la prueba cometerá otra infracción.

Este es un punto toral pues es evidente que el juzgador debe utilizar el sentido común y su facultad discrecional como criterio general para intuir hasta dónde podrían actualizarse las violaciones procesales en un primer amparo y, cuándo podrían darse y estudiarse en un segundo juicio de garantías, tomando en consideración las fases expositiva, demostrativa y conclusiva del procedimiento natural, ya que la omisión del análisis de las infracciones procesales en un segundo amparo de acuerdo con las reformas que propone el proyecto, podría trascender de manera clara e indubitable en el sentido del laudo y ocasionar un grave perjuicio al quejoso, quien asumiría ese perjuicio por no haberlas hecho valer.

Dichas reflexiones deben considerarse independientemente de quien sea la parte que solicite el amparo (actor o demandado) y, del mismo modo, no perder de vista la figura de la suplencia de la queja a favor de la parte débil (trabajador) que, sería limitativa para un primer amparo; tomando en consideración que si durante la secuela del procedimiento laboral se producen otras infracciones deban alegarse en el amparo adhesivo.

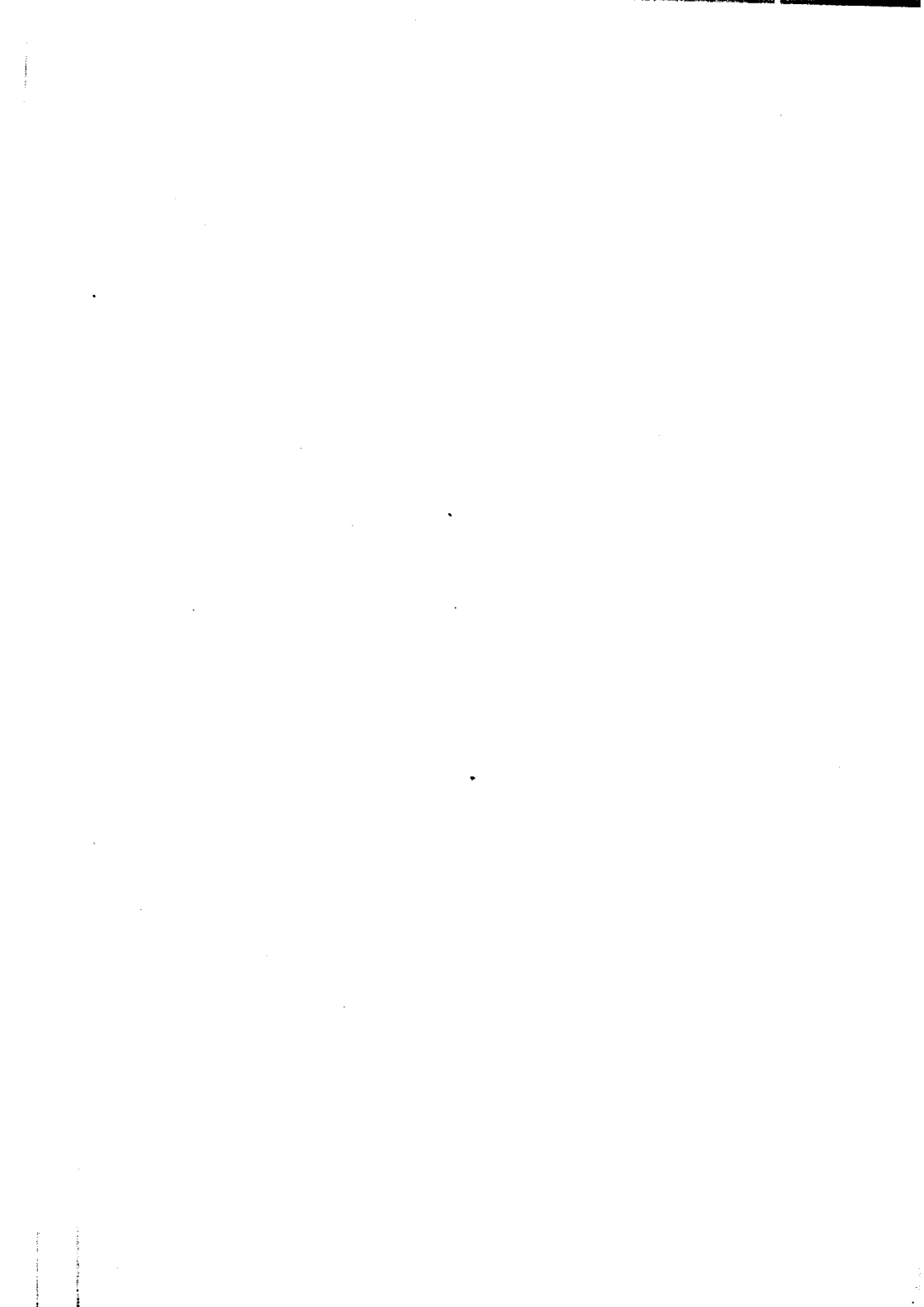
En resumen, el texto del numeral 172 del proyecto de la nueva Ley de Amparo es ambiguo en el tema, puesto que queda abierto a la interpretación sobre la posibilidad de que se controviertan violaciones procesales cometidas

al reponerse el procedimiento, en cumplimiento de una ejecutoria anterior, que no existían al impugnarse el fallo inicial en el primer juicio de garantías, pues de no permitirse el reclamo de las nuevas infracciones, se provocaría la indefensión del gobernado.

El texto de ese artículo podría ser revisado y adaptado, estableciendo que además de que precluye el derecho de impugnar las violaciones procesales cometidas en el dictado del primer fallo, considerando aquellos supuestos futuros que se pudieran producir en el desahogo de las pruebas, se autorice que sólo en caso de ocurrir una infracción en esa recepción, sí se podría promover un nuevo juicio de amparo. Esto resulta así porque es imposible exigir al quejoso que se duela de infracciones que al momento de presentar su primera demanda de garantías no se hayan actualizado, sino que se lleguen a generar con motivo de la reposición ordenada en una sentencia de amparo anterior. Hipótesis ésta en la cual, para abreviar la solución de los juicios naturales, la disminución de los juicios de amparo y, en general, para lograr una pronta y expedita administración de justicia, se sugiere que el texto del numeral 172 del proyecto de la Nueva Ley de Amparo se redacte con una adición que podría quedar así:

En la demanda de amparo el quejoso deberá hacer valer todas las violaciones procesales que estime se cometieron; las que no se hagan valer se tendrán por consentidas, **salvo que se trate de infracciones que no existían al reclamarse la primera sentencia o laudo**. Asimismo, precisará la forma en que trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo...

El texto en negrita sería el agregado en el precepto 172 de la nueva Ley de Amparo en comento.



CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN ESPAÑA

Prof. Dra. Dolores Carrillo Márquez
Prof. Dra. María José López Álvarez
Prof. Dra. María Pilar Martínez Díaz*

La cada vez más numerosa incorporación de la mujer al mercado laboral es la que hace que se empiece a hablar de la compatibilidad de la vida familiar y laboral ya que, mientras existía la división del trabajo por sexos en la que los varones se encargaban del ámbito laboral mientras que las mujeres estaban a cargo del ámbito familiar, no existían ni las dificultades ni las tareas de coordinación que son necesarias hoy día, excepto para un reducido número de familias.

En los países occidentales se ha incrementado de forma espectacular en las últimas décadas el número de mujeres que, además de sus responsabilidades familiares, tienen un trabajo remunerado y lo mantienen cuando se casan y cuando tienen hijos y con ello los hogares en que ambos cónyuges trabajan, dando lugar a las parejas de doble empleo o doble carrera. En España el proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral ha comenzado más tardíamente que en otros países de la Unión Europea (Alberdi, 1999) iniciándose en los años 60, aunque no se afianza hasta el crecimiento económico de la década de los 80, siendo en la actualidad el porcentaje de mujeres activas del

* Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

40%. Sin embargo, hay que señalar que la tasa de población activa de mujeres en España en 2003 es una de las más bajas de Europa (42,6%). Sólo nos situamos por encima de Italia y Grecia (37,3% y 37,8%, respectivamente) y a gran distancia de países como Dinamarca, Suecia, Reino Unido o Portugal que oscilan entre el 54% y el 60% (Instituto de la Mujer, 2005a).

Es decir, que en la sociedad española los cambios han sido más acelerados que en otros países de nuestro entorno, lo que podría explicar en parte las resistencias y dificultades que se encuentran. En una sociedad en la que durante más tiempo ha sido normal que las mujeres trabajen exclusivamente en la esfera doméstica y los varones en la pública, encontramos también otros factores que no se adaptan a las nuevas circunstancias con la misma rapidez y que dificultan y hacen más conflictiva la actividad profesional como, por ejemplo, la escasa participación de los varones en las tareas domésticas y de crianza, la poca disponibilidad de centros de educación infantil de calidad, la falta de adecuación de los horarios de los centros educativos a los horarios laborales. Todos estos factores que facilitan o dificultan el compatibilizar la vida familiar y laboral cambian más lentamente y, de hecho, España va por detrás de otros países europeos en lo que respecta a políticas que faciliten mantener el trabajo sin desatender las responsabilidades familiares. Esta falta de políticas de apoyo por parte del gobierno y por parte de las empresas puede estar relacionada con la baja tasa de natalidad española (Castles, 2003). Es paradójico que un país como España con una tradición cultural y unos valores muy centrados en la familia y baja participación femenina en mercado de trabajo presente una tasa de fertilidad tan baja (1,27 hijos por mujer en 2002). Según algunos autores esta caída en la tasa de fertilidad en los países del sur de Europa se puede explicar desde el cambio de preferencias vitales en las mujeres en las últimas décadas. La maternidad ha dejado de ser la meta prioritaria e incompatible con el trabajo y las mujeres quieren compatibilizar familia y trabajo. Esta generación de mujeres con niveles educativos más altos y que valoran mucho el trabajo remunerado están dispuestas a hacer ajustes en su fertilidad para lograr sus objetivos profesionales. Por eso en países como el nuestro en que aún se considera

culturalmente inadecuado el desempeño simultáneo de roles familiares y laborales¹ y en que las políticas sociales y de las empresas no facilitan esta compatibilización, las mujeres tienden a diferir la maternidad hasta que sus carreras profesionales están asentadas y a tener pocos hijos para que éstas no se vean muy alteradas (Alberdi, 1999, Esping-Andersen, 1999, Castles, 2003).

Si examinamos este hecho desde la perspectiva de la pareja, España es el país de la Unión Europea con menos parejas en las que trabajen los dos. Centrándonos en las parejas en que ambos tienen un trabajo remunerado, en el 42,2% de las parejas sin hijos trabajan el hombre y la mujer, frente al 43,7% de los que tienen hijos. Aunque el porcentaje es bajo en comparación con otros países europeos (En Portugal y el Reino Unido trabajan, respectivamente, el 73,5% y el 70,2% de las parejas con hijos) se observa también que el crecimiento ha sido muy rápido, experimentando un incremento de 12 puntos en los últimos ocho años (Eurostat, 2002).

Respecto al trabajo de los varones, España tiene tasas de actividad situadas en la media europea, el 66,26% en 2003 (Instituto de la Mujer, 2005), aunque han descendido gradualmente desde los años 80. Sin embargo, la tasa de ocupación apenas se ha modificado desde 1982 a 1992 (61,66 y 61,45 respectivamente) Es este periodo de tiempo, sin embargo, ha sufrido diferentes altibajos, siendo bastante afectada al inicio de la década de los 90. En las mujeres la tasa de ocupación ha experimentado un crecimiento sostenido desde los años 80 y ha pasado del 22,74% en 1982 al 35,46 en 1992.

Así pues la mayor parte de las modificaciones en la relación familia-trabajo en nuestro país están directamente asociadas con el aumento de la actividad femenina en los últimos 30 años. La incorporación de la mujer al mercado laboral ha experimentado un aumento notable en los últimos 25 años. Esta

¹ Un reciente trabajo de investigación del Instituto de la Mujer que encuestó a 4000 personas en edad laboral, un 45% considera que la mujer debe dejar su trabajo tras tener al primer hijo y un 63,9 % de varones y un 56, (% de mujeres considera que las dificultades para compaginar vida familiar y laboral deterioran la educación de sus hijos/as (Instituto de la Mujer, 2005c)

evolución no ha sido lineal. Durante los años 70 y hasta 1981 el mercado laboral femenino apenas experimentó cambios. Con la crisis económica de los 70 se perdieron gran cantidad de empleos femeninos y la mayor parte de las mujeres quedaron fuera del mercado de trabajo. Sin embargo, el aumento del nivel formativo junto con los cambios culturales acelerados por la transición política han ido modificando la pauta laboral de las mujeres hacia una mayor incorporación al mercado de trabajo y menor abandono por causa del matrimonio o del nacimiento de los hijos. A partir de 1982 ha ido aumentando la población activa femenina estabilizándose en una media de unas ciento cincuenta mil mujeres activas más por año (Instituto de la Mujer, 1997). En la recuperación económica que se inicia a mediados de la década de los ochenta, la mitad de los puestos de trabajo que se crearon fueron ocupados por mujeres. En estos nuevos grupos de mujeres que se incorporan al mercado laboral se observa un cambio claro respecto a épocas anteriores, ya que una vez presentes en el mercado laboral no lo abandonan. De hecho la crisis de los noventa, con la pérdida de empleo que acarrió no ha paralizado la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, como ocurrió en crisis precedentes. Se puede hablar de un proceso diferente en sus raíces: las mujeres ya no renuncian a trabajar cuando la situación económica es adversa porque ha habido una modificación en las actitudes y valores sociales ante el trabajo extradoméstico en la mujer y, especialmente en la mujer casada junto con un cambio en el nivel formativo, que llevan a incorporarse y mantenerse en el mercado de trabajo (Montoro et al 2000: p.42). Además el crecimiento en el empleo desde el año 1996 ha beneficiado especialmente a las mujeres, de forma que el empleo femenino se asemeja cada vez más al modelo de empleo masculino con una pauta que corresponde a la compatibilización simultánea de trabajo extradoméstico y responsabilidades familiares.

Teniendo en cuenta estos modelos vemos, que si es significativo el aumento de la actividad económica de las mujeres lo es más el cambio de pauta de empleo pues no es nuevo que la mujer entre en su juventud en el mercado laboral, lo que si es nuevo es que en un porcentaje creciente de casos no lo abandone cuando se casa y, particularmente cuando tiene hijos. Si hasta hace

unos años el modelo predominante de empleo femenino era el tradicional y el secuencial, cada vez más se da una pauta de compatibilización simultánea de maternidad y trabajo extradoméstico (Montoro, 2000, Tobío, 2002).

Entre los factores más relacionados con el desempeño de un trabajo remunerado por parte de las mujeres se pueden destacar los siguientes:

Edad. La pauta tradicional y secuencial (abandono del mercado laboral tras el matrimonio y, en mayor medida, tras el nacimiento del primer hijo o incorporación tras terminar la crianza de los hijos) es más acusada en las mujeres de mayor edad, mientras que entre las mujeres más jóvenes se da una pauta de compatibilización de maternidad y trabajo extradoméstico simultánea. (Montoro, 2000, Tobío, 2002). Es el grupo entre 24 y 44 años el que se ha incorporado de forma masiva al mercado laboral. En el año 2004 las tasas más altas de actividad se dan en este tramo de edad oscilando entre el 67,87 y el 80,50% (Instituto Mujer, 2005).

Estado civil. Las mujeres solteras tienen un nivel de incorporación al mercado laboral bastante parecido al de los varones y al de mujeres solteras de otros países de la UE, quienes no presentan tantas diferencias en función de su estado civil. Sin embargo, es la condición de mujer casada la que marca una profunda diferencia. Así, si hay una diferencia de 10 puntos en las tasas de actividad entre mujeres y varones solteros (el 59,78% frente al 70,47%) esta diferencia aumenta hasta 24 puntos entre mujeres y varones casados (44,59 de mujeres frente al 68,12% de varones en 2004).

Hay que tener en cuenta que las cifras generales de actividad laboral femenina en relación con el estado civil no dan cuenta de la diversidad de pautas laborales existentes entre las mujeres casadas ya que, como se ha señalado, las de mayor edad presentan una pauta tradicional de incorporación al mercado laboral, pero este patrón se modifica en mujeres casadas más jóvenes que mantienen de forma simultánea roles familiares y laborales. Además, hay que destacar que las tasas de actividad y ocupación más altas se dan entre mujeres separadas y divorciadas (el 73,04%).

Número de hijos. Si el hecho de estar casada o no tiene una gran influencia en la incorporación al mercado laboral, el segundo factor determinante es el

número de hijos. A medida que aumenta el número de hijos y por lo tanto la demanda de trabajo y tiempo que se sitúa fundamentalmente en la mujer, disminuye el número de mujeres activas laboralmente. Según un estudio de familias con al menos un hijo menor de 6 años (Instituto de la Mujer, 1990) el porcentaje de mujeres que tienen un trabajo remunerado es de 51%, 32,1% y 17% según tengan, respectivamente, uno, dos y tres o más hijos. Como se puede observar la familia se acomoda relativamente bien al nacimiento de un hijo en lo que a mantener el trabajo remunerado de la mujer se refiere. A partir del nacimiento del segundo hijo y, en particular cuando se tienen tres o más, las dificultades para armonizar exigencias laborales y familiares inciden en un descenso muy marcado de la proporción de mujeres activas laboralmente.

Nivel educativo. Son las mujeres con niveles educativos más altos las que tienen las tasas de actividad más altas. Las mujeres con estudios técnicos-profesionales de grado medio y superior o con estudios universitarios tienen tasas de actividad superiores al 75% y muy similares a las de los varones. Así hay que destacar el 84,56% de actividad laboral de las mujeres que tienen estudios universitarios de segundo ciclo (el 86,67% en el caso de los varones).

Con respecto al uso que se hace de los derechos contemplados en la legislación para compatibilizar la vida familiar y laboral, todas las medidas son solicitadas mayoritariamente por las mujeres. Así por ejemplo, en el año 2003 el permiso de maternidad/paternidad es tomado íntegramente por la mujer en la inmensa mayoría de los casos (del total de permisos del año un 98,46% los tomaron las madres), mientras que el número de padres que toman la baja de paternidad ha ascendido tímidamente del 0,07% en 2000 al 1,54% en 2003. También las excedencias por cuidado de hijos las toman las mujeres en su mayoría (96,38 %) y la reducción de jornada por motivos familiares (8,8% de mujeres y un 5,8% de varones). Por otro lado hay que señalar que el estudio anteriormente citado sobre conciliación de la vida familiar y laboral (Instituto de la Mujer, 2005c) pone de manifiesto que algunas de las personas que han hecho uso de las medidas legales de conciliación han sufrido posteriormente consecuencias negativas en sus centros de trabajo (un 5,9% de varones y un

11,2% de mujeres). Además son pocas las empresas que aplican en sus centros de trabajo medidas de conciliación de la vida familiar y laboral no recogidas en la legislación (como por ejemplo, guardería en el centro de trabajo, trabajo a tiempo parcial con posibilidad de retomar el tiempo completo, flexibilidad en la hora de comienzo y finalización de la jornada o distribución flexible de las horas a lo largo de la semana) a la vez que una gran mayoría de empresas (60%) plantean que esta compaginación no es fundamentalmente un problema suyo sino que debe solucionarse de forma privada (Instituto de la Mujer, 2005c).

Como indican estos datos, son más los núcleos familiares en los que ambos cónyuges trabajan sin abandonar el empleo con el nacimiento de los hijos y deben, por tanto compatibilizar roles familiares y laborales a lo largo de todo el ciclo vital. Estas parejas de doble empleo y sus hijos viven en una situación de necesidades y retos nuevos y complejos tanto para ellos como para los otros sistemas en que transcurre su actividad: el centro de trabajo, el colegio, la familia extensa y la red social más próxima. Para afrontar estas nuevas necesidades, en nuestro país se han desarrollado medidas legislativas y políticas sociales que se expondrán con más detalle a continuación.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

La necesidad de encontrar fórmulas que garanticen al trabajador la conciliación de sus intereses familiares y laborales constituye, hoy en día, una preocupación de primer orden para el legislador español que, con un cierto retraso con respecto a otros países de nuestro entorno, afronta los problemas derivados de la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral, el descenso demográfico y la diversa valoración social del trabajo y la familia. A este respecto, una de las principales carencias que se observan en nuestro sistema es la inexistencia de una política familiar consolidada en la que encajar adecuadamente las iniciativas que se adoptan desde los diferentes ámbitos afectados: laboral, asistencial, económico, educativo o cultural. Tradicionalmente, las dificultades que plantea la conciliación familia-trabajo se han venido considerando una

cuestión casi exclusivamente laboral, que debía ser resuelta en ese ámbito, pero lo cierto es que a la larga se ha puesto de manifiesto que las normas laborales resultan insuficientes para abarcar toda la complejidad del problema (por ejemplo, la flexibilidad horaria o la reducción de jornada necesitan de medidas complementarias como horarios escolares compatibles o una red de guarderías y servicios eficiente); e incluso, en ocasiones, estas previsiones laborales pueden resultar contraproducentes, al enfrentarse a los modelos culturales y sociales que todavía marcan la convivencia diaria de las familias españolas (de hecho, se ha comprobado que derechos laborales como la excedencia por cuidado de hijo terminan convirtiéndose en un factor más de discriminación de la mujer en el trabajo, dado que son éstas quienes solicitan los permisos en la mayor parte de las ocasiones).

En este marco, la Ley de Conciliación² constituye la previsión legal más ambiciosa de los últimos años y representa un avance importante en la protección laboral de la familia y en la superación de las carencias que se acaban de exponer. Por un lado, tratándose de una ley laboral, se pueden encontrar sin embargo otro tipo de medidas adicionales para facilitar la conciliación, como la creación de servicios de atención a personas dependientes (niños y ancianos) o el desarrollo de campañas de sensibilización para promover la igualdad de sexos y el reparto equilibrado de las cargas domésticas.³

Por otra parte, frente al modelo familiar clásico integrado por padres e hijos, la norma comienza a valorar otros intereses en juego, como la existencia de abuelos y parientes cercanos que precisan dedicación y cuidados o la aparición de nuevos modelos familiares con necesidades diversas: familias monoparentales, reconstituidas, etc... Y, en fin, puede decirse que, con la Ley de Conciliación, las responsabilidades familiares dejan definitivamente de

² Ley 39/99, 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

³ En esta misma línea, el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004) aprobado por el Gobierno ha coordinado muchas de las iniciativas aisladas en materia de protección familiar, desde reducciones fiscales hasta mejora de prestaciones sociales o servicios de atención domiciliaria para personas mayores.

configurarse como un elemento excepcional y puntual en la vida del trabajador, centrado en torno al nacimiento del hijo, y entran en una vía de “normalización” que asume que las obligaciones familiares tienen un carácter cuasi-permanente y que, en consecuencia, es imprescindible garantizar una protección adecuada para las mismas.

Hechas estas consideraciones previas, van a exponerse a continuación las medidas concretas que se recogen en el ordenamiento laboral vigente para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador, utilizando para ello un criterio “cronológico”, es decir, se analizará en primer lugar la protección que se reconoce para la entrada en el mercado de trabajo, seguidamente se enumerarán brevemente los derechos que se reconocen al trabajador durante la vigencia de su relación laboral, para terminar con una exposición más detallada de la protección que se prevé frente a la extinción anticipada del contrato, dado que ésta última constituye, además, una de las principales novedades de la Ley de Conciliación de 1999.

2.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN VINCULADAS CON EL ACCESO AL EMPLEO

Cuando se aborda la contratación de personas que soportan cargas familiares o que se reincorporan al mercado de trabajo tras un período de ausencia por este motivo, es claro que nos encontramos ante un problema que afecta fundamentalmente a las mujeres. Así, aunque es notable el avance que se ha producido en nuestro país en cuanto a la posición jurídica y social de la mujer en los últimos 40 años (piénsese que en ese momento la mujer debía solicitar autorización a su marido para suscribir un contrato de trabajo o podía ser forzada a extinguir su contrato si contraía matrimonio), resulta también innegable que quedan todavía obstáculos culturales por remover y que, debido a ello, siguen siendo mayoritariamente mujeres las que, aun en igualdad de condiciones con el hombre, renuncian a su carrera profesional o se apartan de ella a partir de cierto momento para dedicarse a las labores de crianza y educación de los hijos. Esta situación se agrava si se tiene en cuenta, además, la discriminación salarial que sufren las mujeres en muchos sectores (se calcula

que el salario medio de la mujer en España es el 86% del masculino), lo que convierte su trabajo en un mero complemento al del varón, que constituye el principal sostén de la familia (Sáez Lara, 2004). Todos estos factores condicionan inevitablemente, en muchas ocasiones, la entrada de la mujer en el mundo laboral, en la medida en que sitúan a ésta en una posición especialmente propensa a sufrir prácticas discriminatorias por parte del empleador. Y es que, pese a conocidas y en muchos casos denunciadas,⁴ estas actuaciones discriminatorias, cuando se producen en el momento previo a la contratación, son particularmente difíciles de eliminar, ya que entran dentro de la esfera de autonomía y discrecionalidad que corresponde al empresario. De esta forma, salvo una manifestación explícita y burda del empresario en tal sentido, va a ser extremadamente complicado probar que la exclusión del proceso de selección obedece a un móvil discriminatorio. Por ello, se ha propuesto que a través del convenio colectivo se establezcan mecanismos que permitan “filtrar” el contenido de los procesos de selección, evitando aquellos puntos que pueden resultar discriminatorios para la mujer y, en particular, para las embarazadas, si bien hay que reconocer que estas medidas no son todavía frecuentes, en parte debido probablemente a la composición mayoritariamente masculina de los órganos sindicales. En cambio, han resultado mucho más efectivas aquellas iniciativas dirigidas a hacer más atractiva la contratación de las mujeres, principalmente aquellas que consisten en bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social y ayudas económicas para el empresario (a nivel de Comunidades Autónomas pueden encontrarse varios ejemplos y así el País Vasco regula ayudas para la contratación de mujeres menores de 45 años y Andalucía concede 6.000 euros a las empresas que

⁴ La OIT ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones las conductas discriminatorias que afectan a las mujeres en la búsqueda de empleo, indicando por ejemplo aquellos cuestionarios que introducen contenidos relativos a la vida privada, exigen la prueba del uso de anticonceptivos o bien ofertan un contrato indefinido a cambio de una renuncia expresa a tener hijos en el futuro (vid. para España *Informe de la Comisión de expertos para la aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 1993, pág 370 y ss).

contraten trabajadores que abandonaron su trabajo para el cuidado de hijos menores de tres años).

2.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Es durante la vida del contrato donde, como es lógico, se concentran los derechos más importantes que el legislador concede para facilitar al trabajador el cumplimiento de sus obligaciones familiares. En los últimos años, el Gobierno ha activado medidas de distinta naturaleza para ayudar a los trabajadores con cargas familiares: una ayuda de 100 euros mensuales para todas las madres trabajadoras con hijos menores de tres años, ampliación de los servicios de guardería y centros de atención a ancianos, programas para la implantación de actividades extraescolares (bibliotecas, ludotecas, programas deportivos...). En cualquier caso, el elemento decisivo en este ámbito sigue siendo la implicación de las empresas en el desarrollo de planes de conciliación de la vida familiar y laboral, por lo que, especialmente a nivel autonómico, comienzan a otorgarse subvenciones a aquellas empresas que pongan en marcha programas con esta finalidad. En esta misma línea, existen algunos proyectos para la creación de un certificado de “empresa familiarmente responsable” que supondría un reconocimiento público de las empresas que prestan apoyo a la familia y que, por este motivo, podrían beneficiarse de ayudas económicas o gozar de ciertas prerrogativas (así se reconoce por ejemplo en la Ley 18/2003 de Cataluña de apoyo a las familias; en el ámbito estatal la Fundación + Familia tiene firmado un protocolo de intenciones con el Ministerio de Trabajo para avanzar en esta dirección).

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a detenernos a continuación en el marco legal que se diseña en el sistema español para la conciliación de intereses laborales y familiares, indicando los principales derechos que se ponen a disposición del trabajador.

- Suspensión del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo.

El art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) incluye entre los supuestos de suspensión del contrato de trabajo,⁵ el riesgo durante el embarazo de la trabajadora, la maternidad y la adopción de menores de seis años.

La suspensión por maternidad constituye uno de los mecanismos de protección más elementales y que gozan de mayor tradición en nuestro sistema. Con el paso del tiempo, sin embargo, su regulación ha experimentado importantes transformaciones, en la medida en que se ha ido apreciando la existencia de otros bienes jurídicos merecedores de protección. Así, si en un primer momento las previsiones legales se justifican exclusivamente en razones de política higiénico-sanitaria, en la necesidad de velar por la salud de la madre y del hijo recién nacido, este horizonte irá ampliándose paulatinamente para dar cabida a otros intereses: por un lado la protección de la familia en un sentido más amplio que llevará, por ejemplo, a la ampliación de la duración del permiso (hasta llegar a las dieciséis semanas que se reconocen en la actualidad)⁶ o a la creación de un subsidio que permita a la trabajadora abandonar su puesto sin perder su principal fuente de ingresos. Por otro lado, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 y la proclamación del principio de igualdad, la norma comienza a considerar la intervención del padre, permitiéndosele disfrutar de hasta 10 semanas de la licencia, de forma simultánea o sucesiva con la madre, pero siempre que ésta realice expresamente una cesión del permiso a su favor. En este sentido, y como ya se ha señalado con anterioridad, las estadísticas indican que el número de hombres que disfrutan de la licencia por maternidad continúa siendo, hoy en día, residual. Por ello, las normas autonómicas y, en ocasiones, los convenios colectivos introducen mecanismos complementarios para garantizar un

⁵ La suspensión del contrato implica que, durante la misma, no existe obligación de prestación de servicios ni de retribución por parte del empresario, si bien el trabajador conserva como regla general el derecho a reserva de su puesto de trabajo y, en consecuencia, la posibilidad de reincorporarse al mismo cuando finalice la situación suspensiva.

⁶ La duración del permiso se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

ejercicio más igualitario de este derecho, por ejemplo concediendo un permiso al padre en exclusiva como ocurre en otros países o reconociendo ayudas económicas a los padres varones que soliciten estos permisos.

Junto con la maternidad biológica, el legislador reconoce, a partir de la Ley 3/89, la adopción y el acogimiento como causas de suspensión del contrato de trabajo. No obstante, no es hasta la Ley de Conciliación 39/99 cuando se consigue una equiparación absoluta entre uno y otro supuesto, concediéndose, por tanto, un permiso de dieciséis semanas en los casos de adopción o acogimiento de un menor de seis años⁷; permiso que podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen.⁸ Sorprende en cierta medida (Núñez-Cortés Contreras, 2002) este tratamiento igualitario, teniendo en cuenta que las seis semanas de descanso obligatorio en la maternidad biológica tienen por objeto, en principio, la recuperación física de la madre frente al parto y que, indudablemente, se trata de una situación con connotaciones y necesidades diversas a la de la adopción y hubiera sido de desear, por ello, un tratamiento igualmente diferenciado.

Finalmente, y a raíz también de la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral, se contempla como causa de suspensión del contrato la de riesgo durante el embarazo. De esta forma, se permite la suspensión del contrato durante todo el embarazo en aquellos supuestos en que las condiciones de trabajo entrañan un riesgo grave para el feto o la embarazada, y siempre que no hubiera sido posible realizar adaptaciones en las condiciones de prestación de servicios o modificaciones en las funciones o el puesto de trabajo que minimicen el peligro potencial detectado (Piza Granados, 1999).

⁷ Se reconocen, igualmente, dieciséis semanas para la adopción o acogimiento de menores mayores de seis años cuando sean discapacitados o minusválidos o que, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción en la vida social y familiar.

⁸ El comienzo de la licencia, que deberá disfrutarse de forma ininterrumpida, se iniciará desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento o desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En lo que respecta a la prestación económica que se reconoce al trabajador durante estos períodos, debe señalarse que ésta se extiende tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia (autónomos). No obstante, junto con la suspensión del contrato, el sistema público de Seguridad Social exige para ser beneficiario de la prestación un requisito adicional, cual es acreditar un período de cotización mínimo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al inicio del período de descanso. La cuantía de la prestación económica por maternidad es del 100% de la base reguladora que viene a coincidir, sustancialmente, con la retribución del mes anterior a la baja. Pese a ello, existen topes legales para la cotización previstos en la Ley General de Seguridad Social, por lo que es frecuente que los convenios colectivos recojan en estos casos el compromiso del empresario de complementar la prestación para asegurar al trabajador la percepción de su salario íntegro durante este período. Por otra parte, el trabajador que disfruta del permiso y prestación por maternidad o de la prestación de riesgo durante el embarazo se encontrará durante toda la duración del permiso en situación asimilada al alta, manteniéndose además la obligación empresarial de cotizar, si bien el empresario contará con bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, tanto del trabajador de baja como del sustituto, beneficiándose del llamado coste cero en materia de cotización (Alonso García-Ruiz Navarro, 1999).

- Derechos para el cuidado prolongado de hijos y familiares: reducciones de jornada y excedencias.

El art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores contempla la posible reducción de la jornada del trabajador, con reducción proporcional del salario, por razones de guarda legal de un menor de seis años⁹ o el cuidado de un familiar directo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse solo por enfermedad o accidente. Se trata de un derecho individual del trabajador, si bien parece que el empresario podría limitar su ejercicio

⁹ Será de aplicación igualmente para los mayores de esa edad que presenten una minusvalía física o psíquica y no desempeñen actividad retribuida.

cuando dos trabajadores de la misma empresa pretendieran hacerlo valer simultáneamente en relación con un mismo sujeto causante. Por lo demás, la ley concede cierta flexibilidad en las condiciones de disfrute de este derecho, al establecer que la reducción podrá comprender entre un tercio y la mitad de la jornada y parece, igualmente, que corresponde en principio al trabajador fijar la franja horaria en que se va a concretar dicha reducción. En cualquier caso, la principal deficiencia que se achaca a esta figura es la inexistencia de subsidios o ayudas económicas que compensen al trabajador por la pérdida de salario, hasta el punto de que en muchas ocasiones esta dificultad se convierte en un obstáculo insalvable que impide a los trabajadores disfrutar de este derecho. Por ello, algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Andalucía) conceden complementos económicos para los trabajadores que soliciten la reducción de jornada, si bien en muchos casos condicionado al nivel de renta familiar; por su parte, la negociación colectiva parece que, igualmente, comienza a mostrarse sensible en los últimos años a este problema, pero el reconocimiento de ayudas no es ni muchos menos un supuesto extendido y son, todavía, muy escasos los trabajadores que pueden beneficiarse de las mismas.

En lo que respecta a la excedencia que recoge el art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, cada trabajador tendrá derecho a un período máximo de tres años para cuidado de hijos¹⁰ y a un año para el cuidado de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos.¹¹ El período de excedencia computa a efectos de antigüedad y, durante el primer año, el trabajador tiene derecho a reserva de puesto de

¹⁰ El plazo para solicitar la excedencia comienza a computar desde el nacimiento del hijo, por lo que necesariamente éste deberá ser menor de tres años. Por otra parte, cada excedencia solicitada por un nuevo hijo extingue la que, en su caso, se hubiera venido disfrutando con anterioridad.

¹¹ Aquí, al igual que ocurre con la reducción de jornada, la dificultad estriba en determinar hasta qué punto la enfermedad o situación del familiar justifican la solicitud de la excedencia, en la medida en que la terminología empleada por el legislador (incapacidad de valerse por sí mismos) puede resultar un tanto ambigua.

trabajo; a partir de ese momento, en el caso de la excedencia por cuidado de hijos, el derecho de reingreso se limita a un puesto en el mismo grupo profesional o categoría equivalente (Alarcón Castellanos, 1999). Pese a todo, al igual que ocurre con la reducción de jornada, la crítica más extendida es la inexistencia de algún soporte económico que permita a las familias hacer frente, durante estos periodos, a la pérdida de ingresos que conlleva la disminución de la actividad laboral y, en este sentido, existen ya algunas subvenciones a nivel autonómico que garantizan unos ingresos mínimos durante la excedencia (por ejemplo, el salario mínimo interprofesional en Castilla-León o 300 euros mensuales en Navarra).

- Permisos retribuidos por motivos familiares.

El art. 37 del Estatuto de los Trabajadores recoge una serie de licencias retribuidas para atender a acontecimientos especiales de carácter familiar que requieren una dedicación más intensa. Se trata de interrupciones de la prestación de servicios que exigen comunicación previa al empresario, en la que deberá igualmente probarse que concurren las circunstancias que generan derecho a la misma. Por lo demás, de los supuestos que se refieren en la norma legal (quince días por matrimonio, dos días por nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave de familiar, el tiempo necesario para la realización de exámenes prenatales...) reviste, quizá, especial interés la hora de lactancia por sus particularidades y por tratarse de uno de los derechos de esta naturaleza de mayor tradición, junto con la maternidad, en nuestro ordenamiento. Inicialmente, la hora de lactancia, esto es, la concesión de un permiso retribuido de una hora dentro de la jornada laboral diaria, fue concebida para facilitar la alimentación natural del hijo durante sus primeros meses de vida, por lo que se trataba de un derecho de titularidad exclusiva de la trabajadora que, por evidentes razones fisiológicas, únicamente ella podría ejercitar. Con el paso del tiempo, no obstante, la progresiva extensión de los métodos de lactancia artificial y las dificultades que entraña la reincorporación a la actividad profesional, hacen que la concesión de una hora diaria retribuida¹²

¹² La trabajadora podrá optar por fraccionar esta hora en dos periodos a disfrutar dentro de su jornada laboral, o bien reducir en media hora su jornada diaria.

durante los primeros nueve meses de vida del hijo se convierta, más bien, en una facilidad para satisfacer los cuidados que requiere un menor de tan corta edad, pero sin que exista ya una vinculación directa con el período de lactancia. Es por ello que resulta discutible que la titularidad del derecho siga correspondiendo a la mujer, de forma que el padre únicamente puede ejercer el mismo previa renuncia y cesión de la madre trabajadora (Gorelli Hernández, 1999).

La negociación colectiva, por su parte, suele dedicar una especial atención a estos permisos, bien para ampliar la duración prevista en la ley, bien para extenderlos a otros acontecimientos familiares como bodas, bautizos, matrimonio de padres o hermanos, etc... Igualmente, en los últimos años es frecuente encontrar previsiones en los convenios colectivos que conceden un determinado número de permisos anuales para acompañar a hijos o familiares cercanos a visitas médicas así como para el cuidado de hijos enfermos, lo que demuestra hasta qué punto estas obligaciones familiares repercuten en la prestación diaria del trabajador.

- Traslados por reagrupamiento familiar.

Ha de hacerse mención en este punto a la previsión recogida en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores en virtud de la cual, cuando dos cónyuges presten servicios en la misma empresa y uno de ellos sea trasladado con cambio de residencia, el otro tendrá derecho al traslado a la misma localidad, siempre que hubiere un puesto de trabajo disponible. Como puede comprobarse, la exigencia de que la prestación de servicios sea para la misma empresa limita considerablemente la eficacia práctica de esta cláusula sin que, por ahora, la negociación colectiva haya regulado con mayor amplitud estos supuestos. En el ámbito funcional, en cambio, sí están expresamente previstos los traslados y permutas, siendo las responsabilidades familiares uno de los factores que se toman en consideración para autorizar los mismos, así como, en sentido contrario, para que el interesado pueda eludir un traslado forzoso.

- Otras medidas: trabajo a tiempo parcial y teletrabajo.

A nivel legal, el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores regula el contrato de trabajo a tiempo parcial, pero no establece ninguna previsión específica para los trabajadores con cargas familiares y, de hecho, nos encontramos ante una alternativa poco utilizada en España, ya que las condiciones que establece la ley no terminan de resultar atractivas para empresarios ni para trabajadores. Cuentan, en cambio, con mayor demanda las fórmulas de teletrabajo así como las que contemplan la flexibilidad horaria en la distribución de la jornada de trabajo si bien, al no existir ninguna disposición legal acerca de las mismas, su aplicación queda condicionada a las previsiones que se incluyan en los convenios colectivos o a los pactos que puedan alcanzarse con el empresario.

PRINCIPALES DERECHOS LEGALES RECONOCIDOS AL TRABAJADOR PARA LA ATENCIÓN DE OBLIGACIONES FAMILIARES

	Causa	Duración	Reg. Jurídico	Observaciones
Permisos retribuidos Art. 37 ET	Matrimonio	15 días naturales	Previo aviso y justificación	
	Nacimiento Hijo	2 días 4 días con desplazamiento	Previo aviso y justificación	
	Fallecimiento Accidente Enfermedad (grave) Parientes	2 días 4 días con desplazamiento	Previo aviso y justificación	Hasta 2º grado consanguinidad o afinidad
	Lactancia hijo menor de 9 meses	1 hora diaria divisible en dos fracciones	Trabajador elige horario de disfrute	Titularidad mujer- posible cesión padre Posible sustitución reducción jornada ½ hora
	Exámenes prenatales Técnicas prep. parto	Tiempo indispensable	Preaviso y justificación	
	Nacimiento hijos prematuros/hospitalizados	1 hora diaria hasta el alta hospitalaria	Trabajador elige horario de disfrute	
Suspensión contrato	Riesgo durante embarazo 48.5 ET 26 LPRL	Periodo necesario para protección salud trabajadora y feto	Requiere: a) evacuación riesgos empresario b) que no sea posible adaptación condiciones trabajo o cambio de puesto	Reserva puesto de trabajo
	Maternidad Biológica 45 ET 48.4 ET	16 semanas + 2 semanas por cada hijo en partos múltiples	6 semanas descanso obligatorio madre 10 semanas restantes posible cesión padre	Posible disfrute a tiempo parcial Derecho a reserva de puesto de trabajo
	Maternidad Adopción menores de 6 años	Igual que la maternidad biológica	Titularidad compartida padres	Se reconoce para mayores de 6 años discapacitados o dificultades inserción social derecho a reserva de puestos

Reducción jornada	Cuidado menor		<ul style="list-style-type: none"> - 1/3-1/2 jornada ordinaria - Disminución proporcional salario - Trabajador elige horario de disfrute 	Menores de 6 años o minusválido físico-psíquico
Jornada 37 ET	Cuidado familiar		Idéntico reducción por cuidado menor	Familiar hasta 2º Consanguinidad afinidad a) por razón de edad, accidente, enfermedad b) que no pueda valerse por si mismo
	Nacimiento hijos prematuros/hospitalizados	Alta hospitalaria	<ul style="list-style-type: none"> - 2 horas/ día máximo - reducción salario - trabajador elige horario de disfrute 	
Excedencia Art. 46 ET	Cuidado hijo	3 años máximo desde nacimiento/adopción	<ul style="list-style-type: none"> - reserva puesto de trabajo 1 año - 2º y 3º año reserve puesto an la categoría profesional 	Familias numerosas: reserva puesto 18-18 meses
	Cuidado familiar	1 año máximo	<ul style="list-style-type: none"> Cómputo antigüedad Reserva puesto de trabajo 	Familiar hasta 2º consanguinidad/afinidad - por edad, accidente enfermedad discapacidad - no puede valerse por si mismo - no actividad retribuida

2.3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Las dificultades que se le plantean al trabajador para conciliar sus obligaciones laborales y familiares y la inevitable repercusión de éstas últimas en su trabajo diario convierten a estos trabajadores en elementos particularmente vulnerables frente a posibles actuaciones discriminatorias del empresario. En este sentido, la Ley de conciliación 39/99 configura un nuevo supuesto de nulidad del despido, tanto para el disciplinario como para el económico, que viene a ampliar sustancialmente la protección de los trabajadores con obligaciones familiares frente a las decisiones extintivas del empresario, limitada hasta ese momento a la vía del despido discriminatorio por razón de sexo en circunstancias conectadas directamente con el embarazo o la maternidad. Con las modificaciones previstas en la ley, la protección se extiende no sólo a las situaciones relacionadas con la maternidad, y por tanto con la mujer, sino que alcanza a buena parte de los derechos familiares que se reconocen al trabajador (riesgo durante el embarazo, maternidad, hora de lactancia, reducción de jornada, solicitud de excedencia por razones familiares...) lo que a priori representa de por sí una primera ventaja, por cuanto adopta un tono de neutralidad en la regulación de estos derechos que presupone y, a la vez, favorece, la corresponsabilidad en el reparto de las cargas familiares. Junto con ello, el establecimiento en estos supuestos de una presunción de nulidad constituye un refuerzo considerable para la estabilidad en el empleo de estos trabajadores. De esta forma, y dentro del período protegido, la presunción de nulidad del despido opera automáticamente y con independencia de la existencia de móvil discriminatorio, por lo que la única posibilidad de destruir dicha presunción es acreditar suficientemente la procedencia de la decisión extintiva, esto es, la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas para ello. A diferencia, pues, de lo que ocurre en el despido discriminatorio, toda la carga probatoria recae sobre el empresario, ya que al trabajador le bastará con demostrar que el despido coincide con alguno de los períodos protegidos para que entre en juego la presunción (Cruz Villalón, 1999). E, igualmente, el esfuerzo probatorio no debe circunscribirse únicamente

a la existencia o no de circunstancias que puedan implicar discriminación, sino que será preciso acreditar también la suficiencia de la causa que se esgrime para la extinción del contrato. Parece, por tanto, que en estos casos sólo cabe la calificación de nulidad o procedencia para el despido, excluyéndose, en cambio, la improcedencia, que podría conllevar la extinción indemnizada del contrato sin existir adecuación causal en la decisión empresarial y que se estima, en consecuencia, la alternativa menos deseable. A la vista de esta regulación, no es de extrañar que la inclusión de la nueva causa de nulidad se haya venido considerando como un auténtico blindaje para los contratos que se ven afectados por la misma, en la medida en que ofrece una protección cualificada y diferenciada con respecto al despido discriminatorio tradicional.

En suma, pues, la Ley de Conciliación, al otorgar un nivel máximo de protección frente al despido a la mayor parte de los derechos familiares que se reconocen al trabajador, configura una protección dirigida no tanto, o no sólo, a preservar la salud de la trabajadora o evitar la discriminación de los trabajadores por motivos familiares, sino principalmente a asegurar la permanencia real y efectiva en el puesto de trabajo en los períodos de disfrute de estos derechos, configurando una suerte de “inmunidad” frente a la extinción del contrato en estos momentos (Molina Navarrete, 2000). Por ello, y aun cuando como se ha señalado no llega a establecerse una prohibición absoluta de despido,¹³ lo cierto es que, salvo que se pruebe adecuadamente la existencia de una causa lícita para la ruptura del vínculo contractual, ésta no podrá materializarse ni siquiera acudiendo a la vía de la extinción indemnizada.

¹³ De hecho y si bien lógicamente con carácter excepcional, algunas decisiones jurisprudenciales vienen declarando la procedencia del despido, así por ejemplo la STSJ Cataluña 12 noviembre 2002 considera procedente el despido de una trabajadora embarazada que venía realizando trabajos para otras empresas durante su jornada laboral.

3. PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA

La protección social que el ordenamiento español dispensa a los trabajadores y sus familias es el fruto de la propia evolución de la protección social en España y que en relación con la familia, y en las últimas décadas, se caracteriza por su conciencia de la necesidad en la familia de una mayor y mejor protección, y por los intentos de dar respuesta a esas necesidades familiares. Esa respuesta consistirá, en un primer momento, en un incremento tímido e irregular en las cuantías de las prestaciones que desde los años setenta percibieran las familias. Más recientemente, al constatarse su insuficiencia, se apostará por la aprobación de nuevas medidas que tímidamente intentan solventar sólo algunas de las nuevas necesidades familiares, y ello fundamentalmente desde la Ley de Conciliación de la vida laboral y familiar de 1999 y la aprobación del Plan Integral de Apoyo a la Familia. No obstante, estas nuevas medidas, a día de hoy, no dan respuesta a las necesidades de los nuevos modelos de familia, al envejecimiento de la población y sus consecuencias en las cargas familiares y, sobre todo, a la incorporación de la mujer española al mercado de trabajo y la necesaria conciliación de la vida laboral y familiar.

En este conjunto heterogéneo de medidas, el sistema de Seguridad Social, constituiría un instrumento de extraordinario potencial para favorecer y facilitar la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares. Esto puede ocurrir al dispensar protección a los miembros del núcleo familiar, individual o colectivamente, o bien beneficiando al empresario cuyos trabajadores posean cargas familiares, normalmente en materia de cotización. Podemos sistematizar la protección que el actual ordenamiento español de la Seguridad Social concede a los ciudadanos en los siguientes grupos:

-La protección directa las cargas familiares mediante las llamadas "prestaciones familiares" que beneficiarán a las familias con menores y minusválidos a cargo o conceden o conceden ayudas por nacimiento de hijos y parto o adopción múltiple.

-Las prestaciones a trabajadores con cargas familiares que favorecen la creación y desenvolvimiento de las familias: el subsidio por maternidad y el

subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiple. A ellos ha de unirse la prestación no económica por excedencia para el cuidado de cada hijo, de menor acogido o de otros familiares.

-La protección que se otorga a los miembros de la unidad familiar como beneficiarios mediante las prestaciones de muerte y supervivencia: viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares; o la asistencia sanitaria.

-La protección que se otorga de forma individualizada pero que se ve graduada por la situación familiar, como ocurre en las prestaciones por viudedad, desempleo, incapacidad permanente o jubilación;

O bien, finalmente, por el otorgamiento de beneficios al empresario en relación sus trabajadores cuando se trata de sustituir a miembros de la unidad familiar o cuando contratar a trabajadoras con cargas familiares, especialmente si están desempleados.

Junto a las prestaciones de Seguridad Social es necesario referirse, en segundo término, a las medidas fiscales que intentan aliviar las cargas familiares, mediante deducciones en el Impuesto de la Renta de las personas físicas por tener hijos o familiares a cargo.

Finalmente, no hemos de olvidar los beneficios de las familias numerosas así como a la existencia de otras ayudas para el cuidado de menores y familiares, tanto formal como informal, ya sea domiciliario, en guarderías o en residencias, ámbito en el que las ayudas estatales centrales son escasas y en el que proliferan y se perfecciona las prestaciones que conceden las diferentes comunidades autónomas.

Esta aparente diversidad de prestaciones no debe llevarnos a pensar que la protección social a la familia en España es completa o suficiente o que existe un sistema integrado y sistemático de protección familiar, muy al contrario, nos hallamos ante prestaciones puntuales, no integradas y de escasa importancia cuantitativa y cualitativa, situándonos en los niveles más bajos de la Unión Europea en ayudas familiares (Consejo Económico y Social, 2004).

3.1. Protección familiar y Seguridad Social: la protección general a la familia: El otorgamiento de prestaciones de la Seguridad Social directamente destinadas a proteger la familia se realiza a través de las llamadas “prestaciones familiares”, y entre ellas: la prestación por hijo a cargo, la prestación por nacimiento de hijo a partir del segundo y la prestación por parto múltiple.

Esta protección posee un claro carácter asistencial íntimamente relacionado con el nivel de ingresos familiares, y que sólo goza de mayor entidad cuando se trata de una familia con un minusválido a cargo pero de cuantía ridícula si el hijo a cargo es simplemente menor de 18 años. Y ello pese al incremento de la preocupación generalizada por la familia que en los últimos años, además de incrementar la cuantía de estas prestaciones, más recientemente, a través de la Ley 52/2003, extiende la protección al cuidado de otros familiares a cargo, a través de la prestación en especie, no económica, por la que se reconoce como periodo de cotización efectiva el primer año de excedencia con reserva de puesto para el cuidado de hijo conforme al art. 46.3 TRET. Analicemos estas prestaciones.

3.1.1. La prestación económica por hijo a cargo: constituye un subsidio periódico por hijo a cargo para aquellos beneficiarios que no perciban ingresos superiores a los topes que cada año se establezcan y cuya cuantía será variable en función de la edad y el grado de minusvalía del hijo. El ámbito de protección de esta prestación se ha ido ampliando a los supuestos de adopción y acogimiento, preadoptivo y permanente.

El “hijo a cargo” que da derecho a la percepción del subsidio será, con independencia de su filiación, el que conviva con el beneficiario y a sus expensas y sea menor de 18 años de edad o bien, siendo mayor de edad, se vea afectado por una minusvalía igual o superior al 65%.

Para su concesión serán elementos determinantes, la edad, el grado de minusvalía y la convivencia y dependencia económica del beneficiario, dependencia que resulta incompatible con el trabajo del menor o minusválido que genere rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, o con

la percepción por el mismo de cualquier pensión contributiva distinta a la de orfandad o de cualquier prestación asistencial.

En cuanto a los beneficiarios, habrán de residir en territorio español y sus ingresos o los de la unidad familiar estarán limitados a una cuantía diferente en función de si existe o no minusvalía del hijo a cargo: cuando el hijo a cargo sea menor de 18 años y no minusválido no deberán percibir ingresos de cualquier naturaleza superiores, en la actualidad, a 8.793,03. Esta cuantía se actualizará anualmente por las sucesivas leyes de Presupuestos Generales y, asimismo, se verán incrementadas en un 15% por cada hijo a cargo, a partir del segundo y no superar, por supuesto, el mismo tope de ingresos anuales.

Si la asignación corresponde por hijo minusválido, basta con acreditar el grado de minusvalía requerido y no juega el límite de acumulación de ingresos para excluir la prestación, aunque sí influirá en la cuantía de la misma.

También serán beneficiarios, en atención a lo que hubiera correspondido a sus padres, los huérfanos absolutos, menores de 18 años o con minusvalía igual o superior al 65%, pensionistas o no de orfandad; y los hijos abandonados por sus padres, acogidos o no. Las cuantías de estas prestaciones serán las siguientes:

CUANTÍAS (EN EUROS) AÑO 2005	Mensual	Anual
Hijo o menor acogido menores de 18 años no minusválidos	24,25	291,00
Hijo menor acogido menores de 18 años y minusvalía igual o superior 33%	48,47	581,66
Hijo con 18 o más años y minusvalía igual o superior 65%	285,64	3.427,68
Hijo con 18 o más años y minusvalía igual o superior 75% y necesitado de ayuda de otra persona para realizar actos vitales...	428,46	5.141,52
Límite ingresos si el hijo o menor acogido es menor 18 años no minusválido		8.793,03

3.1.2. **Asignación económica por nacimiento de hijo:** Las familias que ya tengan dos o más hijos tendrán derecho, con motivo del nacimiento o adopción del tercero y siguientes, a una prestación económica del sistema de la Seguridad Social que consistirá en un pago único de 450,76 euros, por cada nuevo hijo. Para ser beneficiario de esta asignación económica de pago único el padre o madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca, ha de reunir los requisitos establecidos para ser beneficiario de las asignaciones económicas por hijo a cargo no minusválido que ya hemos señalado: residencia, límite de ingresos y no tener derecho a percibir otras prestaciones públicas por la misma causa.

En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de ingresos superare los límites señalados no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos.

3.1.3. **Asignación económica por parto múltiple:** Consiste en una prestación económica de pago único, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos y cuya cuantía será variable en función del número de hijos nacidos en el parto: 2 hijos, 4 veces el importe mensual del Salario Mínimo Interprofesional; 3 hijos, 8 veces; 4 y más hijos, 12 veces el Salario Mínimo Interprofesional. Para ser beneficiario habrán de reunirse los mismos requisitos que en la prestación anterior.

Estas tres prestaciones suelen mejorarse por las Comunidades autónomas que suelen incrementar su cuantía, reducir de tres a dos el número de hijos para obtener la asignación económica por nacimiento de hijo o bien prescindir del tope de rentas familiares.

3.1.4. Junto a estas prestaciones económicas, entre las prestaciones familiares, se encuentra una prestación no económica en virtud de la cual se tendrá por periodo de cotización efectiva el primer año de excedencia laboral para el cuidado de hijos del art. 46.3 TRET. Si el periodo que se disfruta es menor al año, será el tiempo efectivamente disfrutado el que se computará.

Este reconocimiento tendrá una serie de beneficios: durante todo el periodo de descanso se mantiene el derecho a la asistencia sanitaria y se podrá acceder a las demás prestaciones económicas de la Seguridad Social, computándose ese periodo ficticio de cotización para el cálculo de esas prestaciones.

No hemos de olvidar, además, que desde la regulación de Seguridad Social existen otros beneficios para este periodo de excedencia: los empresarios se beneficiarán de bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social en la contratación de trabajadores interinos para sustituir a los que están en excedencia.

3.2. La prestaciones por maternidad: constituye la sede de la conciliación: y, como ya se ha analizado en profundidad en la protección laboral, es la principal respuesta del ordenamiento de la Seguridad Social a la conciliación y reside en completar con una prestación económica los periodos de descanso de baja por maternidad en los supuestos de adopción, acogimiento y maternidad biológica y, en este último supuesto, para proteger la salud de la madre, la asistencia sanitaria y la prestación de riesgo durante el embarazo. Esta protección se incrementa cuando el parto o adopción son múltiples con el aumento de la cuantía de las prestaciones económicas y además, en determinados supuestos de maternidad el empresario podrá beneficiarse de descuentos en la cotización de sus trabajadores.

3.2.1. Subsidio especial por parto múltiple: En caso de parto adopción o acogimiento múltiples, los trabajadores que hayan accedido a la prestación por maternidad tendrán derecho a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, de igual importe que el que corresponda percibir por el primero, si bien su duración no alcanzará la totalidad del periodo de suspensión, sino únicamente seis semanas.

3.2.2. En cuanto a los beneficios para el empresario: cuando trabajador disfruta del permiso y prestación por maternidad o de la prestación de riesgo durante el embarazo se mantiene la obligación empresarial de cotizar si bien el empresario contará con bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, tanto del trabajador de baja como del sustituto, esto último si decidiera

contratar a un trabajador desempleado para ocupar temporalmente la vacante. Se beneficiaría en este caso del llamado coste cero en materia de cotización al ahorrarse las cotizaciones de ambos.

3.3. Las cargas familiares en otras prestaciones de la Seguridad Social

3.3.1. El incremento de la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social por cargas familiares: La existencia de cargas familiares puede afectar en otros aspectos a las prestaciones de la Seguridad Social, suponiendo un aumento de las siguientes prestaciones:

-La pensión de viudedad: podrá incrementar el porcentaje del 52 al 70% de la base reguladora correspondiente, siempre que durante todo el período de percepción de la pensión: el pensionista tenga cargas familiares la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos. Se entiende que existen cargas familiares cuando:

- Conviva con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos. A estos efectos, se considera que existe incapacidad cuando acredite una minusvalía igual o superior al 33 por ciento.
- Los rendimientos de la unidad familiar, incluido el propio pensionista dividido entre el número de miembros que la componen, no superen, en cómputo anual el setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.
- El subsidio por desempleo, que incrementará su cuantía en un 25% cuando el beneficiario tenga hijos a cargo.

-La pensión de incapacidad que se verá incrementada en un 50% cuando el inválido requiera la atención de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (desplazarse, comer, vestirse...). Este incremento puede verse sustituido por el internamiento del gran inválido en una institución asistencial de la Seguridad Social. Estos centros de internamiento, como pone

de manifiesto el CES (Consejo Económico y Social, 2004), se caracterizan por la carencia de plazas lo que pondrá de manifiesto una de las principales carencias de nuestro sistema de Seguridad Social en la atención de las familias cuando cuentan con inválidos a cargo, y no sólo en los supuestos de gran invalidez: es el llamado cuidado informal. Supone el que las familias habrán de compatibilizar con sus obligaciones laborales el contar con mayores incapacitados, ya sea por minusvalías, ya sea por edad, lo que sin duda dificulta la pretendida conciliación y que, pese a las garantías legales introducidas en la opción por los permisos para atenderlos, puede repercutir negativamente en el empleo, generalmente en el femenino, pues como ha ocurrido hasta ahora y aún se mantiene, serán las mujeres quienes principalmente solicitarán estas licencias.

3.3.3. Las pensiones mínimas y las cargas familiares: El sistema español de Seguridad Social posee en el principio de solidaridad uno de sus pilares básicos y algunas de las manifestaciones esenciales del mismo residen en la existencia de topes máximos y mínimos de las pensiones. En la aplicación de estos límites se tienen en cuenta las cargas familiares que van a suponer un incremento de las pensiones mínimas:

- de un 15% en las pensiones mínimas de jubilación o incapacidad permanente cuando el beneficiario cuente con cónyuge a cargo;

- de un 20% en la de viudedad cuando el viudo/a cuente con cargas familiares, entendiéndose por tales la convivencia con el beneficiario de hijos menores de 26 años o mayores incapacitados cuando la renta del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere en cómputo anual el 75% del salario mínimo.

3.4. Fiscalidad, trabajo y familia: La regulación fiscal en España contempla diversas ayudas, que no son excluyentes, a la hora de reducir la carga fiscal que soportan las familias con menores o mayores a cargo:

- Deducciones a familias con hijos: se aplicarán deducciones en el impuesto en función del número de hijos, que en los últimos años y con las sucesivas reformas fiscales han ido incrementando progresivamente su cuantía y cuyos importes, hoy en día, son siguientes:

- Por un hijo: 1.400 euros
- Por dos hijos: 2.900 euros
- Por tres hijos: 5.100 euros
- Por cuatro hijos: 7.400 euros
- Por cada hijo más se suman otros 2.300 euros de reducción.

-Madres trabajadoras con hijos menores de 3 años: El nuevo IRPF introduce una deducción de 1.200 euros por el cuidado de cada hijo menor de tres años, que se añade a la reducción general. Al hacer la declaración no es necesario justificar los gastos por el cuidado del niño. Las madres que trabajen fuera de casa podrán cobrarla anticipadamente, recibiendo una paga de 100 euros al mes por cada hijo menor de 3 años. La paga se puede solicitar por teléfono, Internet, en la Agencia Tributaria y en el Registro Civil, cuando se inscriba al recién nacido. No hay límite de renta, y también la pueden solicitar las madres que por sus ingresos no tienen la obligación de hacer la declaración de la renta. Sólo es necesario trabajar y estar dada de alta en la Seguridad Social.

Las Comunidades Autónomas, por su parte, contemplan deducciones por este concepto, acumulables a las del gobierno central, y suelen bien incrementar la cuantía, bien alargar el periodo de su percepción elevando, por ejemplo, de tres a cinco la edad del menor, o bien ampliando la deducción todas las madre, sin el requisito de la prestación de servicios.

.-Familias con personas mayores de 65 años: Se aumenta la deducción, que pasa de 600 a 800 euros. La regulación del impuesto sobre la renta también contempla una deducción adicional por asistencia (sin necesidad de justificante) a los mayores de 75 años o a los familiares con quienes conviven.

3.5. Familias numerosas y protección social: La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las Familias Numerosas establece para las familias que cuenten con tres o más hijos o minusválidos a cargo con una serie de beneficios que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar y que podemos resumir como sigue:

3.5.1. Bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social en la contratación de cuidadores: supondrá a una bonificación del 45 por 100 de las cuotas a la

Seguridad Social a cargo del empleador, siempre que se realice una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. Este beneficio sólo será aplicable en la contratación un sólo cuidador por cada familia numerosa

3.5.2. Los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores de familias numerosas, especialmente en las siguientes materias: derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo.

3.5.3. En caso de que la familia numerosa se aloje en una vivienda por razón del trabajo, se duplicarán los plazos señalados legalmente para desalojar la vivienda cuando quede extinguida la relación laboral.

Como hemos ido puntualmente señalando, estos beneficios reconocidos en la normativa estatal, tanto de Seguridad Social, como fiscal, como de familias numerosas, han sido objeto de ampliación y extensión por las distintas comunidades autónomas a las familias residentes en su comunidad y abarcan desde mejoras en las prestaciones por hijo a cargo, con o sin límite de ingresos familiares, pasando por complementos para nacimientos y adopciones múltiples, ayudas económicas directas por el simple nacimiento de hijo y que pueden prolongarse mensualmente hasta que el menor cumpla uno, tres o seis años.

Sin embargo, el ámbito en el que mayor protagonismo poseen los gobiernos territoriales, ante la ausencia de medidas estatales nacionales, es en las ayudas al cuidado de menores y familiares a cargo, tanto en la financiación de guarderías y/o cuidadores (ámbito en el que las previsiones estatales son inexistentes) o en la asistencia domiciliaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Castellanos, M. 1999, *Permisos, reducción de jornada y excedencias tras la Ley 39/1999*, "Aranzadi Social", tomo V, pp. 1143 y ss.
- Alonso García, B.-Ruiz Navarro, J.L. 1999, *Manual práctico de Seguridad Social*, Cívitas, Madrid, pp. 306.
- Barrios Baudor, G. 2001, *Prestaciones familiares por hijo a cargo*, Aranzadi, Navarra.
- Consejo Económico y Social 2004, *La protección Social de las mujeres*, Informe 4/2004, Madrid.
- Cruz Villalón, J. 1999, *El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*, "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales", núm. extraordinario, pp. 95.
- Gorelli Hernández, J. 1999, *La reciente Ley 39/99 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, "Relaciones Laborales", diciembre 1999, pp. 15.
- Molina Navarrete, C. 2000, *La Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral: puntos críticos (I)*, "La Ley", núm. 503, 2000, pp. 6.
- Núñez-Cortés Contreras, P. 2002 *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, pp. 123 y ss.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) 1993 *Informe de la Comisión de expertos para la aplicación en España de Convenios y Recomendaciones*, Ginebra, pp. 370 y ss.
- Panizo Robles, J. A. 2004, *La reforma de la Seguridad Social (Comentarios de urgencia a la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)*, "Relaciones Laborales", 19995, núm. 2.
- Piza Granados, J. 1999 *Maternidad y prevención de los riesgos laborales en la Ley 39/99*, "Aranzadi Social", tomo V, pp. 1178 y ss.
- Quintanilla Navarro, B. 1995, "La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995", en *Relaciones Laborales*, 1995, T. II.
- Sáez Lara, C. 2004 *Mujer y trabajo*, Fundación Alternativas, documento de trabajo, pp. 25.
- Sánchez Fernández, C. 1995, *Maternidad, paternidad: estudio de la regulación jurídico-laboral tras las reformas introducidas por la Ley 42/1994 y Ley 4/1995*, UGT-PV, Valencia.
- Villa Gil, L.E. de y López Cumbre, L. 1999, *Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental*, en "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales", núm. extraordinario.



LA UNIÓN EUROPEA Y SUS IMPORTANTES AVANCES EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

Dra. D^a Marta Gisbert Pomata*

I. INTRODUCCIÓN

La integración en el ámbito de justicia e interior no se contemplaba en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ⁽¹⁾. El artículo 3 del Tratado de Roma contenía, simplemente, una referencia a las medidas relativas a la entrada y circulación de personas entre las finalidades proclamadas de la Comunidad.

No obstante, con el devenir del tiempo, se ha puesto de manifiesto que la libertad de circulación implica una misma seguridad y un mismo acceso a

* Profesora Propia Adjunta de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

¹ El 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma dos tratados que daban existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM). La Unión Europea (UE) es una familia de países europeos democráticos, que se han comprometido a trabajar juntos en aras de la paz y la prosperidad. No se trata de un Estado destinado a sustituir a los actuales Estados, pero es más que cualquier otra organización internacional. En realidad, la UE es única. Sus Estados miembros han creado instituciones comunes en las que delegan parte de su soberanía, con el fin de que se puedan tomar democráticamente decisiones sobre asuntos específicos de interés común, a escala europea. Esta unión de soberanías también se denomina "integración europea".

la justicia para todos en todo el territorio de la Unión Europea. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia se ha impuesto al cabo de los años a través de sucesivas modificaciones de los Tratados, introducidas por el Acta Única Europea ⁽²⁾, el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) ⁽³⁾, el Tratado de Ámsterdam ⁽⁴⁾, el Tratado de Niza ⁽⁵⁾ y, finalmente, en la llamada “Constitución Europea” ⁽⁶⁾.

² El Acta Única Europea, aprobada en 1986 y en vigor desde el 1 de enero de 1987, supuso la primera modificación de los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, es decir, el Tratado de París de 1951 creando la CECA, y los Tratados de Roma instituyendo la CEE y el EURATOM.

³ Tras casi tres años de debates, el Consejo Europeo celebrado en Maastricht el 9-10 de diciembre de 1991, aprobaba el Tratado de la Unión Europea, popularmente conocido como “Tratado de Maastricht”. El Tratado fue firmado y entró en vigor el 7 de febrero de 1992. El Tratado de Maastricht consagra oficialmente el nombre de “Unión Europea” que en adelante sustituirá al de Comunidad Europea. Constituye una piedra angular en el proceso de integración europeo, pues, al modificar y completar al Tratado de París de 1951 que creó la CECA, los Tratados de Roma de 1957 que instituyeron la CEE y el EURATOM, y el Acta Única Europea de 1986, por primera vez se sobrepasaba el objetivo económico inicial de la Comunidad (construir un mercado común) y se le daba una vocación de unidad política.

⁴ El Tratado de Amsterdam fue aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros, según sus propias normas constitucionales.

⁵ El Tratado de Niza, acordado en el plano político en el Consejo Europeo de Niza el 11 de diciembre de 2000 por los Jefes de Estado o de Gobierno y firmado el 26 de febrero de 2001, constituye el resultado de once meses de negociaciones llevadas a cabo en la Conferencia Intergubernamental (CIG) iniciada en febrero de 2000. Entró en vigor el 1 de febrero de 2003 tras la ratificación por los quince Estados miembros de la Unión Europea (UE), de acuerdo con sus normas constitucionales respectivas.

⁶ El 29 de octubre de 2004, los Jefes de Estado o de Gobierno de los 25 Estados miembros y los 3 países candidatos firmaron el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, y lo adoptaron por unanimidad el 18 de junio de ese mismo año. Este Tratado sólo puede entrar en vigor una vez adoptado por cada uno de los países signatarios con arreglo a sus respectivos procedimientos Constitucionales, la

La libre circulación de las personas plantea a los Estados miembros problemas de seguridad derivados de la supresión de los controles en las fronteras (?). Para compensar esta pérdida de control se requieren medidas

denominada ratificación por los Estados miembros. Por ahora, sólo España lo ha ratificado por referéndum, el próximo será Francia.

⁷ Una de las iniciativas más importantes para facilitar los desplazamientos de los ciudadanos en la Unión Europea tiene su origen en un acuerdo intergubernamental firmado entre Alemania, Francia y los países del Benelux en la pequeña ciudad fronteriza luxemburguesa de Schengen en 1985, por el que dichos países acordaron suprimir los controles sobre las personas, con independencia de la nacionalidad, en sus fronteras comunes, armonizar los controles en sus fronteras con países no pertenecientes a la UE e introducir una política común de visados.

De este modo se creó un espacio sin fronteras interiores, el espacio Schengen, en cuyas fronteras exteriores los ciudadanos de la UE solo están obligados a presentar su documento de identidad o pasaporte.

Hoy en día, el acervo de Schengen, es decir el Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de aplicación de 1990 y todo su Derecho derivado, se ha integrado plenamente en los Tratados de la UE. El espacio Schengen se ha ido progresivamente ampliando. Desde marzo de 2001, 13 países de la UE (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia y Suecia), así como Islandia y Noruega, aplican íntegramente las disposiciones de Schengen.

En este contexto se ha creado el Sistema de Información de Schengen (SIS), que es una base de datos compleja, mediante la que fuerzas del orden y autoridades judiciales pueden intercambiar datos a efectos de investigar sobre personas o bienes, por ejemplo, personas buscadas para su arresto o extradición o vehículos u obras de arte robados. Consta de un parte nacional en cada una de las partes y de una unidad de apoyo técnico. Las categorías de datos:

- Personas buscadas para su detención a efectos de extradición.
- Extranjeros incluidos en la lista de no admisibles
- Datos relativos a personas desaparecidas o que deban ser objeto de protección
- Datos relativos a testigos y personas citadas para comparecer ante las autoridades judiciales
- Datos relativos a personas o vehículos a efectos de vigilancia discreta o de control específico
- Datos relativos a objetos buscados con vistas a su incautación, o como pruebas en un procedimiento penal

de seguridad que hagan hincapié en la defensa común de las fronteras exteriores y la cooperación policial y judicial en la lucha contra la delincuencia que, ahora, puede moverse por todo el territorio de la Unión.

Los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia están estrechamente ligados. La libertad pierde gran parte de su sentido si no es posible disfrutarla en un entorno seguro basado en un sistema judicial en el que todos los ciudadanos y residentes de la Unión puedan confiar.

No es esta una circunstancia que afecte sólo a los países europeos, de todos es sabido que la movilidad internacional del *modus operandi* de la criminalidad contemporánea genera frecuentes problemas de ubicuidad a la actividad funcional y operativa de las autoridades judiciales encargadas de su persecución y sanción penal. Esas dificultades adquieren especial relevancia procesal en lo que concierne a la obtención y aseguramiento de evidencias o a la aplicación de medidas coercitivas personales o reales. En efecto, a menudo se detecta en la investigación o juzgamiento de los delitos, que las fuentes, medios y órganos de prueba que son necesarios para los fines del proceso se encuentran físicamente en otro país, donde el órgano jurisdiccional no tiene jurisdicción ni competencia.

De allí, pues, que un aspecto importante del derecho penal internacional, se relaciona con la asistencia judicial mutua que se brindan los Estados para enfrentar, justamente, aquellas limitaciones espaciales que afectan los objetivos de la actividad procesal.

Ahora bien, debemos aclarar, como punto de partida necesario para entender el ámbito en que se mueve el tema objeto de este trabajo que, hasta el año 1993 con el Tratado de Roma existía una estructura única en la Comunidad Europea. Con el Tratado de Maastricht ya no hay una estructura única, hay lo que se califica como un templo griego, con tres pilares. El primer pilar es relativo al Mercado Común, con todos los textos del Tratado de Roma; el segundo es la cooperación en materia de asuntos exteriores y defensa; y el tercero es la cooperación en materia de justicia e interior. Juntos, estos tres pilares forman la estructura de la Unión, con conceptos comunes. En el Mercado Común, es la comisión europea la que toma la iniciativa para elaborar

reglamentos y directivas y el Consejo de Ministros las aprueba. En el tercer pilar no es así. En muchas materias, especialmente en materias de cooperación penal, son únicamente los Estados Miembros los que pueden tomar iniciativas. Significa que hay una gran diferencia con el derecho comunitario. Además, en el tercer pilar, la competencia de la Corte de Justicia es facultativa. No es obligatoria como en el derecho comunitario.

Por tanto, hay un ámbito que sigue siendo exclusivamente intergubernamental en el seno de la Unión Europea: el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal ⁽⁸⁾.

II. COOPERACIÓN EN MATERIA JUDICIAL PENAL

El Derecho Penal siempre ha sido considerado por una gran mayoría de la doctrina, como una de las expresiones más auténticas del ejercicio de actos de soberanía. Ello llevó a que su inclusión en el Tratado de Ámsterdam se hiciera manteniéndolo en el ámbito intergubernamental ⁽⁹⁾. Es decir, las cuestiones relacionadas con el Derecho Penal se discutirían en el ámbito del

⁸ Si bien como expone DÍAZ BARRADO, en su trabajo “Cooperación policial y cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea. Nuevas perspectivas”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 218, año 2003, págs. 35-47: “...se han apreciado y se aprecian avances en este ámbito a través de la adopción de instrumentos de desarrollo del Título IV que, de una manera u otra, inducen a pensar que la cooperación policial y judicial en materia penal se aleja cada vez más de la cooperación estrictamente intergubernamental y que los Estados miembros están mostrando una voluntad política decidida de que, por lo menos algunas de las materias afectadas, penetren en el ámbito estrictamente comunitario”. Especialmente aquéllas que precisan de instrumentos y mecanismos que han de buscarse necesariamente en el seno del proceso de integración, por ejemplo, el caso de la lucha, prevención y control de la delincuencia organizada que se lleva a cabo en el seno de la Unión Europea.

⁹ Sobre el Derecho Penal Comunitario, v. BLANCO CORDERO, Isidoro, “El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 06-05 (2004), <http://criminet.ugr.es/recpc>.

Consejo de la Unión Europea y su aprobación exigiría el voto favorable de todos los Estados miembros por unanimidad y a que esta cooperación policial y judicial en materia penal se centrara, casi exclusivamente, en las formas más graves de delincuencia ⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, en el deseo de lograr un espacio judicial común está el hecho de que en la actualidad existen más de 20 sistemas judiciales diferentes compartimentados por las fronteras nacionales. Las personas que residen en un Estado miembro del que no son nacionales pueden verse enfrentados a problemas familiares o profesionales que han de dirimirse por sistemas judiciales con los que no están familiarizados, lo que les dificulta la vida de cada día. Si se pretende que los ciudadanos que viven en la Unión compartan un mismo sentido de la justicia, los sistemas jurídicos han de facilitar la vida de los ciudadanos ⁽¹¹⁾.

¹⁰ Es de señalar que la asistencia mutua a la cual nos referimos, tiene siempre una operatividad supletoria. Ella sólo funciona en la medida en que resulte útil a uno de los países cooperantes, para perseguir y reprimir la comisión de un hecho delictivo que está considerado dentro de los marcos de aplicación de los convenios de cooperación suscritos. Lo cual, por lo general depende de varios indicadores como la gravedad del delito, las dimensiones del daño por él ocasionado, o la jerarquía de los bienes jurídicos que han sido afectados. Es así que resulta frecuente que la cooperación judicial en materia penal no sea empleada para los casos de formas delictivas de escasa gravedad. Sin embargo, la asistencia mutua penal no está subordinada a la naturaleza específica del hecho punible que la motiva. Ella, por tanto, puede ser utilizada contra formas de criminalidad convencional o no convencional; contra delitos que afecten bienes jurídicos individuales o colectivos; y tanto para infracciones de alcance nacional, como también para supuestos referidos a delitos internacionales o de carácter transnacional. La efectividad, pues, de los procedimientos de asistencia se proyecta contra la impunidad tanto de delitos comunes como el robo o el homicidio, así como delitos de lesa humanidad de la magnitud de genocidio, la trata de blancas o el tráfico ilícito de drogas.

¹¹ Se han creado programas de la UE para reunir a los profesionales del Derecho de los distintos Estados miembros. El programa *Grotius*, por ejemplo, ha contribuido a que abogados y jueces se familiaricen con los sistemas judiciales de los restantes Estados miembros de la UE. El programa *Falcone* ha servido para desarrollar contactos entre jueces, fiscales, funcionarios de policía y aduaneros en el conjunto de la Unión Europea.

Ahora bien, la naturaleza transfronteriza de la delincuencia exige la implantación progresiva de una política penal común de la Unión puesto que la cooperación judicial puede verse obstaculizada por las diferentes tipificaciones de las conductas delictivas. El objetivo es dotar a la Unión de un marco jurídico común para luchar contra el terrorismo, garantizar a sus ciudadanos un elevado nivel de protección y reforzar la cooperación internacional en este ámbito ⁽¹²⁾.

Son tres los ejes en los que gira esta cooperación comunitaria ⁽¹³⁾:

¹² Como expone QUESADA MORALES, VÍCTOR A., Miembro de la Delegación española del Grupo de Derecho Penal Material del Consejo de la Unión Europea, en su trabajo "Aspectos penales del Espacio Judicial Europeo", en *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, año 2003, pags. 61-79: "En muchas ocasiones se critica la velocidad, más bien lenta, a la que avanza el proceso de construcción europea, partiendo del hecho que ya han transcurrido más de veinte años desde el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957. Sin embargo a esa percepción subjetiva se opone la realidad incontestable de los hechos, de los que resulta que el proceso de construcción, no sólo avanza, y a una velocidad razonable, sino que además se ha extendido a una serie de ámbitos que resultaban inimaginables en el momento de creación de la Comunidad Económica Europea. Dentro de éstos se encuentra, sin duda, el Derecho Penal en su dimensión comunitaria".

¹³ Como expone PRADO SALDARRIAGA, Catedrático de Derecho Penal y Vocal Superior Titular de Lima, en "Cooperación judicial internacional en materia penal: el Estatuto de Roma y la legislación nacional", trabajo publicado en http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf: Los expertos sistematizan las distintas medidas de asistencia mutua penal atendiendo al grado de afectación de derechos personales que éstas pueden generar. En ese contexto se identifican tres tipos de medidas que corresponden a tres grados de afectación diferentes: Un primer grado comprende a las medidas de asistencia leve o simple. Incluye aquellas conceptuadas como de mero trámite (notificaciones) y las instructorias o sea aquellas que se dirigen a la averiguación de ciertos hechos acontecidos en un lugar determinado de otro Estado o a la obtención de pruebas en el mismo que sirven al Tribunal competente (pericias, informes, tramitación de pruebas en el Estado requerido, e incluso diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar testimonio en el Estado requerido bajo un estricto régimen de garantías e inmunidades, etc).

1. Cooperación policial.
2. Cooperación judicial.
3. Armonización normativa.

A continuación vamos a centrarnos en los dos primeros (¹⁴):

A. Cooperación policial.

Ya desde el Tratado de Ámsterdam se aprecia que la primera característica que quiere darse a la cooperación policial es la operatividad, de manera que contribuya de modo efectivo a la prevención, localización e investigación de hechos delictivos, mediante la utilización de mecanismos tales como los equipos conjuntos de investigación (¹⁵), la realización de investigaciones

Un segundo grado abarca las medidas de asistencia procesal penal internacional susceptibles de causar gravamen irreparable a los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto).

El tercer grado comprende aquellos niveles de cooperación extrema susceptibles de causar gravamen irreparable en los derechos y libertades propios de quienes alcanza. Siendo absolutamente inadmisibles desde el punto de vista de los principios de salvaguarda del Derecho interno y de la propia Cooperación Judicial Penal internacional, la posibilidad de trasladar compulsivamente a personas a prestar testimonio en etapa instructora de un Estado a otro. Este campo, pues, del tercer grado quedaría entonces exclusivamente reservado a los procedimientos de extradición. (Raúl Cervini. *Ob. cit.*, p. 20 y ss).

¹⁴ Para una exhaustiva información al respecto véase LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.

¹⁵ Iniciativa del Reino de Bélgica, la República Francesa, el Reino de España y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la adopción, por parte del Consejo, de una Decisión marco sobre los equipos conjuntos de investigación [Diario Oficial C 295 de 20.10.2001]. Se trata de que, con el fin de realizar investigaciones penales en los Estados miembros que soliciten una acción coordinada y concertada, un mínimo de dos Estados miembros podrán crear un equipo conjunto de investigación según las modalidades que se definan en el marco del acuerdo, en el que figurará: un objetivo preciso y una duración limitada. El equipo se creará en el Estado miembro en cuyo

simultáneas y coordinadas en varios Estados miembro y el fomento de acuerdos en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada.

Uno de los medios que pueden contribuir en mayor medida a hacer de la cooperación policial un medio eficaz de lucha contra la delincuencia son los funcionarios de enlace, encargados de canalizar las solicitudes de cooperación que le son formuladas desde su propio país ante las autoridades nacionales del país en el que están destinado (16).

La simple existencia de una persona de referencia, a la que las autoridades nacionales se pueden dirigir para tramitar las solicitudes dirigidas a un determinado país, contribuye a aumentar la utilización de este mecanismo de lucha contra el delito. Además, el conocimiento que el funcionario de enlace adquiere de la organización policial propia del país en el que está destinado, redundará en que las solicitudes de cooperación se tramiten de un modo más ágil, todo ello unido a las ventajas propias del trato personal que se entablan entre el funcionario de enlace y las autoridades del país de acogida.

Unido a todo esto está la creación de una red de investigación, documentación y estadística sobre delincuencia transfronteriza y la adopción de iniciativas conjuntas en materia de formación de funcionarios policiales, así como la previsión de recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información, incluida la que se refiera a operaciones financieras sospechosas y la evaluación de las técnicas de investigación utilizadas para la detección de formas graves de delincuencia organizada.

Junto con la cooperación entre los Estados miembros, la cooperación policial en el ámbito europeo tiene otro importante eje vertebrador: la cooperación que se realiza mediante el recurso a la Oficina Europea de Policía

territorio debe llevarse a cabo la investigación. Los Estados miembros en cuestión serán responsables de la composición, el objetivo y la duración del mandato del equipo de investigación.

¹⁶ Se trata de la Acción común 96/602/JAI, de 14 de octubre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace [Diario Oficial L 268 de 19.10.1996].

(conocida como EUROPOL), creada por Convenio publicado en el DOCE de 27 de noviembre de 1995 y cuyas competencias se han ido aumentando paulatinamente desde ese momento, tanto en el ámbito operativo como en el institucional ⁽¹⁷⁾.

Así debe destacarse que en virtud de la Decisión de 3 de diciembre de 1998, el Consejo encomendó a Europol la lucha contra los delitos cometidos en el marco de actividades terroristas, extendiendo su competencia a la lucha contra las formas graves de delincuencia internacional mediante Decisión de 6 de diciembre de 2001.

El impulso institucional de Europol se centra en el año 2000, con la creación de la Escuela Europea de Policía (Decisión de 22 de diciembre de 2000) y la atribución de competencias al Director de Europol para la negociación de acuerdos con terceros Estados y organismos no relacionados con la Unión Europea (Decisión de 27 de marzo de 2000).

La Oficina está situada en los Países Bajos, en la ciudad de La Haya. La misión de dicha oficina es mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y su cooperación en ámbitos cada vez más numerosos:

- la prevención y la lucha contra el terrorismo,
- el tráfico ilícito de estupefacientes,
- el tráfico de seres humanos,
- las redes de inmigración clandestina,
- el tráfico ilícito de materias radioactivas y nucleares,
- el tráfico ilícito de vehículos,

¹⁷ La idea de una Oficina Europea de Policía se mencionó por primera vez en el Consejo Europeo de Luxemburgo (28 y 29 de junio de 1991). Se pensó entonces en la creación de un nuevo órgano que suministrase una estructura para desarrollar la cooperación policial entre los Estados miembros en los ámbitos de la prevención y de la lucha contra las formas graves de delincuencia internacional organizada, incluidos el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. El convenio constitutivo de Europol, como ya se ha mencionado, se firmó en julio de 1995 y entró en vigor el 1 de octubre de 1998.

- la lucha contra la falsificación del euro,
- el blanqueo de dinero vinculado a las actividades delictivas internacionales.

Europol ejerce como prioridad las siguientes funciones ⁽¹⁸⁾:

- facilitar el intercambio de informaciones entre los Estados miembros,
- recabar y analizar las distintas informaciones,
- comunicar a los servicios competentes de los Estados miembros las informaciones que les afecten e informarles inmediatamente de los vínculos detectados entre hechos delictivos,
- facilitar las investigaciones en los Estados miembros,
- gestionar recopilaciones informatizadas de información.

Cada Estado miembro creará o designará una unidad nacional, encargada de ejercer las funciones anteriormente enumeradas, que será el único órgano de contacto entre Europol y los servicios nacionales competentes. Dicha unidad enviará a Europol al menos a un agente de contacto, encargado de representar sus intereses en el seno de Europol.

B. Cooperación judicial

Está ampliamente aceptado y entendido que la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembro es el mecanismo que de manera más eficaz puede contribuir a hacer de Europa un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia.

Se trata de crear un espacio en el que circulen, libre y ágilmente, no sólo las sentencias firmes que hayan de ser ejecutadas, sino también las resoluciones por las que se acuerde la práctica de ciertas actuaciones en la fase de instrucción y aquéllas por las que se acuerde la adopción de medidas cautelares

¹⁸ Funciones recogidas de la página web de la Unión Europea: <http://europa.eu>.

sobre personas o entidades que actúen en terceros países. Se busca acabar con una situación en la que basta que un delincuente cruce la frontera para que todas las medidas que se han adoptado en relación a su persona y bienes queden sin efecto, de modo que puede continuar impunemente con el ejercicio de su actividad delictiva.

La base jurídica sobre la que se edifica este instrumento de lucha contra la delincuencia es el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, precepto verdaderamente ambicioso en las metas que fija para la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea (19).

Ahora bien, antes de seguir analizando los avances que se han producido en el seno de la Unión Europea en esta cuestión, es preciso hacer referencia al principio del reconocimiento mutuo que subyace en todas las decisiones que se van adoptando como meta a conseguir.

La cooperación judicial tradicional en materia penal se basa en distintos instrumentos internacionales, esencialmente caracterizados por el "principio de solicitud": un Estado soberano presenta una petición a otro Estado, que decide entonces dar o no dar curso a esta demanda. Este sistema tradicional presenta el inconveniente de ser no sólo lento, sino también complejo.

¹⁹ Dice textualmente el art. 31.1 TUE: "La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras:

- La facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, cuando así convenga, mediante Eurojust, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones;
- La facilitación de la extradición entre Estados miembros;
- La consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;
- La prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
- La adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas".

Los objetivos siguen siendo de índole general, y no implican un calendario preciso: las cuestiones abordadas son complejas, y esta lista de objetivos constituye un importante primer paso en materia de cooperación judicial.

Por esta razón el Consejo Europeo, reunido en Tampere en octubre de 1999, consideró que el principio de reconocimiento mutuo debería convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia tanto civil como penal en la Unión ⁽²⁰⁾. La consolidación del principio en estos ámbitos facilitaría no sólo la cooperación entre las autoridades, sino que contribuiría también a mejorar la protección judicial de los derechos de la persona. El Consejo Europeo solicitó al Consejo de la Unión y a la Comisión que adoptaran, antes de diciembre de 2000, un programa de medidas destinadas a aplicar dicho principio.

1. El principio del reconocimiento mutuo ⁽²¹⁾

La realización del principio del reconocimiento mutuo de las decisiones en materia penal supone una confianza recíproca de los Estados miembros en

²⁰ Véase también en la página web de la unión europea cit., la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: reconocimiento mutuo de las decisiones finales en materia penal y Programa de medidas destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones penales [Diario Oficial C 12 de 15.01.2001].

²¹ Antes de analizar los distintos aspectos del reconocimiento mutuo y la forma en que podría aplicarse en principio, la Comisión aborda la cuestión de la información. Con el fin de poder reconocer una decisión tomada en otro Estado miembro, es necesario en primer lugar estar informado de su existencia y conocer su contenido. Actualmente, no existe un repertorio europeo de sentencias que pueda ser utilizado a tal efecto. La Comisión estima que podría considerarse un enfoque en dos etapas. Inicialmente, formularios multilingües comunes permitirían a los abogados de cada Estado miembro informarse ante las autoridades de los otros Estados miembros sobre si su cliente tiene antecedentes penales. En un segundo momento, se establecería un verdadero repertorio penal europeo, accesible por vía electrónica, para que las autoridades de instrucción puedan comprobar directamente si ya se han incoado procedimientos contra una persona dada. Antes de que tal repertorio pueda establecerse, hay que solucionar varias cuestiones prácticas y jurídicas (responsabilidad para la introducción y la actualización de las informaciones, protección de los datos, derecho de acceso, disparidad entre las leyes nacionales en materia de registros de antecedentes penales, grado de homogeneidad deseado entre los datos introducidos por los distintos Estados miembros, etc.).

sus sistemas judiciales. El programa de medidas de la Unión Europea destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo tiene por objeto establecer prioridades para la realización de un verdadero espacio judicial europeo. El reconocimiento mutuo debe buscarse en cada fase del procedimiento penal. Por ello se plantean como problemáticas:

- la aplicación del principio “*ne bis in ídem*”,
- la individualización de la sanción que incluye tener en cuenta los antecedentes penales del delincuente y la reincidencia,
- las decisiones encaminadas a buscar o preservar pruebas y la congelación de haberes,
- la aplicación de medidas provisionales a efectos de confiscación o de restitución a las víctimas,
- la aplicación de decisiones relativas a las personas (decisiones de detención, medidas de control no privativas de libertad),
- la toma en consideración de las decisiones de inicio de procesamiento en otros Estados miembros,
- la aplicación de penas de cárcel, multas, confiscación de bienes o pérdida del derecho de conducir,
- el traslado de la persona que intenta escapar a la justicia después de haber sido objeto de una condena definitiva,
- el traslado de la persona a su Estado de residencia con el fin de garantizarle la reinserción social,
- toda decisión tomada en el marco del seguimiento posterior a la liberación (medidas de vigilancia o puesta en libertad condicional).

Reconocer una decisión significa en primer lugar aplicarla. La aplicación de una decisión de otro Estado miembro puede ser directa (lo cual da a la decisión un efecto pleno y directo en toda la Unión) o indirecta (requiere la conversión de la decisión extranjera en una decisión nacional). Según la Comisión, las conclusiones de Tampere indican una preferencia por la aplicación directa de las decisiones.

Reconocer una decisión significa también tenerla en cuenta. Una decisión tomada en otro Estado miembro podría tener distintos efectos, vinculados al principio “*ne bis in idem*” o al concepto de reincidencia.

Según el principio “*ne bis in idem*”, las personas que fueron objeto de una decisión penal por lo que se refiere a determinados hechos y normas jurídicas no podrán ser objeto de decisiones posteriores sobre el mismo caso. El principio “*ne bis in idem*” plantea varias cuestiones de interpretación, pues los distintos instrumentos jurídicos internacionales pertinentes no lo definen todos de la misma manera. La Comisión indica no obstante que la importancia del principio sería reducida si a escala de la Unión hubiera un repertorio penal de los procedimientos en curso y sentencias firmes y un sistema de competencia.

El reconocimiento de una decisión penal tomada en otro Estado miembro podría también influir en la severidad de una condena. El que una persona ya haya sido condenada en otro Estado miembro por haber cometido un delito del mismo tipo, podría considerarse como circunstancia agravante justificante de una pena más severa. La consideración de una condena previa no debe no obstante hacerse sólo en detrimento del autor de un delito. Las legislaciones penales de varios Estados miembros prevén mecanismos que garantizan que no se acumulen estrictamente las sanciones impuestas a los reincidentes.

En el marco de la protección de los derechos individuales, la protección judicial de los derechos de la persona (tratamiento de los sospechosos, derechos de la defensa, etc.) no debería, según la Comisión, sufrir consecuencias negativas a raíz de la aplicación del principio de reconocimiento. Al contrario, debería reforzarse la protección a lo largo del procedimiento. Aunque el Convenio europeo de Derechos humanos de 1950 ya prevé garantías en este ámbito, algunos aspectos específicos del Derecho Procesal podrían sin embargo especificarse aún más, tales como las condiciones en las cuales están previstos el asesoramiento jurídico y la interpretación.

Por otro lado, la Comisión menciona dos instrumentos que podrían ayudar a regular los conflictos de jurisdicción entre Estados miembros: la coordinación (un organismo nuevo que debe crearse o uno ya existente, como el Tribunal

de Justicia o EUROJUST, que decidiría individualmente qué Estado miembro es competente sobre la base de criterios de prioridad preestablecidos) y el establecimiento de normas de competencia exclusivas en la Unión.

Esta última solución tendría la ventaja no sólo de prevenir los conflictos positivos de competencia (cuando dos o varios Estados miembros desean juzgar un asunto dado), sino también los conflictos negativos (cuando ningún Estado miembro quiere juzgar un asunto particular).

En algunos casos no obstante (ataque a los intereses nacionales, violación de la legislación en materia de seguridad nacional, etc.), los Estados miembros renunciarán difícilmente a su competencia, independientemente del lugar donde se cometieran los actos en cuestión. Vista la dificultad de establecer una única competencia en estas cuestiones, podría considerarse una excepción al principio del reconocimiento mutuo.

2. Instrumentos comunitarios de cooperación penal

La necesidad de mejorar la cooperación tiene su concreción en numerosos instrumentos comunitarios, entre los que podemos destacar:

- Con carácter principal, la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante, Euroorden) (DOCE L 190 de 17 de julio), que tiene por objeto facilitar la entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme (22).

Su ámbito de aplicación no es universal, sino que sólo comprende determinados delitos enumerados en el artículo 2 de la Decisión Marco (23).

²² Sobre la Euroorden está a punto de concluir su impresión, la obra "La Orden Europea de Detención y Entrega", de DIEZ RIAZA, GISBERT POMATA, CARRETERO GONZÁLEZ, Edit. Thomson-Cívitas.

²³ El art. 2 de la Decisión Marco recoge la siguiente lista de delitos, que el Consejo podrá decidir, en cualquier momento, ampliar o modificar: "Pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y

Supone, dentro de ese límite, la supresión del control de la doble incriminación propia de los sistemas tradicionales de extradición, pues tratándose de uno de los delitos de la lista, la orden deberá ser ejecutada en sus propios términos.

La preocupación por agilizar su tramitación tiene dos claras expresiones: el juez emisor de la orden la dirige directamente a la autoridad judicial que ha de proceder a su ejecución, sin necesidad de que intervengan las autoridades centrales. Además los formularios que se anexan a la Decisión marco permiten evitar cualesquiera defectos de forma a la hora de tramitarlas.

La orden europea supone un gran avance en el ámbito de la cooperación judicial, pues inaugura un nuevo modelo en el que la cooperación ágil no se limita a la extradición de los penados una vez ha recaído sentencia, sino que se lleva también a la fase de instrucción. Además descansa en el principio de reconocimiento y confianza mutua en los sistemas jurídicos y las resoluciones judiciales de los Estados miembros, estableciendo un marco de relación directa entre los miembros del poder judicial de dos o más Estados sin la intervención controladora del poder ejecutivo.

En el caso de España la trasposición de las obligaciones derivadas de ese instrumento se ha realizado mediante la Ley Orgánica 2/2003 de 14 de marzo y la Ley 3/2003 de 14 de marzo, ambas publicadas en el BOE de 17 de marzo, que

pornografía infantil, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques y sabotaje”.

configuran como autoridades judiciales españolas de ejecución competentes para dar cumplimiento a la orden europea de detención y entrega a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La facilitación de la extradición ha sido, desde los orígenes de la Unión Europea, una de las preocupaciones esenciales de los Estados miembro. Por eso el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, alude a esta materia e insiste en la necesidad de seguir avanzado en la facilitación de la extradición entre los Estados miembros (24). Sin embargo, atendiendo al nuevo modelo de cooperación penal ágil y directa que resulta de la orden de detención y entrega y teniendo en cuenta que ha sido copiado en otros instrumentos, como el relativo al embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, todo parece indicar que el mecanismo tradicional de la extradición tendrá un peso cada vez menor en el ámbito de la cooperación judicial penal entre los países de la Unión Europea, que parecen decididos a crear un sistema basado en la confianza mutua en las resoluciones judiciales emanadas de cualquiera de ellos, en el que desaparezca el control de la doble incriminación, al menos en relación a los delitos más graves, y en el que la intervención del poder ejecutivo en el ámbito de la cooperación judicial sea cada vez menor, de manera que ésta se realice de forma directa entre las autoridades judiciales, utilizando los numerosos mecanismos, tanto legislativos como operativos, que la Unión pone a su disposición.

²⁴ En este ámbito los textos relevantes a que se ha de aludir son el Convenio de extradición simplificada de 1995 (Acta del Consejo, de 10 de marzo de 1995, adoptado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el se establece el convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 78 de 30.3.1995] y el Convenio de extradición de 1996, que supuso un verdadero salto cualitativo en esta materia (Acta del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea).

- Como acabamos de mencionar, otro de los importantes proyectos que se estudian en esta materia es el Proyecto de Decisión Marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas ⁽²⁵⁾.

El Consejo Europeo de Tampere, como ya hemos mencionado, definió el principio del reconocimiento mutuo como principio fundamental para la cooperación judicial en materia civil y penal. Además, el apartado 36 indicaba que el mismo principio debería poder aplicarse “a las decisiones anteriores a la fase de juicio, en particular a las que permiten a las autoridades competentes actuar rápidamente para obtener elementos de prueba y embargar haberes fáciles de transformar”.

Antes de continuar, debemos recordar que un ámbito esencial de la asistencia judicial mutua lo constituye la actividad probatoria. La presunción de inocencia y la carga de la prueba en quien acusa hacen de este canal de cooperación el más utilizado por los Estados. Es por ello que desde sus antecedentes más básicos y remotos, los instrumentos internacionales de asistencia judicial mutua en materia penal han incorporado diferentes mecanismos de apoyo para la obtención, diligenciamiento e incorporación extraterritorial de los elementos de prueba que son requeridos por las autoridades correspondientes para el adelantamiento o decisión de un proceso penal. A estos medios de cooperación judicial internacional se les denomina, genéricamente, procedimientos de transmisión e intercambio de pruebas.

La presente iniciativa tiene por objeto hacer inmediatamente ejecutorio en un Estado miembro una decisión de embargo preventivo tomada por otro Estado miembro sin que el primero deba tomar una nueva decisión.

Por tanto, como su propio nombre indica, ese instrumento está llamado a ser un elemento esencial para evitar que los bienes afectos a una determinada actividad delictiva puedan seguir siendo utilizados para esa finalidad, cualquiera que sea el país en que se encuentren, una vez iniciado un proceso penal en

²⁵ Iniciativa de la República Francesa, el Reino de Suecia y el Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una Decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas.

uno de los Estados miembros. Esa misma finalidad se persigue en relación a los elementos probatorios que se encuentren en el territorio de un Estado de la Unión y que puedan ser relevantes en relación a una causa instruida en el territorio de otro, de modo que se evite la destrucción de esos elementos de convicción mientras se instruye la causa.

Este instrumento se apoya en los mismos principios que la orden de detención y entrega.

- El convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal ⁽²⁶⁾.

El convenio prevé los casos en los que se concederá ayuda judicial mutua. El Estado miembro requerido deberá respetar los trámites y procedimientos indicados por el Estado miembro demandante. Si, por ejemplo, no puede respetar los plazos establecidos, el Estado requerido informará al Estado solicitante cuanto antes y ambos intentarán ponerse de acuerdo sobre lo que debe hacerse con la petición previa.

Acerca de los documentos del procedimiento, cada Estado miembro enviará directamente por correo, a las personas que se encuentran en el territorio de otro Estado miembro, los documentos que les conciernen, pero en algunos casos el Estado requerido se encargará de este envío. Si ello es necesario para que el destinatario los comprenda, los documentos transmitidos, o al menos sus principales partes, deben ser traducidos. Una nota acompañará a todo documento relativo al procedimiento e indicará el lugar en que el destinatario puede obtener información sobre sus derechos y obligaciones.

Por regla general, las solicitudes de asistencia mutua y las comunicaciones serán transmitidas y ejecutadas directamente por las autoridades judiciales territorialmente competentes. No obstante, es posible que ciertos casos particulares pasen por una autoridad central de un Estado miembro. En algunos casos el paso por las autoridades centrales es incluso obligatorio (solicitudes de

²⁶ Acto del Consejo, del 29 de mayo del 2000, que establece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 197 de 12.07.2000].

traslado temporal o tránsito de presos, transmisión de condenas). En caso de urgencia, la solicitud podrá presentarse por medio de la Interpol o de cualquier otra organización competente, según las disposiciones introducidas por el Tratado de la UE.

La autoridad judicial o una autoridad central podrán establecer contactos directos con una autoridad policial o aduanera de otro Estado miembro o, en el caso de solicitudes de ayuda mutua relativas a actuaciones judiciales, con una autoridad administrativa de otro Estado miembro. Cada Estado miembro podrá rechazar esta cláusula o aplicarla bajo algunas condiciones.

Entre Estados miembros podrá tener lugar un intercambio espontáneo de información (es decir, sin demanda previa) sobre hechos penalmente sancionables y sobre infracciones administrativas con respecto a los cuales la sanción o el tratamiento sean competencia de la autoridad destinataria.

- Las Buenas Prácticas de Asistencia Judicial en Materia Penal, publicadas en el DOCE de 7 de julio de 1998, que propone medidas tan sencillas como acusar recibo de las solicitudes de asistencia que se reciban, por medio de la cual se proporcione al solicitante los datos de la autoridad receptora, para que éste pueda saber que su solicitud efectivamente se está tramitando y pueda ponerse en contacto con la autoridad encargada de impulsarla. En ese mismo sentido propone dispensar un tratamiento adecuado a las solicitudes que tengan un carácter verdaderamente urgente, de manera que una vez asignada esa calificación sean tramitadas de forma preferente y que las resoluciones denegatorias de una solicitud de cooperación no tengan un contenido puramente negativo, sino que vayan acompañadas de un informe en el que se detallen los defectos que han impedido atenderla y el modo en que puedan ser subsanados⁽²⁷⁾.

²⁷ Otros textos de gran trascendencia en este ámbito son el Convenio sobre asistencia judicial penal de 29 de mayo de 2000 (DOCE L 197 de 12 de julio), la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 082 de 22 de marzo), la Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (DOCE L 153 de 8 de junio), la Decisión Marco sobre blanqueo de bienes de 26 de junio de 2001 (DOCE L 182 de 5 de julio) y la

- Otros hitos esenciales en el impulso y desarrollo efectivo de la cooperación judicial en materia penal han sido la creación de los Magistrados de Enlace y de la Red Judicial Europea, elementos esenciales para la creación de un clima que permitido alumbrar un nuevo sistema basado en la confianza mutua en las resoluciones judiciales emanadas de cualquier miembro de la Unión.

Los Magistrados de enlace tiene su origen en la Acción Común 96/277/JAI publicada en el DOCE L 105 de 27 de abril de 1996⁽²⁸⁾, que les marca el objetivo de incrementar la rapidez y eficacia de la cooperación judicial, contribuyendo al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos, los sistemas judiciales y su funcionamiento. La acción común establece un marco que permita enviar o intercambiar entre Estados miembros magistrados o funcionarios con especial experiencia en procedimientos de cooperación judicial, denominados “magistrados de enlace”, sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales.

En concreto, los Magistrados de enlace están encargados de canalizar las solicitudes de cooperación que le son formuladas desde su propio país ante las autoridades nacionales del país de acogida, en el que están destinados. A esta figura se une en ocasiones la existencia de una autoridad nacional (no contemplada en la Acción Común) encargada de canalizar las solicitudes dirigidas a terceros países, lo que facilita aún más su tramitación, toda vez que el juez que precisa de la cooperación judicial de otro país no tiene más que dirigirse a su propia autoridad nacional, que será la encargada de hacerla llegar al Magistrado de enlace destinado en el país cuya cooperación se requiere. Si en el caso de los funcionarios de enlace es fundamental el conocimiento que adquieren del sistema del país en que están destinados,

Decisión Marco de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación (DOCE L 162 de 20 de junio), dictada en aplicación de la previsión contenida en el artículo 13 del Convenio de asistencia penal.

²⁸ Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea.

mayor relevancia adquiere, si cabe, en el caso de las autoridades judiciales el conocimiento de la estructura orgánica del poder judicial, el reparto competencial y las cuestiones procedimentales propias del país en que ejerce sus funciones, lo que contribuye a agilizar y asegurar el buen fin de las peticiones de cooperación.

Por todo ello, la infraestructura derivada de la creación del marco de intercambio de los magistrados de enlace es aprovechada para optimizar el funcionamiento de otros instrumentos o instituciones dedicadas a la lucha contra la delincuencia. A título de ejemplo puede citarse el artículo 26 de la Decisión del Consejo por la que se crea Eurojust, que prevé de forma expresa su cooperación con Magistrados de enlace de los Estados miembro para casos concretos y de la que trataremos a continuación.

La Red Judicial Europea creada por la Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio (DOCE L 191 de 7 de julio de 1998) ⁽²⁹⁾ es otro mecanismo esencial en el ámbito de la cooperación judicial en el ámbito comunitario y supone la existencia de una serie de puntos de contacto en cada uno de los países miembros, de manera que cualquier juez puede dirigirse al punto de contacto de la red en un determinado país para que le ayude a preparar de forma eficaz cualquier solicitud de cooperación judicial dirigida al mismo.

Otras de las funciones propias de la Red, cuyas reuniones pueden desarrollarse en Bruselas o en el territorio de uno cualquiera de los Estados miembros, son el facilitar el contacto personal entre jueces y magistrados del ámbito comunitario, el intercambio de información sobre los puntos de contacto en cada Estado miembro, los distintos sistemas judiciales y principios procesales de cada uno de ellos, la difusión de las listas de autoridades judiciales de cada país y de los textos vigentes en materia de cooperación judicial.

Dentro de sus logros se destaca, principalmente, el haber favorecido el conocimiento mutuo entre los jueces de distintas nacionalidades de la Unión,

²⁹ Acción común 98/428/JAI, de 29 junio 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación de una red judicial europea [Diario Oficial L 191 de 7.7.1998].

lo que ha sido elemento esencial para acabar con las suspicacias que en muchas ocasiones produce lo desconocido y en consecuencia ha eliminado una de las barreras invisibles con las que suele topar la cooperación judicial; el miedo a atender una solicitud formulada por una autoridad judicial extranjera, que nos es desconocida y cuyas motivaciones desconocemos. Los resultados enormemente positivos que ha producido la puesta en marcha de la Red Judicial Europea se pone de manifiesto en el continuo recurso que se hace a la misma en distintos instrumentos reguladores de la cooperación judicial. Así la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los Estados miembro prevé en su artículo 10, para el caso que no se conozca la autoridad judicial de ejecución competente, que la autoridad emisora de la orden realice las indagaciones oportunas, en particular a través de los puntos de contacto de la red judicial, contemplando incluso que la transmisión de la orden pueda efectuarse mediante el sistema de telecomunicaciones protegido de la Red Judicial Europea.

- Finalmente, y no por ello menos importante, el año 2002 ha visto el nacimiento de un nuevo órgano, Eurojust, que va a ser elemento esencial en el futuro de la cooperación judicial en materia penal, sin perjuicio de la pervivencia de los mecanismos tradicionales, con los que está llamado a colaborar de forma complementaria y eficiente.

Este nuevo ente tiene su origen en la Conclusión 46 del Consejo Europeo de Tampere, que recoge el acuerdo de los quince para crear una unidad denominada Eurojust, integrada por jueces, fiscales y funcionarios de policía de competencia equivalente, cuya función ha de ser la de intensificar la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada.

El Tratado de la Unión Europea, en su versión original, no contenía ninguna referencia a Eurojust, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que hasta siete años después de su aprobación, en 1999, no se realizaría una primera alusión a este organismo en las conclusiones del Consejo. No ha sido hasta la aprobación del Tratado de Niza que la definición de sus rasgos esenciales se han incorporado al artículo 31 del Tratado.

La primera alusión a Eurojust la encontramos ubicada entre las normas referidas a la necesidad de facilitar y acelerar la cooperación en relación a las causas y la ejecución de resoluciones, lo que permite adivinar que las competencias de este órgano serán de carácter eminentemente operativo. El Tratado deja sentado, con una claridad palmaria, que la intervención de Eurojust en la cooperación judicial penal se debe entender sin perjuicio de los mecanismos de cooperación que se establezcan entre los Estados miembros de forma directa (“(...) también, cuando así convenga, mediante Eurojust (...)”) configurándolo como un órgano a través del cual el Consejo fomentará la cooperación judicial en materia penal, en sus distintas acepciones. La primera de las funciones que está llamado a cumplir Eurojust consiste en la mejora de la coordinación entre las autoridades de los Estados miembro encargadas de la persecución de los delitos.

Por todo lo cual, el 28 de febrero de 2002, bajo la Presidencia española de la Unión, el Consejo aprobó la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust. Este nuevo ente se configura como un órgano de la Unión, con personalidad jurídica propia y financiado a cargo de los presupuestos comunitarios. Asimismo se prevé que los Estados miembros se hagan cargo de los sueldos y retribuciones de los miembros nacionales de Eurojust y de sus asistentes, que los miembros nacionales queden sujetos al derecho nacional de su Estado miembro de origen y que sea éste quien fije la duración de su mandato, respetando un único límite: su duración deberá permitir el correcto funcionamiento del organismo.

Así nos encontramos una vez más con que en el ámbito del tercer pilar, el principio de comunitarización no se aplica en su sentido más amplio, sino que, antes al contrario, los Estados se resisten a ceder a las instituciones comunitarias su control, que se mantiene en mayor o menor medida en el ámbito intergubernamental.

Las funciones que se asignan a Eurojust tienen como eje vertebrador la cooperación judicial, siendo su finalidad esencial la de apoyar a las autoridades competentes de los Estados miembros, de manera que sus investigaciones y actuaciones resulten más eficaces, fomentando y mejorando la coordinación

entre ellas y en particular teniendo en cuenta las solicitudes concretas que dirijan a Eurojust.

Junto con esa función, que podría incardinarse en la fase de instrucción de los procesos penales, también se le asigna la de facilitar la ejecución de la asistencia judicial internacional y las solicitudes de extradición y la de prestar su apoyo en el ámbito de las actuaciones e investigaciones que afecten a un solo Estado miembro y a un tercer país con el que se haya celebrado un acuerdo de cooperación.

Se trata, en suma, de que Eurojust se convierta en un instrumento que sirva para que la Unión Europea pueda luchar contra la delincuencia transfronteriza con la misma eficiencia con que cada Estado lucha contra la delincuencia interna. O dicho en otras palabras, ha de ser un instrumento que contribuya a acabar con una situación en la que el simple hecho que un delincuente cruce la frontera constituye un grave obstáculo para que finalmente se le pueda hacer responder de sus actos ante un tribunal de Justicia.

Al igual que sucede en el ámbito de la Red Judicial o de los Magistrados de enlace, la mayor virtud que predicen de Eurojust sus propios miembros consiste en la posibilidad de dirigirse a una persona competente de otro Estado miembro, de manera que se pueda obtener una información ágil y exacta acerca de cuál es el mecanismo más eficiente para lograr la colaboración de las autoridades nacionales de su Estado de origen para luchar contra un concreto delito que está siendo perpetrado desde su territorio o por parte de un grupo organizado que actúa parcialmente en su territorio. A esta ventaja se añade el hecho que la persona que normalmente realiza las gestiones ante sus autoridades nacionales es el propio miembro nacional de Eurojust del Estado cuya colaboración se requiere.

Las competencias atribuidas a Eurojust se definen en relación a determinados tipos de delincuencia y se extienden a los delitos que en cada momento son de la competencias de Europol, los que están relacionados con la delincuencia informática, el fraude, la corrupción, el ataque a los intereses financieros de la Comunidad Europea, el blanqueo de los productos del delito, los delitos contra el medio ambiente y la participación en una organización

delictiva. Es además preciso que esas conductas delictivas entren en el ámbito de la delincuencia grave, en particular en la delincuencia organizada, para que sean de la competencia de Eurojust.

Junto con esa enumeración, que parece definir un ámbito competencial cerrado, se atribuye a Eurojust la facultad de actuar en relación a otras infracciones cometidas en conexión con aquéllas e incluso en relación a infracciones que no guarden relación alguna con ellas, siempre que en este caso lo haga a título complementario y a instancia de la autoridad competente de un Estado miembro. Con ello se deja abierta la posibilidad de solicitar la colaboración de Eurojust en relación a cualquier delito, siempre que las autoridades nacionales de un Estado miembro lo consideren oportuno.

Dentro de la organización de Eurojust se distinguen los miembros nacionales, los asistentes y los corresponsales nacionales. Los miembros nacionales son los representantes de cada Estado en Eurojust y tendrán garantizado el acceso a los mismos registros públicos a los que puedan acceder los miembros de la carrera judicial de su Estado de origen.

Corresponde a las autoridades nacionales definir el alcance y naturaleza de las competencias judiciales que se le asignarán en su propio territorio y el derecho de actuar ante autoridades judiciales extranjeras. Los asistentes son un cargo potestativo y variable en su número, que tiene como función apoyar al miembro nacional en el desempeño de sus funciones y actuar como suplentes del mismo.

Los corresponsales nacionales se caracterizan porque tienen su lugar de trabajo en el territorio del Estado miembro que los ha designado y sus funciones quedan sujetas a lo que se disponga en el derecho nacional, en particular en lo que se refiere a sus relaciones con las autoridades de los demás Estados. El corresponsal nacional podrá ser un punto de contacto de la Red Judicial y su designación tendrá la máxima prioridad en materia de terrorismo. De la lectura de la Decisión de 28 de febrero de 2002 queda claro que el miembro nacional de Eurojust no queda subordinado al corresponsal nacional y que éste no será el único interlocutor del miembro nacional de Eurojust en su propio Estado, al declararse expresamente que las relaciones que se puedan

entablar entre el miembro nacional y el corresponsal nacional no excluyen las relaciones directas de aquél con sus autoridades competentes.

El funcionamiento de Eurojust queda sujeto a lo dispuesto en su Reglamento de Procedimiento (DOCE de 22 de noviembre de 2002), que configura el Colegio de Eurojust como órgano responsable de su organización y funcionamiento. Está compuesto por todos los miembros nacionales y deberá reunirse en sesión ordinaria al menos una vez a la semana. El reglamento contempla asimismo la posibilidad que Eurojust funcione constituyendo distinto comités *ad hoc*, encargados de la preparación de decisiones sobre su organización y funcionamiento.

Tanto la Decisión como el Reglamento de Procedimiento de Eurojust muestran una clara preocupación por garantizar su adecuada coordinación con los demás organismos que intervienen en el ámbito del tercer pilar. Además de las referencias a la Red Judicial y a los Magistrados de enlace, la propia decisión señala la necesidad de que Eurojust y la Oficina Europea de Policía establezcan y mantengan una estrecha cooperación. De igual modo regula las formas de participación de la Comisión en el ámbito de Eurojust y establece la obligación de remitir un informe anual de las actividades y gestión de Eurojust, incluida la presupuestaria, tanto al Consejo como al Parlamento.

En el reglamento de procedimiento se regulan asimismo las relaciones que deberán establecerse entre Eurojust y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

C. Unificación en los procedimientos judiciales en materia penal.

Los principales avances de la Unión Europea en este campo se centran en la elaboración del Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, de 19 de febrero de 2003 ⁽³⁰⁾.

³⁰ Libro Verde de la Comisión - Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea /* COM/2003/0075 final */

Como expone en su introducción, “es importante que las autoridades judiciales de cada Estado miembro tengan confianza en los sistemas judiciales de los restantes Estados miembros”, lo que, desde mayo de 2004, se aplicará a veinticinco, no ya a quince, Estados miembros. La fe en las garantías procesales y la imparcialidad de los procesos sirve para reforzar dicha confianza. Conviene, por lo tanto, contar con ciertas normas mínimas comunes en la Unión Europea, aunque los medios de alcanzar esas normas deben dejarse a la libertad de cada Estado miembro.

Y destaca que el reconocimiento mutuo, del que ya hemos hablado,

[S]e basa en la confianza mutua entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros, por tanto, para que exista confianza mutua, es oportuno que los Estados miembros confirmen una serie de estándar de garantías procesales para sospechosos e inculpados. El objetivo final que se propone la presente iniciativa es, por lo tanto, incrementar el grado de armonización con el fin de reforzar, en la práctica, la confianza mutua. Todos los Estados miembros de la UE son signatarios del principal Tratado que establece estas normas, el Convenio europeo sobre los derechos humanos ⁽³¹⁾, al igual que todos los Estados adherentes y los países candidatos,

³¹ Que en su artículo 6 dice: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

de modo que el mecanismo para lograr la confianza mutua ya está en pie. De lo que se trata ahora es de desarrollar instrumentos prácticos para incrementar la visibilidad y la efectividad del funcionamiento de dichas normas al nivel de la UE.

El propósito del presente Libro Verde es, asimismo, garantizar que los derechos no son «teóricos o ilusorios» en la UE, sino, por el contrario, «prácticos y efectivos». Aunque las diferencias en la manera como las normas procesales nacionales trasladan, en la práctica, los derechos humanos no suponen necesariamente violaciones del CEDH, sin embargo, con la existencia de prácticas divergentes, se corre peligro de dificultar la confianza que constituye la base del reconocimiento mutuo. Esto justifica una actuación de la UE de conformidad con la letra c) del artículo 31 del TUE, que no necesariamente tiene que adoptar la forma de una acción imperativa que obligue a los Estados miembros a modificar sustancialmente sus códigos de enjuiciamiento criminal, sino más bien la de una «mejor práctica europea», cuya finalidad sería facilitar el funcionamiento en la práctica de estos derechos, aportando una mayor visibilidad y eficacia. No hace falta decir que el resultado, en ningún caso, ha de suponer ninguna reducción de la protección actualmente ofrecida por los Estado miembros.

Podemos destacar, dentro de las conclusiones a las que se llegaron, que, “si bien todos los derechos que integran la noción de «derechos del juicio imparcial» eran importantes, algunos derechos eran tan fundamentales que era preciso darles prioridad en esta fase”.

El derecho primordial es el derecho al asesoramiento y a la asistencia por abogado. Si no tiene abogado, un inculpado tiene menos posibilidades de conocer sus derechos y, por consiguiente, de que éstos se respeten. La Comisión considera este derecho el fundamento de todos los restantes.

c) A defenderse por si mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

A continuación, el sospechoso o inculpado debe comprender de qué se le acusa y la naturaleza del proceso, de modo que, para quienes no entienden la lengua de procedimiento, presenta vital importancia disponer de interpretación de lo que se dice y de traducción de los documentos esenciales. En este sentido, al haber establecido que los no nacionales se encuentran en situación de desventaja en los procesos penales, la Comisión quiso incluir una medida que presenta incuestionable utilidad para el extranjero, es decir, la oferta de asistencia consular. Aunque este derecho existe, en principio, desde hace muchos años, la Comisión quiso aprovechar esta ocasión para garantizar que se respeta plenamente, incluyéndolo en el presente Libro Verde como un corolario de los restantes derechos de los no nacionales que propone.

El presente Libro Verde no pretende crear nuevos derechos ni controlar el respeto de los derechos que existen en virtud del CEDH u otros instrumentos, sino, más bien, determinar qué derechos existentes la Comisión los considera básicos e impulsar su visibilidad.

Otros derechos se excluyeron de este Libro Verde por diversas razones. Por ejemplo, La imparcialidad en la práctica de la prueba abarca en realidad muchos derechos y muchos aspectos del proceso ⁽³²⁾. Y en lo referente a él, se entendió que este campo debería abordarse en una medida separada, ya que era demasiado vasto como para ser tratado en un Libro Verde que ya proponía varios derechos.

III. CONCLUSIÓN

Para concluir el estudio de la cooperación judicial en el ámbito penal, es necesario destacar, nuevamente, los importantes cambios y avances que se

³² Abarca, entre otros, el derecho a permanecer callado, el derecho a oír declaraciones de testigos, el derecho a la revelación de pruebas exculpatorias, cómo debe entenderse la presunción de inocencia (si en determinadas circunstancias debe invertirse la carga de la prueba) y muchos otros aspectos del Derecho del prueba.

están produciendo en este ámbito y el nuevo modelo de relaciones de cooperación que se ha inaugurado con la aprobación de la orden de detención y entrega y con el nacimiento de Eurojust, que ponen de manifiesto la voluntad de los Estados de construir un sistema basado en la confianza mutua, que limite a lo estrictamente indispensable el control de las resoluciones emanadas de las autoridades judiciales de otras nacionalidades y en el que las relaciones se establezcan de forma directa entre ellas, todo ello acompañado con la creación de una infraestructura comunitaria que garantice la tramitación de las solicitudes de cooperación desde la fase de instrucción de las causas de un modo ágil y eficaz. O el principio *non bis idem*, que está siendo objeto de un estudio detallado dentro del Programa de reconocimiento Mutuo.

Ahora bien, la incorporación de diez nuevos Estados miembros en el año 2004, no es extraño pensar que afecta a los sistemas de trabajo propios del tercer pilar, en los que sigue vigente, al menos de momento, el principio de intergubernamentalidad y la regla de la unanimidad para la aprobación de nuevos instrumentos. Esta circunstancia va a dificultar notablemente la elaboración de nuevas normas, por motivos tanto formales como sustantivos.

Por otro lado, la incorporación de los nuevos Estados está exigiendo de éstos la realización de una enorme labor, tanto legislativa como administrativa, pues tendrán que completar la incorporación a su ordenamiento de todas las normas dictadas en el ámbito del tercer pilar y adoptar las medidas precisas para garantizar su aplicación práctica, y ello en el triple ámbito de la cooperación policial, la cooperación judicial y la armonización de los ordenamientos penales. Esta circunstancia va a hacer necesario que transcurra un lapso de tiempo razonable antes que pueda afirmarse la existencia de un espacio de libertad, seguridad y justicia homogéneo que comprenda el territorio de la nueva Europa ampliada.

UNA VISIÓN TRIDIMENSIONAL DEL ESTADO MODERNO

Dr. Donato Cárdenas Durán*

ANTECEDENTES

La utopía de la modernidad se ha construido sobre la base de una organización social conforme a la ley, que pretende remplazar la arbitrariedad y la violencia mediante la instauración de un Estado de derecho.

Según el Diccionario de Filosofía de Abbagnano, el uso de la palabra “estado” se debe a Maquiavelo (1469-1527) y se refiere generalmente a la organización jurídica de una comunidad bajo un poder de dominación dentro de un territorio determinado.¹

Maquiavelo es considerado uno de los máximos representantes del Estado Moderno y explica que el estado no se subordina a ninguna instancia superior. En su obra el Príncipe, escribió que un gobernante no debería preocuparse porque sus acciones fueran moralmente buenas o malas.

Antes de Maquiavelo, en San Agustín el estado tiene una significación divina y tiene como deber poner en práctica los principios cristianos; tiene su

* Profesor del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey. Licenciado en Derecho por parte de la Universidad Regiomontana, Maestría en Educación con Especialidad en Derecho por parte del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Actualmente estudia el Doctorado en Estudios Humanísticos en el Tecnológico de Monterrey.

¹ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. 3ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 449.

raíz en la naturaleza humana y propone como intención velar por el bienestar, la paz y la justicia.

Entre el siglo XI y el XV el ideal de estado nación es identificado por un pueblo que se siente unido por una lealtad común a un país que ocupa un territorio definido y tiene su propia existencia política.

A partir del siglo XII se inicia la decadencia del Estado Monárquico para dar paso a un ideal de democracia Moderna. En Inglaterra se establece la Constitución política, a la que denominaron Carta Magna; cuerpo de normas jurídicas y principios fundamentales generados con la intención de limitar el ejercicio del poder al monarca. Posteriormente se establece el Parlamento, y en conjunto con la Constitución son considerados los acontecimientos que marcan el inicio de lo que hoy se denomina como democracia.²

Con el establecimiento del positivismo, como movimiento ideológico determinado por el empirismo; el cual no admite más conocimiento que el que se inicia y termina con la experiencia sensible, surge el positivismo jurídico para dar al derecho el carácter de ciencia y adecuarse al desarrollo que hasta entonces habían tenido los principios de las ciencias naturales.

El positivismo jurídico afirma que sólo serán válidas las normas de derecho si el Estado les ha dado ese reconocimiento y no porque sean dictados de la razón y de la conciencia individual o colectiva.

La búsqueda de un conocimiento puro para el derecho ha desvirtuado sus verdaderos fines al pretender eliminar cualquier elemento no jurídico en su formulación.

Después de la segunda guerra mundial ya no se tiene la certeza de que el positivismo jurídico y el Estado de derecho beneficien a la humanidad. Bajo la expresión positivista de que “la Ley es la Ley” se otorgó a los gobernantes del momento, la potestad de reconocer a todas aquéllas crueldades y arbitrariedades la forma de ley.³

² Roselle, Daniel. *Historia Universal*, Editorial Norma, México, 1973, p. 253.

³ Kaplan, Marcos. *Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución*. UNAM, México, 2000, p. 17.

Al lado del positivismo estadual y jurídico, así como el discurso de que el hombre es lo que hace, promueven un cambio en los ideales de la ética influenciados por el liberalismo y el utilitarismo.

El liberalismo es la doctrina que asume la defensa y la realización de la libertad en el campo de la política. En este sentido, es la filosofía de la libertad y del progreso intelectual contra las limitaciones del pensamiento.⁴

La filosofía liberal se desarrolla en dos fases, la primera que corresponde al individualismo; en donde se reconoce al individuo derechos originarios e inalienables, por lo que su doctrina tiene sus fundamentos en el *iusnaturalismo* y en el contractualismo al reconocer la relación que guarda la sociedad humana y el Estado como fruto de una convención; y la segunda, al estatismo que fundamenta el ideal de la democracia moderna.

Las doctrinas liberales promueven como verdad moral lo que el individuo piense y evalúe como bueno o malo. Se plantea la idea de que el juicio moral es sustituido por el sentimiento moral. Contra la filosofía clásica representada por Aristóteles y Santo Tomás que plantearon que se puede conocer objetivamente lo que es bueno y lo que es malo; el liberalismo plantea el individualismo y el subjetivismo.

Adam Smith (1723-1790) es uno de los primeros autores en plantear esta doctrina en su obra *Teoría sobre los sentimientos morales*. Plantea la idea que en la naturaleza del hombre existen algunos principios que le hacen interesarse por el bienestar del otro. Pero el interés por el otro es con la única intención de verse a sí mismo en semejante situación, es decir, sin la posibilidad de trascender a la realidad.

Explica el sentimiento moral en la medida en que se siente identificado con las pasiones ajenas. La identificación de las emociones del uno con el otro en perfecta consonancia.

El liberalismo promueve la autonomía del sujeto. La forma de ubicarse en el lugar del otro no es otra forma que la de determinarse así mismo, ya que

⁴ Montenegro, Walter. *Introducción a las Doctrinas Político Económicas*. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, p. 30.

aprueba y considera que es bueno todo con lo que está de acuerdo y desaprueba y le parece malo todo aquello con lo que no está de acuerdo.

Así que considera que lo bueno y lo malo es subjetivo. Asegura la autonomía de la moral al admitir que la virtud no es acción buena, sino un buen sentimiento.

La Filosofía liberal sirve de fundamento al emotivismo y al relativismo ético, que considera que lo que es bueno está determinado por los gustos y preferencias. Propone la tolerancia como la máxima virtud para el logro de la convivencia y propone el sentimiento moral por encima del juicio o la verdad moral.

Por otra parte, el utilitarismo como doctrina que identifica lo que es bueno con lo útil y sus principios son muy semejantes a los propuestos por la Escuela Epicúrea, aunque John Stuart Mill (1806-1873) afirma ser el primero en haber usado este término.

La moral utilitaria desarrollada primero por Jeremías Bentham (1748-1832) que considera que la naturaleza puso al hombre bajo dos jueces soberanos: el dolor y el placer; y posteriormente por Sturat Mill, quien propone que el fin de las aspiraciones humanas es la felicidad que nos proporciona el placer y la ausencia de dolor; que lo bueno es lo que es útil y nos proporciona ese placer.

La visión de estado, para los ingleses, los franceses y los alemanes es distinta, tomando en consideración que los elementos contingentes que los originaron también fueron distintos. Sin embargo el común a todos ellos es el ideal de la ilustración de un mundo mejor para el logro del progreso y desarrollo de la humanidad mediante el estado de derecho.

A continuación se presenta la visión de tres filósofos que en momentos distintos aportaron su ideal de estado, de acuerdo al momento y lugar que les tocaba vivir, influenciados por esos elementos contingentes que influyen en la conformación de todos los conceptos.

Karl Wilhelm Freiherr von Humboldt (1767-1835)

La razón por la cual se hace un análisis de las propuestas ideológicas de Humboldt, es que este filósofo vive uno de los eventos más importantes en la conformación del Estado Moderno a partir de la Revolución Francesa. Su discurso gira fundamentalmente alrededor de los límites de la acción del estado que se pueden traducir en los fines que la organización estadual debe realizar, sin perder de vista el origen histórico que lo fundamenta.

Karl Wilhelm Freiherr von Humboldt 1767-1835 (Guillermo de Humboldt) filósofo, reformador germano de la lengua y la educación, diplomático y humanista, nació en Postdam, el 22 de junio de 1767. Su padre era oficial en la corte del entonces príncipe heredero de la corona. Después de la temprana muerte de su padre, la educación de Guillermo y de Alejandro su hermano, nacido en 1769 corrió a cargo de la madre, originaria de Francia y procedente de los medios de la colonia francesa de Prusia.

Después de estudiar breve tiempo en la universidad de Francfort del Oder, Guillermo de Humboldt ingresó en 1788 a la Universidad de Gotina, la más importante de las de Alemania, en aquella época. Realizó estudios profesionales de jurisprudencia, aunque le dedicó gran parte del tiempo de sus estudios a la filología clásica y a los problemas de la moderna filosofía Kantiana.

Humboldt se desarrolló en un mundo cultural bajo la influencia del racionalismo y hablaba el lenguaje de los racionalistas; Foster, el Emilio de Rousseau, Lessing, entre otros.

Humboldt tuvo la oportunidad de viajar a Paris en Agosto de 1789, en donde se vio profundamente afectado por la revolución francesa. No le importaba el aspecto político de la revolución, sino el impacto humano que ésta pudiera representar. No obstante lo anterior, realizó importantes contribuciones para el desarrollo de la filología y de la teoría política liberal. Se ha afirmado en múltiples ocasiones que los estudios de Humboldt en realidad no se refieren al Estado ni a los límites de la acción del estado, sino acerca del hombre y sus objetivos de cultura.

Accedió al servicio del estado, al entrar a practicar como ayudante de un tribunal de justicia en Berlín, su actividad no era la más apropiada para despertar el interés político del que carecía. Recorrió con bastante indiferencia esta etapa de sus estudios y después de hacer su examen final de carrera y obtener su título en el verano de 1791, se desligó de la administración pública para entregarse a su sueño acariciado: vivir una vida retraída de idealista, consagrado al estudio, en una de las fincas que su esposa poseía en la Turingia.

A partir de 1802 vivió en Roma realizando actividades diplomáticas y en el invierno de 1808-1809 fue invitado por el barón de Stein para hacerse cargo del departamento de enseñanza y cultos del ministerio Prusiano del interior. Humboldt es considerado una gran figura de la ilustración y fundador de la primera universidad moderna, la Universidad de Berlín en 1809.

En 1810 fue invitado por el Canciller Hardenberg para ocupar el cargo de Embajador en Viena, con el título de Ministro de Estado. Aunque su puesto no le representaba el encanto cultural del medio universitario de donde provenía, si presentaba una oportunidad de participar como estadista, profesión a la que aspiraba conscientemente. Su participación en la redacción de una serie de informes sobre la política vienesa, le valieron fuera considerado por el Canciller como “valiosísimo diplomático”.

La crisis que se vivió de 1813-1815 le dio la oportunidad a Humboldt de ser nombrado por Hardenberg como diplomático permanente, con lo cual asumió todo el trabajo diplomático, actividad que lo conduciría a suceder en el cargo de Canciller de Estado. Al ceder la crisis se generó un distanciamiento entre Hardenberg y Humboldt ya que mientras el Canciller era un hombre político, en el que el Estado no le planteaba ningún problema; Humboldt consideraba había encontrado la solución práctica al problema teórico de la armonía de las esferas de la individualidad y del Estado, y deseaba emprender la reforma estructural que permitiera resolver la controversia entre la vida normal del Estado y las debilidades de la administración pública.

La idea central de Humboldt era crear una sociedad con una política estable que pudiese mantener las tradiciones y al mismo tiempo promoviese el cambio. Un régimen político nuevo, decía, tiene que seguir al que le antecedió, trenzado por la memoria histórica encargada de enlazar el pasado con el presente.

Los estados antiguos, decía, velaban por la fuerza y la cultura del hombre en cuanto a hombre; los estados modernos se preocupan de su bienestar, su fortuna y su capacidad adquisitiva. Los antiguos buscaban la felicidad en la virtud; los modernos buscan la dicha.

El tema central de su filosofía política liberal fue la importancia de la sociedad y la comunidad. Se oponía a los estados grandes, porque estaba convencido de que impedían a los individuos desarrollarse plenamente a sí mismos.⁵

Según él, los tratadistas del derecho político han discutido sobre si el Estado debe velar por la seguridad o debe perseguir también, de un modo general, el bienestar físico y moral de la nación.⁶

Humboldt plantea el problema de la finalidad a la que debe obedecer la institución del Estado y los límites de su acción. La idea fundamental de Humboldt es la de limitar la acción del Estado a garantizar la seguridad, en cuanto a la vida y a la conducta del individuo como finalidad práctica, reconoce la supremacía del individuo sobre la comunidad y del hombre individual sobre el Estado.

La religión, la costumbre y la educación moral fueron puestas por Humboldt fuera de los límites de acción del Estado. Consideraba uno de los límites fundamentales de la acción del Estado el logro de ciertas finalidades con el único medio de que dispone “la técnica coercitiva”.⁷

La tensión con Hardenberg lo llevó a realizar una fuerte crítica sobre la finanzas en el Consejo de Estado, lo que orilló al Canciller a mantenerlo lejos de la carrera ministerial. En 1817 Hardenberg envió a Humboldt como embajador a Londres en donde pudo echar una mirada al porvenir, ya que Londres era considerada la tercera ciudad cosmopolita de Europa.

⁵ Acton Institute, *For the Study of Religion and Liberty* (consultado el 29 de Agosto de 2005) <<http://www.acton.org/es>>.

⁶ Entiéndase por nación al pueblo unido independiente de su voluntad por razones, de raza, religión, lengua y todos aquéllos que pueden considerarse bajo el concepto de tradición.

⁷ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 3ª ed. FCE, México, 2003, p. 451.

En 1819 Humboldt quedó separado de todos sus cargos, el Estado y sus problemas quedaron en el pasado, su tiempo lo consagró al estudio de la cultura india y a sus investigaciones filológicas y murió el 8 de abril de 1835.

Karl Emil Maximilian Weber 1864-1920

El poder político es el centro de la ideología de Weber. En su discurso considera que el estado, la nación y la política son un mismo concepto. Aunque niega la posibilidad de que la historia influya en el desarrollo y la conformación de la sociedad actual. Su propuesta de Estado se ve afectada por los eventos contingentes en que vive; la expresión de su discurso se mueve del imperialismo al parlamentarismo y a la democracia. Antepone la razón de estado a todo principio moral. Al final, su preocupación fundamental es salvaguardar la libertad individual en la sociedad moderna.

Max Weber nació en Erfurt el 21 de abril de 1864. Estudió derecho, economía e historia en Heidelberg, Berlina y Göttingen. En 1889 obtuvo su doctorado.

En 1894 la Universidad de Freiburg le ofreció una cátedra de Economía que Weber ocupó de 1894 a 1896, año en el que pasó a la Universidad de Heidelberg.

En 1918 aceptó la cátedra de economía política de la Universidad de Viena y vive durante este tiempo los acontecimientos revolucionarios de la abdicación del Emperador Alemán y el final de la primera guerra mundial.

En 1919 se encarga de la cátedra de Lujo Bretano en Munich y en 1920 enferma de pulmonía y muere el 14 de Junio de ese mismo año. A partir de los años de la Posguerra Weber es considerado el Padre de la Sociología contemporánea.⁸

En sus escritos políticos Weber realiza un análisis del Estado, la nación y la economía como formas de orientación a la aspiración patológica del poder político, afirmando que los intereses del Estado son la guía de la política.

⁸ Badillo O'Farrell, Pablo. *Fundamentos de Filosofía Política*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 105.

Los discursos ideológicos de Weber son producto de una serie de eventos contingentes ya que vive momentos históricos en la dirección política de Alemania y sus propuestas van del Imperialismo al Estado nacional y de éste al parlamentarismo y la democracia, pero todas están encaminados a justificar la aspiración del poder político como una necesidad para la integración del Estado nacional, al que define como “la organización terrenal del poder de la nación.”

Por otra parte hace una fuerte crítica a los funcionarios, convertidos en burócratas del Estado moderno y quienes verdaderamente detentan el poder estatal, que benefician a la aristocracia, impidiendo que la burguesía acceda a la capacitación para aspirar a la dirección política del estado. Considera que las clases bajas están inmaduras para aspirar a la política, por lo que buscan su protección en el Estado autoritario.

Weber niega que la idea de nación se encuentre vinculada al concepto tradicional de “pueblo unido por características de raza, lengua o tradiciones históricas”. Para él, el estado es el organizador del poder de la nación. El elemento que configura la nación es el poder político. El poder político es una patología vinculada a la idea de nación y de nacionalidad.

Para Weber el Estado y el fenómeno de la política son lo mismo; considera que la política, de la misma manera que el Estado, es la asociación de individuos con vistas a la realización de un fin común. Afirma que cuando se desean alcanzar metas comunes, es posible que haya momentos de violencia; por lo que concluye que en el Estado se puedan encontrar los elementos de asociación y de violencia.

Con la organización del Estado se evita que la violencia se siga reproduciendo en forma incontrolada y concluye que la política es la aspiración a participar en el poder o influir en la distribución del poder dentro del Estado.

Frente al régimen autoritario Weber defiende la necesidad de una organización parlamentaria como la única alternativa de gobierno frente a la burocratización del Estado, cuya función principal será elegir a los gobernantes del país. A partir de 1918 su propuesta es la elección de un líder que emerja ya no del parlamento sino de una elección directa del pueblo.

Finalmente la principal preocupación de Weber era la necesidad de salvaguardar los restos de libertad individual en las sociedades modernas burocratizadas. Consideraba así que la libertad del individuo sólo puede ser realizable bajo un liderazgo democrático.⁹

Aunque no es claro en la propuesta de la libertad individual se deduce de sus escritos que es una libertad para acceder a la política para el mantenimiento de la nación. De tal suerte que no está de acuerdo con los enfoques éticos de la política.

Kelsen, Hans 1881-1973

Para Hans Kelsen el estado es una sociedad políticamente organizada, por ser una comunidad constituida por un ordenamiento jurídico. Niega el aspecto sociológico del estado y que en su conformación pueda existir algún elemento de carácter moral. Considera la legalidad, por seguridad jurídica, por encima de la justicia.

Pensador jurídico y filósofo Austriaco de orientación Kantiana, nacido en Praga el 11 octubre de 1881. Estudió Derecho en Viena y en 1906 obtiene su doctorado; en 1911 ingresa a la universidad de Viena y en 1922 se convierte en su decano y desde 1918 contribuye con la propuesta de una Constitución Federal para contribuir al nacimiento de la República de Austria. Sus propuestas intelectuales promueven la formación de la Escuela Vienesa del derecho y como discípulos se cuenta a Alfred Verdross y Felix Kaufmann, así como Luis Recaséns Siches, Alf Ross y Luis Legaz y Lecambra

En 1930 fue docente en la Universidad de Colonia donde tuvo la oportunidad de estudiar el derecho internacional; durante este tiempo perdía su nacionalidad austriaca y se ve obligado a adquirir la alemana. Con la ascensión de Hitler al poder en 1933 abandonó Alemania y se trasladó a Ginebra en donde entra en contacto con los trabajos desarrollados por la Liga de las

⁹ Weber, Max. *Escritos Políticos*. Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 49.

Naciones y en 1936 enseñó en la Universidad de Praga, tiempo en el que renuncia a la nacionalidad alemana y adquiere la checa.

Con el estallido de la segunda guerra mundial en 1939 emigró a los Estados Unidos y en 1941 ingresa como profesor visitante a la universidad de Harvard; en 1943 Roscoe Pound obtiene para él la primera invitación como profesor visitante para el área de ciencias políticas, en Berkeley. En 1945 adoptó la nacionalidad americana.

Sus escritos más importantes son; en 1920 la doctrina general del estado; en el mismo año, esencia y valor de la democracia; en 1933 la teoría pura del derecho; en 1934 teoría general del estado; en 1943 sociedad y naturaleza. En 1944, la paz por medio del derecho. En 1971, ¿Qué es Justicia? Pero su obra más representativa es la teoría general del derecho y del estado, publicada en los EE. UU. en 1945.

Contribuye fuertemente a puntalar el discurso de la impartición de justicia apegado a la legalidad asumida por el estado administrativamente y jurídicamente sometido a la ley.

Mantiene una relación parcial con el círculo de Max Weber, pero recibe influencias ideales de Leo Strisower, Herman Cohen, Eduard Bernatzik y Adolf Mentzel.

Uno de los acontecimientos que más le afectó fue el suicidio de su amigo Otto Weininger efectuado en protesta por haber sido rechazada su tesis doctoral.

Dice Kelsen, que el hombre puede ser educado, es decir, reprimido de sus pulsiones egoístas y violentas y anticomunitarias mediante el derecho. Al mismo tiempo considera la libertad como el valor humano supremo y la democracia como el valor ético-político. Así “frente a la violencia y el egoísmo, la normatividad; frente el editor de la norma, la democracia.”¹⁰

Kelsen dice que el Estado es una comunidad creada por el orden jurídico, por lo que rechaza la existencia de un concepto sociológico de Estado y explica que no puede haber más de un concepto para el mismo objeto de conocimiento.

¹⁰ Correas, Oscar. *El Otro Kelsen*, UNAM, México, 1989, p. 31.

Es considerado promotor de la escuela normativa de Viena, en su teoría pura del derecho elimina cualquier elemento que le sea ajeno a la norma jurídica. Rechaza tanto el positivismo jurídico como la teoría del derecho natural o *iusnaturalismo*. El primero sostiene una independencia total entre la legalidad y la moralidad; el segundo, los vincula. Su postura es, hasta cierto punto intermedia. Se considera positivista, porque el derecho es sólo derecho y no moral; pero el sostener que el derecho es esencialmente normativo lo acerca al *iusnaturalismo*.

La diferencia, respecto de una simple concepción moral del derecho reside en que, la moral se basa en un imperativo categórico, mientras que la norma jurídica lo hace en un imperativo hipotético, el mismo que justifica la potestad coercitiva del Estado.¹¹

Hans Kelsen representa la vertiente formalista, que explica que el derecho proviene no de una voluntad humana, ni de una voluntad superior que pueda fundamentar una ética, sino de una norma fundamental que da validez al derecho, y que en las democracias es la constitución.

Para Kelsen la justicia es la felicidad social, mi justicia dice, es la justicia de la libertad, de la paz, de la democracia y de la tolerancia.¹²

En su obra, "Teoría General del Derecho y del Estado," Kelsen explica la dificultad para conceptuar el estado, por ser un término multívoco, es decir que es usado indistintamente para designar diferentes objetos del conocimiento: a la sociedad, el territorio o la nación.

Para Hans Kelsen, el estado es una sociedad políticamente organizada, por ser una comunidad constituida por un ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista puramente jurídico el estado, dice, es una persona colectiva.¹³

Considero que este concepto acerca del estado se reduce a una visión puramente jurídica y aunque se refiere a la sociedad políticamente organizada,

¹¹ Cortés Morató, Jordi y Martínez Riu, Antoni, *Diccionario de filosofía en CD-ROM*, Herder, Barcelona 1996.

¹² Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?* Ariel, Barcelona, 1982, p. 63.

¹³ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 2ª ed. UNAM, México, 1995, p. 215.

esta concepción también es jurídica, en cuanto la concibe como una persona colectiva.

Considera que jurídicamente el estado es una persona colectiva y aunque no explica a que tipo corresponde, cuando se habla de la persona colectiva se refiere a la asociación de personas para la realización de un fin lícito común y determinado. De tal manera que los elementos del estado como persona colectiva serían: a) asociación de personas; b. realización de un fin en un orden jurídico determinado.

Las preguntas que se pueden plantear son: ¿Cuál es el fin común de la asociación estadual? ¿Por qué y para qué se plantea ese fin? ¿Cómo se pretende alcanzar?

Sin pretender generar un prejuicio en la propuesta normativa de Kelsen, se destaca que no sólo niega el aspecto sociológico del estado, sino también que en su conformación pueda existir algún elemento de carácter moral. Considera a la legalidad, como seguridad jurídica, por encima de la justicia.

Considera que el estado está conformado por un territorio, el cual constituye el ámbito espacial de validez del orden jurídico; por un pueblo, que considera, es el ámbito personal de validez de la norma jurídica nacional; por último, el poder del estado como el elemento de validez y eficacia del mismo ordenamiento.

La congruencia sobre el concepto de estado y los elementos que lo conforman, lo llevan a afirmar que el territorio no es sólo una consideración geográfica, sino que es la unidad territorial como ámbito espacial de validez del orden jurídico. De tal suerte que si una norma jurídica ordena que coactivamente se ejecuten actos en el territorio de otro estado, sería considerado ilegal contra el orden internacional. Así que los límites de la norma nacional es el derecho internacional.

Por otra parte el territorio, es una forma tridimensional constituida por el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo. Como características y excepciones del ámbito espacial de validez, Kelsen expone las siguientes: a) la impenetrabilidad, es decir, el principio de que el orden jurídico tiene validez para un territorio; la excepción al principio, son los tratados internacionales y el derecho internacional en materia de guerra.

En cuanto al segundo elemento del estado, el pueblo, está constituido por los individuos cuya conducta se encuentra regulada por el orden jurídico nacional. Un aspecto que se puede subrayar, es que cuando se refiere a las características del pueblo, habla de la ciudadanía o nacionalidad; dos conceptos distintos que él utiliza como formas semejantes. Sin embargo la diferencia no sólo es jurídica, sino también de carácter moral y político. El ciudadano "*civitas*" es el que pertenece a la ciudad y el que goza de ciertos derechos de carácter político, mientras que la nacionalidad corresponde a la identidad de tradiciones de un grupo de individuos.

El pueblo dentro de su territorio se encuentra sometido a la competencia de un estado, pero, ¿Hasta dónde llega la competencia del estado? En este sentido afirma que cuanto mayor es la competencia estadual, más se limita la libertad personal. De ahí que en la actualidad se pueda hablar de un estado interventor y de un estado mínimo, dependiendo del fin que se pretenda alcanzar.

Por lo anterior se puede deducir que la idea de competencia del estado con relación al pueblo, se refiere a la forma en la que aquél regula la conducta para limitar más o menos la libertad personal. El estado así concebido, está por encima del individuo y tiene como fin imponer límites a la acción del pueblo a partir de la regulación de su conducta mediante un ordenamiento normativo.

Por último, en lo que se refiere a los elementos que conforman el estado, está el poder; cualidad estatal a la que el pueblo se encuentra sujeto. También se habla del poder, cuando se hace referencia a una función del estado: legislativa, ejecutiva y judicial.

En su teoría del estado, también se presentan algunas formas de gobierno, tales como la democracia y autocracia. Trata de explicar que es en la democracia en donde se puede alcanzar la idea de libertad propuesta a partir de la revolución francesa. Sin embargo su idea de libertad democrática, es fundamentalmente política ya que la considera como una forma de autodeterminación política.

Propone la igualdad, como una forma de restricción a la libertad, para alcanzar el principio de mayoría como elemento de la noción de la democracia. El individuo dice, quiere la libertad para él, pero también para el otro, ya que están constituidos de la misma naturaleza.

De acuerdo a las concepciones de Kelsen, al estado es necesario asignarle apellido para identificar sus fines. Con el estado democrático se limita a la autoridad y se promueve las siguientes manifestaciones de libertad: de opinión, religión, tolerancia y especialmente dice, la libertad de ciencia.

Por otra parte una de las características esenciales en los estados democráticos, es que el centro de las funciones gubernamentales se traslada al poder legislativo y se impone la legalidad como mecanismo de control, de tal manera que todo acto estatal se justifica a partir de su conformidad con la ley y se presume que es justo.

Así que los fines del estado en Kelsen se reducen a las formas en las que se expresa el control mínimo o máximo de la libertad, según lo que se pretenda alcanzar. Cuando se refiere a la democracia se trasladan las formas operativas a la voluntad de la mayoría, en los principios de libertad e igualdad sometidas al imperio de la ley.

Kelsen, vive los estragos de la segunda guerra mundial en la que se justifica el Holocausto por el cumplimiento de la ley. Visto en retrospectiva, en la resolución de los tribunales internacionales conformados *ad hoc*, se consideró que los actos en el régimen nazi eran inmorales aunque fueran de conformidad con la ley vigente y debieron de evitarse. Definitivamente que esta resolución ha sido un duro golpe a la legalidad, al positivismo jurídico y a la concepción de estado de Kelsen, al considerar otros aspectos de carácter moral por encima de la ley vigente.

El nuevo discurso acerca del estado, deberá promover la conciliación de las tensiones entre la ética, la política y el derecho, en concordancia con la libertad, la igualdad y la seguridad en todas sus expresiones, tratando de evitar el paradigma de la organización política posmoderna: la libertad económica para promover el desarrollo, afectando el orden estadual, ético, jurídico y político de una nación.



LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Dr. Pedro Torres Estrada*

INTRODUCCIÓN

Para comprender el actual estado de las instituciones constitucionales que le dan vida a Nuevo León, tenemos que conocer su origen, pero sobre todo, tenemos que conocer su evolución hasta nuestros días. La intención del presente capítulo es la de realizar un estudio histórico-sistemático y comparativo-descriptivo de las cinco constituciones que han tenido vigencia normativa en el estado (1825, 1849, 1857, 1874 y 1917), analizando principalmente la evolución de los derechos fundamentales, el sistema electoral, el poder ejecutivo, el poder legislativo, el poder judicial, los entes locales y el procedimiento de reforma a la constitución estatal.

En cada una de las constituciones estudiadas, iniciamos haciendo un marco histórico-político que nos permita vislumbrar el contexto que se vivía tanto a nivel nacional como a nivel estatal, lo cual esperamos ayude a comprender las razones y el porqué de la configuración de cada una de las Constituciones en el momento histórico de su creación.

* Profesor-Investigador de la Escuela de Graduados en Administración y Políticas Públicas y del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Investigadores ayudantes Sara Cantú, Luis Garza y Josué Gradilla.

Así también, para mayor facilidad de la lectura, en cada una de las Constituciones estudiadas se efectúa un apartado con cada uno de los temas ya mencionados. Lo anterior, permitirá al lector poder distinguir con facilidad como ha venido evolucionando, por ejemplo, el gobernador del estado en cada una de las constituciones. Es decir, si se lee solamente el apartado del poder ejecutivo en las cinco constituciones se distinguirá fácilmente como ha ido evolucionando la institución ejecutiva hasta el momento actual. Confiamos que este modelo permita al lector moverse con facilidad e interés entre los textos constitucionales que han tenido vigencia y que han estructurado la vida institucional del Estado de Nuevo León.

LA CONSTITUCIÓN DE 1825

MARCO HISTÓRICO-POLÍTICO

Cuando se inicia la vida independiente y la vida constitucional mexicana, el estado de Nuevo León era parte de las llamadas provincias internas de oriente conjuntamente con Tamaulipas, Coahuila y Texas, ocupando un territorio de aproximadamente doscientas leguas de extensión.

Con la abdicación a la corona imperial por parte de Agustín de Iturbide el 19 de marzo de 1823 y su decisión de emigrar hacia a Europa¹ se abre en México no sólo un nuevo panorama histórico-político sino también un nuevo panorama constitucional en los estados de la naciente República mexicana. Asimismo, aparecen nuevos personajes en la vida política nacional mexicana, encabezados ellos por los generales Nicolás Bravo, Vicente Guerrero, Antonio López de Santa Anna y Guadalupe Victoria. En el mismo año de la salida de Iturbide se forma lo que se va a llamar el Supremo Poder Ejecutivo, integrado por los generales Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Pedro Celestino Negrete.

A inspiración de este Supremo Poder Ejecutivo va a hacer convocado el Congreso Constituyente de 1824 el cual juro el acta constitucional que ya

¹ Schlarman, Joseph, *México tierra de volcanes*, México, ed. Porrúa, 1969, p. 273.

había sido firmada en enero del mismo año por Don Miguel Domínguez, Vicente Guerrero y Don José María Michelena.

Como consecuencia de lo anterior, el soberano Congreso General Constituyente en su decreto número cuarenta y cinco establece que Nuevo León será en lo sucesivo un Estado de la Federación Mexicana y que para la elección de los diputados de su congreso, se observará la convocatoria expedida el ocho del último enero.

Además en este mismo decreto, se especifica que tanto Coahuila como Texas formaran su congreso, con lo que con este también se les da estatus de Estado a estos dos últimos y se fracciona lo que anteriormente había sido las llamadas provincias internas de oriente. Este decreto es firmado por José Cirilo Gómez en su calidad de presidente del Soberano Congreso General Constituyente el siete de mayo de 1824.²

Asimismo, Lucas Alamán a la sazón de primer Secretario de Estado, firma el decreto del Supremo Poder Ejecutivo en el que se establece que el Soberano Congreso ha dispuesto que: “Nuevo León será en lo sucesivo un estado de la federación mexicana, y para la elección de los diputados de su congreso se observará la convocatoria en ocho del último enero.”

En tal contexto, la Diputación Constituyente del Estado de Nuevo León fue elegida el día once de julio de 1824 quedando integrada en el siguiente orden distrital: Dr. José Francisco Arrollo, José Ma. Gutiérrez de Lara, Lic. Pedro Agustín Ballesteros (después sustituido por José Andrés de Sobrerilla),³ Cosme Aramberri (después sustituido por Pedro Antonio de Eznal), Lic. Juan Bautista de Arizpe, Lic. Rafael del Llano, José María Paras, José Juan de la

² Nava Coello, Pedro, *Las más importantes leyes y decretos*, 3ª. Edición, México, Congreso del Estado de Nuevo León, 1998, p. 20.

³ Constitución Política del Estado de Nuevo León (texto vigente) Edición Oficial conmemorativa, Congreso del Estado de Nuevo León, Legislatura LXX, 2004, p. 13.

Garza Treviño, Antonio Crespo y José Manuel Pérez.⁴ Las suplencias recayeron en José Andrés García de Evia y Francisco del Corral.⁵

Por su parte, en el poder ejecutivo estatal fue nombrado por el Congreso Constituyente con el nombre de gobernador (recordemos que la Constitución de 1824 tiene una fuerte influencia de la Constitución de los Estados Unidos)⁶ a Don José Antonio Rodríguez, dicho nombramiento se realizó el once de agosto de 1824 mediante el decreto número cinco del Congreso Constituyente de Nuevo León. Hay que señalar que la designación fue hecha con carácter provisional.

Al aprobarse la Constitución federal el tres de octubre de 1824,⁷ esta disponía que la misma tenía que ser votada por las entidades federativas el veintisiete de octubre del mismo año. Sin embargo, en Nuevo León se juró hasta el catorce de noviembre sólo por los municipios de Monterrey, Linares y Cadereyta, aunque días después se juró en el resto del Estado. Queremos resaltar que esta Constitución en su artículo quinto eleva a rango constitucional el status de Nuevo León como Estado integrante de la federación mexicana.

⁴ El decreto número tres del primer Congreso Constituyente obligaba a que las autoridades, empleados y corporaciones profanas del Estado así como civiles y militares y eclesiásticas juraran obediencia al poder constituyente estatal y reconocieran como legítimas a las autoridades que emanaran de él. Además el decreto número seis de 23 de agosto establecía que toda persona que no hubiera prestado juramento debían de salir inmediatamente del Estado.

⁵ Flores Treviño, Jesús, Pansza Treviño, Sergio y Araiza Rivera, Ernesto, *Las leyes electorales de Nuevo León. Semblanza histórico-político-legislativa*, Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999, p. 18.

⁶ Barceló Rojas, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 119-123.

⁷ La Constitución de 1824 estuvo en vigor hasta 1835. Como no podía ser revisada sino a partir de 1830, por disposición de ella misma, las reformas que empezaron a proponerse se reservaron para aquel año. Sin embargo, las propuestas de reforma nunca fueron votadas por el congreso. De tal modo, esta Constitución permaneció sin modificaciones hasta su abrogación. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*, 21ª edición, México, ed. Porrúa, 1998, pp.153 y 154.

Ya como estado federado, Nuevo León instaló el primero de agosto de 1824 solemnemente su diputación constituyente y tras siete meses de trabajos legislativos, el cinco de marzo de 1825 se promulgó la primera Constitución del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

En ese momento fungía como presidente del H. Congreso estatal el Dr. José Francisco Arroyo. Es también importante destacar, que antes de esta Constitución hubo algunos bosquejos de Constitución local como la del quince de octubre de 1824. Sin embargo, no la analizaremos en este estudio pues no tuvo una vigencia normativa.

La Constitución de 1825 esta compuesta por XXI títulos y 274 artículos, el título primero habla del Estado en general y principia haciendo mención al nombre de Dios todo poderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, asimismo esta norma suprema también hace alusión a la soberanía del pueblo neoleonés. Lo anterior no es, sino el resultado de la imitación que se hizo a la Constitución federal (de marcada influencia religiosa), la cual también inició haciendo esta evocación. Sin embargo, la Constitución federal no hace mención expresa al término de soberanía, situación que si sucede en la neoleonés.⁸

En este mismo título se hace referencia al territorio y fija que Nuevo León se establecerá en lo mismo que antes era llamada la provincia del Nuevo Reino de León una de las que se decía internas de oriente y luego hace enunciación a los distritos municipales, los cuales eran Agualeguas, Boca de Leones, Cadereyta, Carralvo, China, Cañón de Guadalupe de Salinas, Guadalupe de Monterrey, Huajuco, Labradores, Linares, Marín, Monterrey, Mota, Pesquería Grande, Pílon, Punta de Lampazos, Río Blanco, Sabinas, Salinas, San Cristóbal Hualahises, San Miguel de Aguayo, Santa Catalina, Vallecillo. Además, esta Constitución hace referencia a los que se fuesen formando en lo sucesivo. Por su parte, el artículo segundo proclama la independencia de Nuevo León de cualquier otro estado de la federación mexicana así como de cualquier otro Estado extranjero.

⁸ La frase literal es la siguiente: "*El Estado libre de Nuevo León, Legítimamente representado en sus diputados Constituyentes, establece y decreta en uso de su soberanía...*"

El artículo cuarto de este título alude a lo que sería la cláusula residual del “federalismo” al establecer que: “En todo lo demás no reglado por dicha acta constitutiva y por la Constitución Federal, queda expedito, para procurarse la perfección de su propio bienestar, gobernarse y administrarse por si mismo, según le convenga.”

Por otra parte, el artículo sexto fija la forma de gobierno para el estado, la cual será republicana, representativa, popular y federada. Además, el artículo séptimo establece la división de poderes con sus respectivas reglas para que esto se cumpla, como es que el legislativo no debe de estar en un solo individuo así como ni los tres, ni dos de los poderes, pueden reunirse en un mismo poder.

Como ya mencionamos, el aspecto religioso estuvo muy presente en las primeras constituciones mexicanas y la neoleonesa haciéndose eco de esta influencia estableció en su artículo octavo, que la religión de Nuevo León es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana y además agrega que el estado la protegerá con leyes sabias y justas, de la misma forma prohíbe la práctica religiosa de cualquier otra y establece la imposibilidad de reformar la Constitución en todo lo relacionado con la religión católica (Art. 271).

El título primero también regula las obligaciones de los nuevoleonenses, así como quienes son considerados ciudadanos del estado y cuales son las formas de adquirir dicha ciudadanía. En este punto es interesante comentar el artículo dieciséis constitucional que advierte, que para que un extranjero “de otra nación” adquiriera su carta de ciudadanía, era necesaria la residencia de seis años en algún pueblo del estado, además ser católico, apostólico, romano (entre otras). Observamos en este último requisito nuevamente la importancia de la religión en determinadas resoluciones del estado, las cuales como ya comentamos también fueron producto de la historia nacional en ese momento y no sólo en el estado de Nuevo León.

Para terminar, también este título establece las causales de la pérdida (art. 17) y suspensión de los derechos de los ciudadanos del Estado (art. 19) Es interesante ver como los derechos eran suspendidos, por ejemplo, por no tener veintiún años, excepto los casados que ya tuvieren dieciocho. También

se les suspendían a los mayores de cuarenta años que no supieran leer y escribir. Las causales de la pérdida de la ciudadanía son similares a las que actualmente existen, por eso no enunciarnos las restantes.

A pesar de perder la ciudadanía, existía una facultad exclusiva del Congreso del Estado, el cual en uso de esta potestad podía rehabilitar los derechos ciudadanos al que considerará que lo merecía de acuerdo a sus virtudes y servicios (Art. 18).

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Aunque esta primer Constitución de Nuevo León no tiene un catálogo sistematizado de derechos, sin embargo, esto no quiere decir que no los tuviera, lo que sucede es que aparecen dispersos y en poca cantidad. Al respecto es importante hacer notar, que la tendencia de las Constituciones estatales en ese momento histórico fue la de no establecer un catálogo ordenado de derechos, salvo algunas excepciones (como el caso de la Constitución de Guanajuato).

Como muestra de lo argumentado, el artículo noveno garantiza la libertad individual así como la propiedad privada al fijar que “el Estado garantiza a todo individuo habitante, estante y aun transeúnte la seguridad de su persona propiedad y demás bienes y derechos que le pertenecen”. Y aunque después de este artículo vienen los que serían las obligaciones de los ciudadanos (art. 11) nuevamente en el artículo doce se fija la abolición de la esclavitud. El artículo veintitrés establece el derecho político de votar y ser votado, no obstante el artículo veinticinco prohibía votarse así mismo, a su padre, padrastro, suegro, hijo, entenado o yerno ni a su hermano ni cuñado. El derecho político de votar y ser votado podía restringirse, cuando se demostrare que el ciudadano fue sobornado para que su voto beneficiara a persona alguna (Atr. 28) pero si no era cierta la acusación, los calumniadores recibían la misma penalización.

La división de la Constitución en ese momento no estaba hecha como en la actualidad, es decir, en una parte dogmática y una orgánica. Observaremos como algunos otros derecho los vamos a encontrar en la organización de los poderes, por ejemplo, el derecho a no ser juzgado por tribunales extraordinarios cuya protección la encontramos en la ordenación del Poder Judicial del Estado (Art. 139) así como la garantía del debido proceso (Art. 146).

PODER EJECUTIVO

El poder ejecutivo estaba encabezado por un gobernador y un vicegobernador, los cuales eran elegidos cada dos años. El proceso era el siguiente, cada ayuntamiento enviaba a la diputación permanente una lista de cinco ciudadanos vecinos del estado, por su parte el Congreso, en sesión secreta, abría las listas y el que hubiere obtenido la mayoría absoluta de votos era declarado gobernador y el segundo en número de votos era declarado vicegobernador (Art. 108 fracc. XIV).

Sin embargo, en caso de empate la Constitución establecía que quien definiera fuera la suerte y en caso que no hubiera mayoría absoluta, el Congreso elegía entre las dos votaciones más altas. Así también, existía la posibilidad de reelección indefinida, tanto para el cargo de gobernador como para el de vicegobernador.

Nos resulta interesante comentar que en Nuevo León, al igual que lo que sucedía en los estados de la unión americana, en un inicio el gobernador era elegido indirectamente. El antecedente histórico político, lo encontramos en los gobernadores reales de las colonias del imperio británico, a los cuales se le identificó y asoció al autoritarismo que estos habían ejercido durante la dominación británica.⁹ Por lo que este poder en un inicio estuvo subordinado

⁹ Barceló Rojas, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 119.

a las legislaturas estatales en lo que a su elección se refiere. Aunque en Nuevo León los ayuntamientos jugaban un papel elemental al momento de la elección.

En este contexto, el Gobernador contaba con un órgano cuyas funciones eran consultivas, una especie de Consejo de Estado llamado *Junta Consultiva* (Art. 132), éste órgano estaba integrado por el Vicegobernador, el prelado diocesano, el jefe de la hacienda, el secretario de gobierno y el alcalde primero de la capital. El gobernador tenía que consultar con esta junta todos los asuntos graves del Estado. Por su parte, en el caso de muerte o imposibilidad del gobernador, el vicegobernador entraba en funciones, pero si faltará también éste, entraba a ejercer el cargo el que fuere la primera autoridad política de la capital.

EL PODER LEGISLATIVO

Este poder estaba integrado por once diputados propietarios (Art. 91) y cuatro suplentes, los cuales eran elegidos por lo electores secundarios, de los partidos de todo el Estado. Los legisladores eran electos cada dos años (Art. 68) y eran reelegibles indefinidamente.

En lo relativo a su funcionamiento, las secciones ordinarias empezaban el primer día del mes de febrero y duraban hasta abril, la misma Constitución establecía que no debían de durar más de estos meses (Art. 97) sólo se permitía que el congreso siguiera reunido un cuarto mes, con un voto de las cuatro quintas partes de los diputados. Por la misma votación, se podía dispensar un mes de sesiones en el caso que se hubieran desahogado las cuentas y demás negocios de la inspección del congreso.

En lo relativo a los diputados, el artículo ciento seis les aseguraba la inviolabilidad parlamentaria, al fijar que estos son inviolables por sus opiniones y que no podían ser reconvenidos o juzgados por las mismas. Por su parte, el artículo siguiente establece la incompatibilidad del cargo de diputado con otros empleos. Así también, en el título XV artículo ciento ochenta y cuatro, establece que los altos funcionarios, entre los que se encuentran los diputados,

son inviolables y por consecuencia contra ninguno de ellos se podía proceder penalmente mientras estuvieran investidos de los poderes públicos, esto último es traducido en la actualidad como inmunidad parlamentaria. Dicho poder público (inmunidad) sólo podía retirarse mediante el juicio de censura que sería lo homólogo al actual juicio de procedencia.

EL PODER JUDICIAL

El artículo ciento treinta y seis establece que la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales. Asimismo se les prohíbe a estos el suspender la ejecución de las leyes, así también, le impiden la realización de reglamentos para la administración de la justicia. Además, en materia de derechos fundamentales precisa la garantía de no ser juzgado por tribunales extraordinarios (Art. 139). Que ningún negocio podría tener más de tres instancias (Art. 145) y además se fija la garantía del debido proceso ya que al sentenciar el juez deberá tener en cuenta la expresión del hecho y el texto de la ley en donde se funde (Art. 146) Aunque en esta Constitución se contempla la pena de muerte, sin embargo se le da la potestad al poder judicial de revisar en ultima instancia antes de que se ejecute la misma (Art. 147)

En materia de fueros legales se siguen manteniendo el fuero religioso y el militar, al establecer lo siguiente: “No hace novedad esta Constitución en el fuero clerical, ni tampoco en el militar. Los concordatos nacionales con la Santa Sede, proveerán oportunamente en cuanto concierne al clero y en cuanto concierne a la milicia permanente, proveerán por leyes generales de los Estados Unidos en común” (Art. 150).

LOS ENTES LOCALES

La organización territorial del estado estaba dividida en distritos municipales¹⁰, cuando un distrito tuviere más de mil almas le podía solicitar al congreso que le concediera formar un ayuntamiento. Por su parte, los distritos que tuvieran menos de tres mil almas tenían un alcalde dos regidores y un síndico y los que pasaran de este número de almas hasta llegar a cinco mil tenían dos alcaldes tres regidores y procurador síndico, de cinco a siete mil almas podían tener dos alcaldes cuatro regidores y procurador síndico y los que tuvieran más de siete mil almas, tenían tres alcaldes seis regidores y dos procuradores síndicos y si necesitaban más funcionarios se los podían solicitar al congreso. El cargo del alcalde duraba sólo un año aunque había la posibilidad de reelección (Art. 228).

El ayuntamiento tenía en esta Constitución un haz de competencias bastante extenso y lo que también nos llama la atención es que existía un catalogo explícito de sus potestades en el artículo 230. Entre las competencias más importantes, a nuestro juicio, están las de las fracciones XVII, XVIII, XIX y XX del artículo mencionado.

En este contexto, la fracción XVII le asigna la capacidad de participar en la elección del gobernador (ver Poder ejecutivo). Por su parte la fracción XVIII le otorga competencia para participar en la formación de las leyes. Y asimismo, la fracción XIX le da una de las competencias que desde óptica es la más importante y que consiste en su participación en las reformas que se le hagan a la Constitución estatal (ver Procedimiento de Reforma a la Constitución). Para terminar, la fracción XX le concede al ayuntamiento la autoridad de reglamentar su vida interna mediante ordenanzas municipales para el buen gobierno del distrito y policía de seguridad, corrección, educación, salubridad,

¹⁰ El municipio aparece con la denominación de distrito, además otra figura que se menciona en la Constitución es la del partido. Sin embargo, el artículo doscientos veintitrés hace la aclaración que la figura de los partidos era sólo para facilitar las elecciones y para la circulación de las órdenes y no tenía ningún otro efecto legal en el Estado.

comodidad y demás objetos concernientes al bienestar del individuo. Las ordenanzas tenían que ser puestas a consideración de la junta de vecinos para posteriormente solicitar su aprobación al congreso.

Otra de las actividades importantes del ayuntamiento era la de recaudador de las contribuciones directas generales, es interesante este dato ya que actualmente es al revés, ya que la federación cobra la mayor parte de las contribuciones y luego las reparte a estados y municipios. De acuerdo con la literalidad del artículo 230 fracc. I. el ayuntamiento era la base del sistema de recaudación de los impuestos para posteriormente remitirlas a la tesorería respectiva ya fuera la estatal o la federal.

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

El título XX establece los procedimientos de reforma a la Constitución con el nombre de "Adición y enmienda de esta Constitución." Observamos como esta norma fundamental adopta el término de enmienda para referirse a las reformas a la Constitución, esto como consecuencia de la influencia de la terminología del constitucionalismo norteamericano.

El procedimiento de reforma requería que la propuesta fuera votada por cinco diputados para darle entrada al proyecto, posteriormente se fijaba fecha para sesión extraordinaria y con esto tratar únicamente lo relativo a la reforma y definir "si merece ponerse en consideración del futuro congreso aquel proyecto de adición o enmienda de la Constitución" (Art. 266).

Acto seguido, en caso de tener voto afirmativo, se le notificaba al futuro congreso. Por su parte, la nueva legislatura en su primer año discutía el proyecto y de nuevo lo volvía a votar, en caso de que tuviere la mayoría de los votos se les turnaba a los ayuntamientos para su votación, los que a su vez la ponían a consideración de la junta de vecinos y tenían que manifestar el sentir de su voto antes de tres semanas. Luego de sumados los votos o acciones del estado por la legislatura, se verificaba si existían tres quintas partes a favor de la adición o enmienda para que pudiese publicarse ésta como ley (Art. 270).

Como observamos, la Constitución de 1825 era una norma muy rígida para su reforma,¹¹ y otro dato incesante es el relativo a la cláusula de intangibilidad que ésta tenía, al disponer que no se podían reformar los artículos que instituyen la libertad, la independencia, la religión, la forma de gobierno, la libertad de imprenta y la división de poderes (Art. 271). Y se terminaba este título haciendo alusión a la supremacía de la Constitución federal sobre la local, al fijar que si la Constitución local contrariare a la federal debería ser reformada por esta última (Art. 272).

LA CONSTITUCIÓN DE 1849

EL CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

El origen de esta Constitución es el año de 1847 en donde se presenta en México el restablecimiento de la Constitución federal de 1824.¹² Es importante recordar que en México en esos momentos de rehabilitación constitucional, también pasaba por momentos difíciles, ya que había sido invadido por los Estados Unidos de Norteamérica.

En especial para Nuevo León, esta guerra fue devastadora, ya que fue uno de los primeros estados en ser invadido (acción que fue realizada por el General Zachary Tylor), La ocupación duró cerca de los dos años, 22 meses para ser exacto.

Una vez superado el episodio centralista y la trágica invasión norteamericana, las cosas se empezaban a restablecer y es en este momento cuando surge el proyecto de Constitución para el estado de Nuevo León, siendo en ese período gobernador del estado don José María Parás.

¹¹ Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹² Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 21ª. Ed. México, ed. Porrúa, 1998, pp. 442 y 443.

A pesar de todos los problemas que se presentaron, la VIII legislatura se reunió y redactó la reforma y el restablecimiento de la Constitución estatal de 1825.

Esta legislatura fue considerada como el segundo congreso constituyente de Nuevo León según el decreto del 28 de diciembre de 1848 (aunque en el preámbulo el texto se presenta como reforma a la de 1825) y estaba integrada por el Lic. Trinidad de la Garza Melo, Lic. Domingo Martínez, Lic. Manuel P. De Llano, Dr. José Sotero Noriega, Hermenegildo García Guerra, Antonio Treviño y Martínez, Atenógenes Ballesteros, Jesús Garza González, José Silvestre Aramberri, Pablo González Amaya, Diputados suplentes: Francisco Tijerina (sustituyó al dimitente Atenógenes Ballesteros); Pedro Cortés.

Este Congreso inauguró el primer período de sus sesiones el 1º de febrero de 1849¹³ y el nuevo texto constitución estuvo listo y aprobado el 29 de octubre del mismo año.¹⁴

La Constitución de 1849, contiene X títulos y ciento sesenta seis artículos, los dos últimos son transitorios. Como ya distinguimos, a diferencia de la primer Constitución del Estado, esta es más pequeña pues tiene once títulos menos y también ciento ocho artículos menos que su antecesora. Como ya indicamos, este texto se presenta en su preámbulo no como una nueva constitución, sino como una reforma a la Constitución de 1825.

Al igual como lo hizo la anterior Constitución, esta también inicia haciendo alusión al Dios todo poderoso y al uso de la soberanía del Estado para justificar y legitimar la mencionada reforma o creación.

Por su parte, el título primero hace referencia a todos los distritos municipales que forman Nuevo León, asimismo nuevamente fija su

¹³ Nava Coello, Pedro, *Las más importantes leyes y decretos*, 3ª. Edición, México, Congreso del Estado de Nuevo León, 1998, p. 101.

¹⁴ Este Congreso estuvo integrado por el Lic. Trinidad de la Garza Melo, Lic. Domingo Martínez, Lic. Manuel P. De Llano, Dr. José Sotero Noriega, Hermenegildo García Guerra, Antonio Treviño y Martínez, Atenógenes Ballesteros, Jesús Garza González, José Silvestre Aramberri, Pablo González Amaya, Diputados suplentes: Francisco Tijerina (entró sustituyendo al dimitente Atenógenes Ballesteros); Pedro Cortés.

independencia y su soberanía frente a los demás estados de la federación así como frente a los extranjeros. Además, establece la cláusula residual del federalismo (Art. 2) y ratifica su forma de gobierno republicana agregando que es representativa popular y federada (Art. 3) Al igual que la Constitución de 1825 confirma que la religión es la católica, apostólica y romana y que el estado la debe de proteger y no admitir el ejercicio de ninguna otra religión (Art. 4)

Por otra parte, en lo relativo a la ciudadanía, esta considera ciudadano neoleonés al que tuviere veinte años, pero en caso de tener dieciocho podía tener dispensa, es decir, tenía que estar casado así como debía de tener un modo honesto de vivir y no haber sido condenado en proceso legal o tener alguna pena infamante (Art. 11).

En este contexto, el artículo catorce establecía las causas por las que se suspendían los derechos del ciudadano, de entre las causas que sobresalían y que nos llamaron la atención, esta la relacionada con el no saber leer y escribir. Aunque hay que hacer la aclaración que esta causal entraría a tener vigencia a partir de 1855, es decir, seis años después de realizada esta norma suprema y sólo para los nuevos que fueran a entrar en el ejercicio de sus derechos (Art. 14 fracc. VI)

A diferencia de esta, la Constitución de 1825 ampliaba el factor de la edad para dicha suspensión, al añadir, los mayores de cuarenta años que no supieran leer y escribir tenían suspendidos sus derechos. En tal contexto, esta Constitución nuevamente faculta al Congreso para rehabilitar los derechos ciudadanos a quien los hubiere perdido.

Para terminar, el título primero hace referencia a un dato que es importante que lo resaltemos y es el relativo a los poderes que forman el Supremo Poder del Estado, el cual además de contemplar al Poder Legislativo, al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo agrega uno más denominado Poder Electoral (Art. 18) sobre el cual abundaremos más adelante.

DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir del artículo cinco, se realiza un pequeño listado de derechos fundamentales como el derecho a la propiedad privada y los derechos políticos (Art. 5), se garantizaba la indemnización en caso de expropiación por causa de utilidad pública (Art. 6) así como también la prohibición de la esclavitud y la garantía que le aseguraba al esclavo que entrara a territorio del estado, el que por este simple hecho ganaría su libertad (Art. 7) Como ya advertimos, en esta Constitución existen más derechos juntos, además de ser un apartado más explícito que el de la Constitución anterior.

Sin embargo, encontramos nuevamente que en el título V donde se regula al Poder Judicial en su sección primera con la denominación "De la administración de justicia en general" vuelve a establecer otros derechos, la mayor parte identificados con el derecho al debido proceso (Art. 95).

Entre estos derechos, encontramos la garantía de que ningún juicio debía tener más de tres instancias (Art. 98), y la garantía de motivar y justificar las sentencias por parte de los jueces (Art. 99). Asimismo, esta Constitución prohíbe que las penas infamantes pasaran de la persona a la que se la impusieron (Art. 102), igualmente prohibía la confiscación de bienes (Art. 103). Por otra parte, abolía la práctica de la tortura (Art. 104), y obligaba a la autoridad administrativa a poner inmediatamente a disposición del juez al delincuente. También hace mención del derecho a la libertad bajo fianza en delitos que no tuvieran pena corporal (Art. 109). Así como garantiza que, no se catearía domicilio alguno ni se registraría papelería, sino con mandato de autoridad competente y con los requisitos legales (Art. 111).

EL PODER ELECTORAL

El Poder electoral recaía en los ciudadanos nuevoleonese que se reunían en asambleas primarias para el ejercicio del mismo (el poder de elección de sus autoridades Art. 20) a cada asamblea primaria le correspondía una sesión que

no fuere menor de doscientos ni excediera de mil habitantes. Por otra parte, por cada doscientos habitantes se nombraba un elector que votaba en el seno de la asamblea. No podían ser electores los que ejercieran mando político, jurisdicción civil, eclesiástica y militar o cura en el lugar donde representaba su encargo.

El poder electoral traducido en las asambleas electorales, se instalaba por su propio derecho y la Constitución les resguardaba su independencia frente a cualquier otro poder y literalmente esta también le aseguraba que no recibiría órdenes de ningún otro poder, ni revisión de sus actos (Art. 31).

A las asambleas les correspondía nombrar directamente a los diputados al congreso del estado en el partido que les correspondía (Art. 26 fracc. I) así como consignar en sus actas los votos de los electores primarios para el nombramiento de gobernador, magistrados, fiscal y otros funcionarios públicos cuya elección les correspondiera a ellos, según la Constitución o las leyes secundarias (fracc. II). Por su parte, el Congreso Estatal en su calidad de asamblea electoral, computaba los votos emitidos en la asambleas para la elección a gobernador y los demás funcionarios que son mencionados en la fracción segunda del artículo veintiséis. En esta situación, el congreso declaraba la elección si recaía en algún candidato que tuviera mayoría absoluta, pero si ninguno reunía esta votación, el congreso elegía entre los que tuvieran la mayoría relativa. Sin embargo, en caso de empate, esta Constitución reiteraba lo de la del veinticinco, es decir, que quien resolvería el caso concreto fuera la suerte (Art. 35 fracc. I).

EL PODER EJECUTIVO

El artículo setenta y cuatro establecía que el poder ejecutivo recaía en el gobernador del estado, un dato importante a destacar es que ya en esta Constitución no contempla la figura del vicegobernador. Por otra parte, la elección del gobernador era cada dos años de forma indirecta según los artículos veintiséis y veintisiete (para la forma de elección ver lo relativo al Poder Electoral) y tomaba posesión del cargo el primero de marzo (Art. 77).

Para ser gobernador, la Constitución pedía además de ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, tener treinta años cumplidos y poseer una renta anual de mil pesos procedente de capital físico o moral, así como no pertenecer a la iglesia, al ejército y no ser empleado federal o de la hacienda pública del Estado (Art. 75).

En el artículo setenta y ocho enumeraban todas las competencias del Poder Ejecutivo, dentro de las que sobresalen, la posibilidad para que mediante orden administrativa del gobernador se decretase el arresto de alguna persona cuando por seguridad y por el bien del estado fuese necesario, con la condición de ponerlo a disposición del tribunal o juez competente dentro de las cuarenta y ocho hora siguientes (fracc. II); Asimismo, tenía la competencia de nombrar personas de su confianza para explorar la observancia de la Constitución en los distritos (municipios fracc. IX) Del mismo modo, se establecía la posibilidad de que el gobernador externara su inconformidad con la ley, previo dictamen del consejo (ver infra) durante los primeros diez días contados desde que se recibió la ley o disposición del congreso, exponiendo los motivos contrarios a la disposición (fracc. XIV) Es decir, el gobernador tenía la posibilidad de vetar la ley aunque necesitaba el previo dictamen del Consejo de gobierno (Art. 66). (Ver infra).

Al igual que en la Constitución de 1825, en esta también el gobernador cuenta con un órgano asesor, aunque en ese momento fue llamado *Consejo de Gobierno* y estaba integrado por el presidente del Supremo Tribunal de Justicia, el jefe de hacienda, del Secretario de Gobierno y dos ciudadanos elegidos por el Congreso. El presidente del Consejo era el presidente del Supremo Tribunal de Justicia (Art. 84).

Como observamos, a diferencia de la Constitución pasada en esta se elimina de este órgano al prelado diocesano, al vicegobernador (pues esta figura ya no existía) al jefe de hacienda y a la primera autoridad política de la capital.

Para terminar, el artículo ochenta y siete le asegura al gobernador su inmunidad procesal y el artículo siguiente establece que quien sustituiría al gobernador en caso de impedimento o imposibilidad temporal sería el elegido por el congreso entre los tres que en la última votación hubieran obtenido la

votación más alta después del propietario. En caso de que el congreso no se encuentre reunido o que el elegido no estuviere pronto a entrar en ejercicio, el Presidente del Tribunal de Justicia tomaría el cargo (Art. 88).

Pero si el gobernador muere o estuviere imposibilitado permanentemente, la legislatura dispondría de las juntas electorales de partido para que eligieran un nuevo gobernador (Art. 89) aunque si la falta del gobernador se diere dentro de los últimos seis meses, el interino nombrado sería el que terminara el periodo de gobierno (Art. 90).

EL PODER LEGISLATIVO

Esta Constitución no menciona expresamente el número de diputados que forman el congreso estatal aunque hace mención que se elegiría bajo la base de uno por cada mil habitantes, o por fracción que pase de cinco mil, no obstante, sí hace alusión a que éstos serán elegidos directamente por los partidos (ver Poder Electoral) todavía el voto no es universal (Art. 38).

Por otra parte, la duración del periodo de los diputados era de dos años y estos se renovaban cada año por mitades (Art. 39) El Congreso se instalaba el último día de enero de cada año (Art. 50).

En lo relativo al periodo ordinario de sesiones, este empezaba el primer día de febrero y duraba hasta el día treinta de marzo (Art. 52) no obstante, el congreso podía ampliar un mes más el periodo ordinario si lo consideraba necesario, pero también podía dispensar un mes de sesiones.

Este texto, establecía que para ser diputado se debía tener veinticinco años cumplidos, ser neoleonés y además poseer una renta anual de quinientos pesos (Art. 40), es decir, la mitad de la que se solicitaba para ser gobernador. Asimismo se les garantizaba a los diputados su inviolabilidad parlamentaria (Art. 46) y su inmunidad procesal, en estos artículos ya no se hace referencia a la inmunidad con el término de poderes públicos como en la anterior Constitución (Art. 47 y 48).

Las competencias del Congreso estaban enunciadas en el artículo sesenta y entre las que consideramos más importantes, encontramos la relativa a la regulación de los votos de los ciudadanos en las juntas electorales de partido para los cargos de gobernador, magistrados y fiscal del tribunal de justicia, así como la de decidir los empates en las votaciones (ver el Poder electoral) Además, tenía la facultad del indulto (Art. XVII) y la fracción XXIX aseguraba la cláusula residual a favor del congreso estatal, al fijar que “últimamente el congreso puede ejercer todas las facultades propias de un cuerpo legislativo en todo aquello que no le prohíba el Acta Constitutiva, Constitución federal, actas de reforma o esta Constitución”.

EL PODER JUDICIAL

En la sesión II del título V se regula lo relativo al órgano judicial y establece el artículo ciento diecinueve que habrá un Supremo Tribunal de Justicia que sería regulado conforme a la ley. Nos llama la atención que los integrantes de este órgano (magistrados y el ministro fiscal) también eran nombrados por las asambleas (ver Poder Electoral) al igual que el gobernador del Estado. La duración en el cargo de los magistrados era de dos años y el tribunal se renovaba de forma escalonada (Art. 125).

Dentro de las competencias más importantes del Supremo Tribunal se encontraban además de las que actualmente mantiene, por ejemplo, ser la última instancia estatal en las causas civiles y criminales, también conocía de los juicios de responsabilidades de los alcaldes por faltas cometidas en su encargo (fracc. VIII) del mismo modo tenía una facultad que resulta interesante y que se encontraba en la fracción X que consistía en asesorar a los jueces de primera instancia cuando tuvieren duda sobre la interpretación de alguna ley. Igualmente este tribunal examinaba y aprobaba el título a los abogados y escribanos (fracc. XI) Además tenía dentro de sus potestades, la posibilidad de hacer su reglamento interno, aunque este en última instancia tenía que estar aprobado por el Congreso del Estado (fracc. XIII).

Por su parte, el artículo ciento veintisiete fijaba un tribunal especial integrado por nueve jueces y un fiscal para que este conociera de las causas y negocios que hubieren de seguirse contra el Tribunal Supremo o contra alguno de sus ministros. Los integrantes de este tribunal eran nombrados por el Congreso del Estado. La figura de este Tribunal especial, nos llama la atención puesto que en la actualidad no existe regulado en la Constitución, además que podría ser un vestigio (claro guardando las diferencias) de un tribunal constitucional estatal ya que existía la posibilidad de que este también conociera del recurso de nulidad en aquellos negocios que el Supremo Tribunal hubiere ya conocido en las tres instancias.

LOS ENTES LOCALES

Los entes locales estaban regulados en el título VI, el artículo ciento treinta y cinco ya fijaba, lo que después se convertiría en uno de los principios constitucionales federales más importante en la materia municipal, nos referimos a la prohibición de instancias intermedias entre el municipio y el Estado (aunque como veremos más adelante, la Constitución del 1874 establecería las jefaturas políticas Art. 107). Asimismo, reconocía la independencia entre las municipalidades. Nuevamente esta Constitución hace referencia a los entes locales con el término de distritos o municipalidades.

En este contexto, se establecía que el gobierno de las municipalidades estaría a cargo de los ayuntamientos y remitía a la ley el número de alcaldes, regidores y síndicos que estos deberían de tener. Dicha ley, utilizaría como criterio para asignar el número de miembros, al número de la población en el distrito. Observamos que esta Constitución en sólo cuatro artículos reglamenta toda la organización municipal.

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

El procedimiento de reforma aparece en el título X de la Constitución y al igual que la Constitución de 1825 es referida como “Del juramento de la Constitución y de sus adiciones y enmiendas” sin embargo, vemos que a este título se le agrega lo concerniente al juramento del texto constitucional.

Así también, advierte que la carta magna en todo momento podía ser reformada, pero dicha reforma tenía que estar apoyada por tres diputados y admitida a discusión por dos terceras partes de los diputados presentes (Art. 159). Sin embargo, para la votación de las reformas se tenían que esperar hasta el próximo período de sesiones (Art. 160) La votación para su aprobación era de dos tercios de los diputados presentes (Art. 161). Por otra parte, la reforma constitucional no permitía el veto por parte del gobernador del Estado a la misma (Art. 79 y 162).

Las leyes relativas a las materias electorales, al indulto, conmutación de penas, la organización del Supremo Tribunal y la relativa a la organización municipal eran consideradas como leyes constitucionales y para su reforma se requería de los mismo procedimientos que para una reforma constitucional, con la salvedad que esta por acuerdo del congreso podía aprobarse en un mismo periodo ordinario de sesiones. Además, establecía la cláusula de intangibilidad al prohibir la reforma de los principios constitucionales fijados en el artículo veintinueve del acta de reforma (Art. 164).

Como observamos a diferencia de la Constitución pasada, en ésta la reforma podía estar respaldada sólo por tres diputados en lugar de los cinco que pedía su antecesora. Asimismo, en esta Constitución ya no participan los ayuntamientos en las reformas constitucionales sino sólo el Congreso del Estado.

LA CONSTITUCIÓN DE 1857

CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

Como efecto de la Constitución federal del 5 de febrero de 1857 fue necesario adecuar la Constitución del estado al nuevo texto constitucional. Sin embargo, esta Constitución estatal no sólo rigió en Nuevo León sino también en Coahuila.

Lo anterior fue consecuencia de la proclamación del Plan de Ayutla de Marzo de 1854 contra la dictadura de Santa Anna, en donde Don Santiago Vidaurri conjuntamente con Zuazua (el cual fue su brazo militar) desconoció a este último y tomó el mando político y militar del Estado de Nuevo León. Por otro lado, proclamó el Plan de Monterrey y decretó que este territorio reasumía su Soberanía mientras un Congreso Nacional establecía un sistema de gobierno federal en la República.

Una vez desconocido el ejército de Santa Anna, Vidaurri organizó el llamado ejército del norte con el cual llegó a ocupar Saltillo, así como proclamó su propio plan titulado “restaurador de la libertad”.

Después del triunfo del plan de Ayutla y fortalecido con sus éxitos, Vidaurri de propia autoridad decretó, el 19 de febrero de 1856, la anexión de Coahuila al estado de Nuevo León.¹⁵ Siendo ya Comonfort presidente, este no aprobó dicho decreto y Vidaurri por su parte no obedeció la orden de entregar el gobierno.

Después de férreas batallas armadas entre el gobierno nacional y Vidaurri, se llegó al llamado Convenio de la Cuesta de los Muertos, con el que ambos quedarían satisfechos. Nuevo León reconocía al Supremo Gobierno y las Tropas de ambos bandos se retirarían de sus posiciones.

Por su parte, los estados de Nuevo León y Coahuila permanecerían formando una sola entidad, previa aprobación de los ciudadanos de Coahuila, la cual se dio con abrumadora mayoría de 4056 votos a favor contra 260 votos. Después se llevó el asunto al seno del Congreso Constituyente, lo que

¹⁵ Roel, Santiago. “Nuevo León: Apuntes Históricos”. Monterrey, México, 1958, p. 158.

provocaría largos debates, pero al final fue aprobada la unión de ambos estados por 60 votos a favor y 20 en contra.

En este contexto, y en cumplimiento del tratado hecho en la Cuesta de los Muertos, Vidaurri entregó el gobierno al Presidente de su Consejo el Lic. Juan Nepomuceno de la Garza y Evia, mismo que le correspondió expedir la convocatoria para integrar el tercer congreso constituyente del estado, apegándose a los preceptos de la Constitución federal que habría de jurarse el 5 de febrero.

Desahogados los comicios del 13 de diciembre de 1856, el gobernador De la Garza y Evia motivó para que se expidiera el 7 de abril de 1857 una convocatoria para que se reuniera el 1 de julio de ese año el nuevo congreso local, pero ahora como ya indicamos, con la calidad de poder constituyente. El XI Congreso Constitucional del Estado inició sesiones solemnemente en la segunda decena de julio del mismo año.

El resultado de los trabajos legislativos culminó con la publicación de la nueva Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León y Coahuila el cuatro de octubre de 1857. Tanto esta Constitución como la federal fueron el fruto de una época turbulenta en el país y como ejemplo de lo dicho, en Monterrey la Constitución local fue llevada a la catedral para su bendición en solemne acción de gracias. Sin embargo, el obispo, Francisco de P. Vereá, Cabildo Eclesiástico prohibió no solamente los sacramentos a quienes la hubiesen jurado sino hasta la entrada al templo a los funcionarios de gobierno y se negó a repicar las campanas el día de la publicación. Conducta que dio lugar a embrollada disputa entre las autoridades civiles y las religiosas. El gobernador Vidaurri arrestó al Obispo y lo desterró de Nuevo León así como también aplicó la Ley Lerdo relativa a la desamortización de los bienes del clero.

Para sintetizar, el 14 de Noviembre de 1857, se publicó la Ley de Procedimientos Judiciales en el Estado y el 17 del mismo mes, por decreto del Congreso, quedó abolida la asistencia de las autoridades y funcionarios públicos a las festividades y ceremonias del culto religioso

La Constitución de 1857 a nivel Federal agudizó los conflictos políticos en todo el país al provocar una reacción más fuerte de parte de los conservadores,

que exigían la total desaparición del nuevo texto legal y aumentó el desconcierto entre los miembros del grupo liberal.¹⁶ El presidente Comonfort desconoció la Constitución de 1857 (estaba convencido de que era imposible gobernar con una Constitución tan “radical”) por lo que, a pesar de que el mismo era un liberal moderado, se unió junto con otros conservadores de la Ciudad de México encabezados por el General Félix Zuloaga y proclamaron el “Plan de Tacubaya” que rechazaba la Constitución de 1857. Como consecuencia de esto, la República vuelve a verse envuelta en una nueva guerra: La Guerra de Reforma también conocida como la Guerra de los Tres Años en la que nuevamente Nuevo León y Coahuila se vieron involucrados, estos estados permanecerían unidos hasta que el 26 de febrero de 1864 Juárez decretó la separación de Nuevo León y Coahuila (Ver el marco Histórico-Político de la Constitución de 1874).

A pesar de lo anterior y para concretar, La Constitución estatal del cincuenta y siete en su inicio hace referencia al nombre de Dios (sigue teniendo el matiz religioso) pero también menciona explícitamente a la autoridad del pueblo de Nuevo León y Coahuila. Lo más relevante, desde el punto de vista constitucional, es que esta carta magna aparece como una nueva constitución independiente de sus antecesoras, es decir, fue producto de un poder constituyente originario estatal y no se presenta como reforma a una anterior, al menos en la presentación. Otro dato es que esta Constitución no es tampoco tan extensa como la de 1825 pues sólo esta constituida por XII títulos y ciento veintidós artículos.

DERECHOS FUNDAMENTALES

En este texto, a diferencia de las dos Constituciones pasadas ya aparece una sistematización de los derechos del hombre en el título I, estos se encuentran

¹⁶ Delgado de Cantú, Gloria, *Historia de México: El Proceso de Gestación de un Pueblo*, México, Ed. Pearson Education, 2002, p. 434.

en los primeros veintinueve artículos de la Constitución en donde se hace alusión a que el pueblo *nuevoleocohuahuilense* reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. Y declara que todas leyes y autoridades del Estado deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución. En este apartado encontramos derechos como el de libertad (Art. 2) el derecho a la educación (Art. 3) el derecho a la libertad de industria o profesión (Art. 4) el Derecho a una justa retribución laboral (Art. 5) el derecho a la libertad de expresión (Art. 6) el derecho de petición (Art. 8) el derecho de asociación y de reunión (Art. 9) el derecho de posesión y portación de armas de fuego (Art. 10) el derecho a la libertad de tránsito (Art. 11) el derecho a la igualdad (12) la garantía de formalidad y legalidad (Art. 13, 14, 15, 28) el derecho a la gratuidad de la justicia (Art. 16) el derecho a la libertad bajo fianza (Art. 17) los derechos del acusado (Art. 19, 23) la prohibición de las penas de mutilación, infamia, marca y azotes (Art. 21) y el derecho a la propiedad privada (Art. 25 y 26).

En este último derecho nos detendremos, ya que establece una limitante importante para la iglesia en el relacionado con la propiedad. Al advertir que la iglesia y las corporaciones civiles sólo deberán de tener los bienes raíces necesarios para la inmediata y directa actividad u objeto de la institución. Además y en relación con la iglesia, ya el artículo trece sólo menciona el fuero militar pero ya no hace referencia al fuero eclesiástico, así también, el artículo cuarenta y dos limitaba el derecho político de votar, a los que pertenecieran al estado religioso.

Para terminar, este título hace la aclaración que la enumeración de estos derechos no tiene por objeto limitar, desigualar ni negar los que retiene el pueblo (Art. 29). Como observamos, este último artículo tiene una gran carga *iusnaturalista* a diferencia del artículo primero que concibe los derechos como garantías *otorgadas* por la Constitución.

EL PODER ELECTORAL

Este poder se encuentra en el título III y nuevamente este texto lo vuelve a mencionar como uno de los integrantes de los supremos poderes del estado, al igual como lo contemplo la Constitución de 1849 (Art. 38) Otro punto muy importante es que esta Constitución ya establece el voto directo de los ciudadanos al fijar que las elecciones para todos los mandatarios públicos son directas en los términos y forma que prevenga la ley (Art. 40)

Sin embargo, se limitaba el derecho de votar a los condenados por penas infamantes, los que hubieren malversado fondos públicos, los incapacitados físicos, los miembros del estado religioso, los militares en ejercicio, los sirvientes domésticos y del campo, los ebrios consuetudinarios y tahúres, vagos, dueños de casas de juegos prohibidos, los procesados criminalmente y los que desempeñaran cargos de elección popular.

Además, resulta interesante mencionar que este texto aseguraba a los ciudadanos el derecho a no ser arrestados mientras estuvieren en los puntos de elección o cuando se dirigieren a ellos. Este derecho tenía vigencia siempre y cuando no se tratara de un delito que mereciera pena capital o del delito de traición, violación de la paz o atentados contra la seguridad pública (Art. 43).

Del mismo modo, este texto le vuelve a asegurar al poder electoral su independencia frente a los otros tres poderes del Estado al fijar que no recibiría ordenes de ninguna autoridad, así como no le podrían impedir sus funciones otro poder, ni tampoco podrían revisar sus actos (Art. 44).

EL PODER EJECUTIVO

El Gobernador del Estado según el artículo cuarenta era elegido en esta Constitución de manera directa, También otro dato a mencionar es que en este texto ya no aparece el órgano consultivo que el poder ejecutivo había tenido en las dos constituciones pasadas, denominado Consejo de Gobierno o Junta Consultiva.

Sin embargo, seguía existiendo la figura del Secretario de Gobierno (Art. 86) el cual era removido por el gobernador a su arbitrio, lo que en gran medida lo hacía perder autonomía frente a este último. Asimismo, perdía vigencia fáctica lo establecido en el artículo ochenta y siete que establecía que ninguna orden se tendría como tal si no iba firmada por el Gobernador y por el Secretario de Gobierno.

En lo relativo a la sustitución del gobernador en caso de imposibilidad temporal, el Congreso elegía un ciudadano que se encargara interinamente del ejecutivo, a diferencia de la constitución de 1849 en esta ya no se elige a uno de los tres que obtuvieron la mayor votación en la elección. Sin embargo, en caso de que el Congreso no estuviere reunido o que el elegido no pudiera tomar posesión el cargo, este lo asumía el presidente del Supremo Tribunal, situación similar a lo que regulaba la anterior Constitución. En caso de imposibilidad permanente, el Congreso llamaba a elecciones, aunque si la imposibilidad se daba en los últimos seis meses del periodo constitucional la elección se omitirá y el interino terminaba el periodo (Art. 90).

EL PODER LEGISLATIVO

Este poder estaba regulado en el título IV, el mismo estaba compuesto por diputados elegidos directamente por los distritos electorales bajo la base de un diputado por cada veinte mil habitantes o por una fracción que pasare de diez mil habitantes (Art. 49). Como notamos, amplia la base para asignar diputados ya que la anterior constitución fijaba la base de uno por cada un mil o por una fracción que pase de cinco mil.

En este contexto, también se establecía la incompatibilidad de funciones para los diputados, al fijar que no podía ser diputado el gobernador, el secretario de gobierno, los magistrados, el fiscal del Supremo Tribunal de justicia, así como los empleados de la federación y los que fueran empleados en las rentas del Estado (Art. 51) y en caso de que quisiera ser elegido diputado tenía que renunciar a su cargo antes de empezar las elecciones (Art. 52).

Como ya nos dimos cuenta, esta Constitución no les establecía un tiempo expreso para separarse de su cargo a los candidatos, sino sólo hacia referencia al inicio del proceso electoral como termino para la separación del puesto incompatible.

Por su parte, el artículo cincuenta y seis les aseguraba a los diputados su inviolabilidad parlamentaria. En lo relativo a los periodos ordinarios de sesiones, esta carta magna cambia el calendario de sesiones del Congreso, de febrero a septiembre para empezar el dieciséis de este último y terminar el día quince de diciembre. Sin embargo, al igual que las anteriores Constituciones, existía la posibilidad de ampliar o disminuir el período por un mes si así lo juzgare necesario el Congreso (Art. 60 y 61).

EL PODER JUDICIAL

El título VI es el encargado de regular a la institución judicial, dicho órgano vuelve a recaer en el Supremo Tribunal de Justicia el cual estaba integrado por magistrados y un ministro fiscal, los cuales eran elegidos popularmente cada dos años (Art. 116). El primer nombrado era el designado como presidente del tribunal (Art. 94).

Un dato relevante de este texto, es que expresamente en su artículo noventa y nueve le elimina al poder judicial estatal cualquier posibilidad de suspender la ley así como la posibilidad de realizar su reglamento para la administración de justicia. Nos llama la atención como no deja duda sobre la imposibilidad de aplicar un sistema de control difuso de las leyes por parte de los jueces locales.

Sin embargo, el artículo ciento veintiséis de la Constitución federal estableció en aquel momento lo siguiente “Esta Constitución, Las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados” Derivado de lo

analizado, nos damos cuenta que hay una contradicción entre el texto local y el federal ya que el local prohíbe la desaplicación de la ley y el federal establece que la ley que no se adecue o que contrarié a la Constitución y las leyes de la unión tiene que desaplicarse para darle preferencia a las leyes federales, aunque en la actualidad este problema ya esta zanjado queda como un dato de contradicción entre las dos normas.

LOS ENTES LOCALES

En las Constituciones de 1857 la materia municipal es escasamente mencionada, tanto en la federal como en la local. En esta última se regula a los entes locales en tres artículos, el ciento seis ya no habla de partidos sino de distritos para lo relacionado con la organización de las elecciones. Por su parte el ciento siete fija la relación de subordinación en el orden político administrativo al gobernador del estado y no reconoce autoridad intermedia entre este y el municipio. Y el ciento ocho reitera lo ya establecido en las anteriores constituciones en materia de gobierno municipal, dicho gobierno estaría a cargo de los ayuntamientos. Como observamos, este texto no habla de administración de los municipios sino de gobierno de la municipalidades, status que como sabemos tiene una gran carga de tipo político cuando menos en el termino que le otorga esta Constitución y que volvería a aparecer en las reformas de 1999 a la Constitución federal.

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

El título XI regula lo relativo a la reforma constitucional, ya esta Constitución se aparta del término que habían venido empleando sus predecesoras para este procedimiento y que lo había venido mencionado con el nombre de adiciones o enmiendas a la Constitución para modificarlo a “De las Reformas a la Constitución”.

Con excepción de lo anterior el procedimiento se mantuvo igual que el de la Constitución de 1849.

LA CONSTITUCIÓN DE 1874

CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

En 1862, México se veía nuevamente invadido por fuerzas extranjeras, esta vez los franceses. Para poder librar la campaña en contra de los franceses y conservadores, Juárez ordenó a Vidaurri que pusiera a disposición del Ministerio de Hacienda las aduanas y demás fuentes de ingresos que correspondían a la federación. Sin embargo, el Estado de Nuevo León y Coahuila, bajo el mando de Vidaurri, retiró su apoyo al gobierno de Juárez, ordenando el primero a todas las autoridades del Estado que no obedecieran mandato alguno del gobierno federal. En respuesta, el 26 de febrero de 1864, Juárez decretó la separación de Nuevo León y Coahuila y declaró en estado de sitio al Estado de Nuevo León obligando a Vidaurri a huir a Texas (aunque regresaría más tarde como Ministro de Hacienda del emperador Maximiliano).

El 4 de abril entró Juárez triunfante a la ciudad de Monterrey sólo para perderla meses más tarde a manos de los imperialistas franceses. Bajo el mando del general Escobedo, lograron recuperar el estado dos años más tarde, en junio de 1866, tras el triunfo de la batalla de Santa Gertrudis. El 15 de Julio de 1867, Don Benito Juárez restablecía el Gobierno republicano en la ciudad de México mientras que en el estado eran convocadas las elecciones, instaurándose el Décimo Cuarto Congreso Constitucional y el 25 de noviembre de ese mismo año, tomó posesión como Gobernador Constitucional del Estado el General Jerónimo Treviño, estableciéndose así el nuevo orden constitucional. En 1869, al ausentarse el General Treviño para atender diversos asuntos militares, el Congreso nombró como Gobernador interino al Sr. Trinidad de la Garza Melo quién elaboró los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos, que tanta falta hacían en el Estado.

En septiembre de 1871 el General Treviño fue reelecto como Gobernador del Estado, mediante un escandaloso fraude electoral. Pocos días después, llegó la noticia a Monterrey de que, en las elecciones presidenciales, Don Benito Juárez había sido electo por mayoría. Irónicamente, el 27 de septiembre del mismo año, el General Treviño se declaró abiertamente en contra del gobierno de Juárez, desconociéndolo como presidente por los abusos e irregularidades cometidos en las elecciones. El Congreso y el Tribunal reprobaron la conducta de Treviño y prefirieron disolverse antes de darle su apoyo. Cuando el levantamiento estaba en su auge, un suceso inesperado vino a cambiar de improviso el curso de los acontecimientos, el 18 de julio de 1872 murió Don Benito Juárez en la capital de la República, sucediéndolo Don Sebastián Lerdo de Tejada quien, desde luego, promulgó una amnistía general para todos los levantados en armas. Así terminó la Revolución proclamada en la Noria por el General Díaz, al quedar sin bandera, pues la muerte del Benemérito realizaba los deseos de sus adversarios. La paz y tranquilidad volvieron al Estado y las divisiones de los jefes contendientes, Rocha y Treviño, entraron juntos a Monterrey en prueba de fraternal armonía.¹⁷

Concluida la Revolución de la Noria con la muerte de Juárez, en 1872, Lerdo de Tejada ascendió a la Presidencia de la República. Su gobierno promovió reformas constitucionales y el Congreso de Nuevo León, en su XVII Legislatura y con Bartolomé Treviño como Presidente del Congreso, se erigió por cuarta vez en constituyente. El 14 de octubre de 1874 fue votada la nueva Constitución y se firmó el 28 del mismo mes.¹⁸

Esta Constitución se presenta como una reforma a la del cincuenta y siete y es un texto que está estructurado en XII títulos y ciento veintidós artículos. La primera novedad que presenta, es que ya en esta no se hace alusión al

¹⁷ Montemayor Hernández, Andrés, *Historia de Monterrey*, México, Asociación de Editores y Libreros de Monterrey, A.C., 1971, p. 208.

¹⁸ Cavazos Garza Israel. En: http://biblioteca.redescolar.ilce.edu.mx/sites/estados/libros/nleon/html/sec_125.html (Consulta realizada el 6 de mayo del 2005).

Díos todo poderoso que sus antecesoras citaban para legitimar tanto la creación (1825, 1857) como la reforma de la Constitución (1849) y sólo se legitima en la potestad que le otorgaba la Constitución de 1857 en su título XI.

Además esta Constitución sólo rigió en el Estado de Nuevo León a diferencia de su antecesora que también tuvo vigencia en el Estado de Coahuila.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Al igual que en la Constitución de 1857 este apartado está regulado en el título I con el nombre “De los derechos del Hombre” sin embargo no abundaremos en él ya que no recibió ninguna modificación substancial en esta Constitución.

EL PODER ELECTORAL

Este poder al igual que lo sucedido con los derechos fundamentales tampoco se modificó fundamentalmente. Dentro de los artículos reformados se encuentra el cuarenta y cuatro, el cual fijaba lo siguiente en la Constitución de 1857 “Las asambleas electorales se instalarán por su propio derecho, son independientes de todo otro poder político, y ninguna autoridad puede darles órdenes, impedir sus funciones, ni revisar sus actos...” Esta Constitución le agregó lo siguiente: “mas estas prerrogativas no las autorizan para obrar contra ninguna ley vigente, ni para revocar ni modificar en ningún tiempo lo que una vez hicieron”. Como notamos esta reforma delimita los actos del poder electoral para someterlo a sus mismas resoluciones y el estado de derecho.

Más adelante en su artículo 46 se adicionó que, “Solamente al Congreso como Suprema Asamblea Electoral y en su receso a la diputación toca conocer sobre la validez o nulidad de una elección en caso de queja”

EL PODER EJECUTIVO

Este poder casi no sufre modificaciones en esta Constitución, sólo se le agrega al artículo ochenta y cuatro (que trata de las facultades del gobernador) una fracción; dicha fracción es la XVII y le obliga al gobernador a que dentro de su período de gobierno visite todos los pueblos del Estado, para conocer sus necesidades, remediar sus males y promover sus mejoras. Por lo demás todo se mantiene igual que en su predecesora.

EL PODER LEGISLATIVO

Este poder recibió pocas modificaciones, sin embargo entre las que recibió podemos enunciar la realizada al artículo cuarenta y nueve, donde fija que por cada veinte mil habitantes o por una fracción que pase de diez mil habrá un diputado, además hacía mención que por cada propietario se nombraría un suplente y agrega que cuando un distrito de dos diputados, los suplentes que se nombren lo serán respectivamente en el orden de su nombramiento,

Por su parte el artículo cincuenta y cinco agrega a los suplentes a efectos de que mientras estén en ejercicio de sus funciones no podrán aceptar empleo o nombramiento remunerado de gobierno ni condecoraciones sin previo permiso del Congreso o de la Comisión permanente.

Asimismo, le otorga al Congreso la facultad de examinar y aprobar los reglamentos municipales y generales para la policía. El artículo cincuenta y siete aclara que el suplente del diputado sólo será por falta absoluta del propietario y el suplente sólo estará en el cargo mientras se hace la elección del propietario. Lo relativo a la elección del diputado fue lo que se agregó al texto constitucional, como observamos esta situación contrasta con lo que sucede en la actualidad en donde el suplente entra en funciones para terminar el periodo constitucional y no de forma provisional.

Para terminar el artículo cincuenta y ocho se reforma para agregar lo relativo a la necesidad de una mayoría absoluta de los diputados para poder instalar el Congreso del estado.

EL PODER JUDICIAL

La organización de este poder se mantuvo sin movimiento sólo se eliminaron dos de sus potestades establecidas en el artículo noventa y ocho. Se eliminó la fracción tercera que establecía que el Tribunal podía conocer de los recursos de protección y fuerza que interpusiera el juez eclesiástico, así también se eliminó la fracción cuarta que le daba potestad al tribunal de declarar si el reo que tomaba asilo gozaba de inmunidad. Por lo demás como ya comentamos este poder no sufrió cambios significativos.

LOS ENTES LOCALES

Los municipios siguen regulados en los mismos tres artículos que en la Constitución de 1857. Sin embargo, se le agrega al artículo ciento siete lo siguiente: “Más cuando el congreso o la diputación permanente lo crean necesario, podrán establecer una o más jefaturas políticas temporalmente en algunas partes del estado y quitarlas cuando cesen las causas que las hayan motivado. Observamos que ya en esta carta magna se empieza a fraguar lo que después sería un constante y que limitaría la autonomía de los municipios ya que estas jefaturas políticas asfixiaron a los municipios y como consecuencia de esta realidad, una de las demandas del constituyente de Querétaro de 1917 fue eliminarlas. No obstante, queremos indicar cuando aparecieron estas en el constitucionalismo del Estado de Nuevo León.

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

En este apartado esta Constitución no modifica en nada a su antecesora.

LA CONSTITUCIÓN DE 1917

CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

El 6 de junio de 1910, llegó a la ciudad de Monterrey, el Lic. Francisco I. Madero en campaña proselitista. Durante esta visita, Madero fue aprehendido logrando escaparse para dirigirse a San Antonio Texas, donde junto con sus colaboradores, redactaron el Plan de San Luis Potosí que declaraba nula la reelección de Díaz y se designaba a Madero como Presidente Provisional. Aunque el resto del país se vio envuelto en levantamientos armados, en Nuevo León la agitación sólo era política. En mayo de 1911 se recibió en el estado la noticia de la renuncia de Porfirio Díaz a la Presidencia de la República, y en junio del mismo año hacían su entrada triunfal a Monterrey las fuerzas “Maderistas de Nuevo León”. Meses más tarde, se empezaron a recibir noticias en Monterrey de importantes sublevaciones antimaderistas en varias partes de la República. El domingo 9 de octubre de 1913 se había iniciado en la Ciudad de México la rebelión ahora conocida como “La Decena Trágica”. En esta rebelión murieron numerosos personajes de la vida política del Estado, entre ellos, el general Bernardo Reyes.

Muerto Madero, el general Victoriano Huerta fue nombrado, sin mucha oposición, Presidente Constitucional Interino de la República Mexicana. Hasta ahora, Nuevo León no había sido más que un espectador en los sucesos que abatían al país. Esta situación, sin embargo, estaba a punto de cambiar. La ciudad de Monterrey fue atacada durante tres días, en octubre de 1913, por los revolucionarios carrancistas que luchaban en contra de la usurpación de Victoriano Huerta; pero las fuerzas federales los obligaron a levantar el sitio.¹⁹ Aunque la ciudad de Monterrey se salvó de este ataque, los pueblos del Sur del estado fueron dominados por los rebeldes revolucionarios. Seis meses después, en abril de 1914, reorganizadas las fuerzas atacantes, volvieron sobre Monterrey y después de una larga batalla, dominaron la plaza. El estado no

¹⁹ Roel, Santiago, *Ob. Cit.*, p. 256.

tardó en seguir la suerte de la capital y pronto cayó también en poder de los revolucionarios. Se reanuda el orden constitucional y en 1916 fueron convocadas elecciones en las que salió electo como gobernador D. Nicéforo Zambrano. El 14 de marzo del mismo año, se expidió un Decreto donde se pedía una elección de representantes a un Congreso de Constituyentes. De esta forma, el Trigésimo Séptimo Congreso Constituyente, estuvo integrado por los diputados: Agustín Garza González, Santiago Roel, Galindo P. Quintanilla, José Treviño Flores, Gregorio Morales Sánchez, Antonio Garza Zambrano, Abel A. Lozano, y Enrique M. Martínez. El 16 de diciembre de 1917 el Gobernador del Estado, Nicéforo Zambrano, promulgó la nueva Constitución.

En la exposición de motivos de la Constitución de 1917, el diputado constituyente Galdino P. Quintanilla afirma, “Nuestro principal trabajo, consistirá en amoldar nuestra Constitución a la Federal de 1917”.²⁰ El constituyente Santiago Roel afirmaba que, “los legisladores constituyentes procuraron también, al reformarla, descentralizar el poder ejecutivo, garantizar más los derechos de los ciudadanos y fijar mejores bases para la prosperidad colectiva, introduciendo en la legislación novedades que fueron dignas de admirarse.

Para terminar, nos gustaría hacer notar que la Constitución federal se presentó como una reforma a la del cincuenta y siete, por su parte, la de Nuevo León de este mismo año, hace referencia a sus funciones de poder constituyente como también lo hace la federal pero la Constitución neoleonesa no hace referencia a que por medio de esta última se reforman las constituciones de 1874 ni la de 1857 sino que como ya comentamos se presenta como una nueva Constitución.

²⁰ Exposición de motivos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

DERECHOS FUNDAMENTALES

En este renglón se reforma el artículo tercero para agregarse lo relativo a la laicidad de la educación en los niveles elementales y superiores, no sólo en las instituciones oficiales sino también en las instituciones particulares. Y además en este texto expresamente se prohibía que las corporaciones religiosas o los ministros de culto pudieran dirigir escuelas de instrucción primaria.

Así también, se establece la vigilancia oficial en las escuelas particulares y la gratuidad de la educación primaria.

Al artículo cuarto se le agrega la garantía que consiste en que a ninguna persona se le puede privar de su salario sino es por resolución judicial, así como también le otorga al congreso la facultad de regular lo relativo al ejercicio profesional.

Por su parte al artículo quinto se le modificó para agregar la garantía a los trabajadores de tipo laboral en los contratos de trabajo. En el artículo séptimo se le adiciona la prohibición de secuestrar la imprenta como instrumento de delito. El artículo noveno garantiza que no se podrá declarar ilegal y por lo tanto no podrá disolverse las asambleas que tengan por objeto realizar peticiones a alguna autoridad, siempre y cuando no lo hicieren con injurias, amenazas o alguna forma de querer intimidar a la autoridad. Al siguiente artículo se le agrega que el derecho de posesión y portación de armas esta limitado a las que no sean de uso exclusivo del ejército.

También se añade una de las garantías más importantes del constitucionalismo mexicano, al establecer expresamente en el artículo catorce que en los juicios se deben de seguir las formalidades del procedimiento así como la conformidad a las leyes expedidas con anterioridad al hecho (principio de legalidad y formalidad).

A su vez, al artículo quince se le agregan una serie de garantías procesales al regular el procedimiento a seguir y a respetar en lo relativo a la orden de aprensión así como en los cateos y regula también lo relativo a las inspecciones y visitas de carácter administrativo.

Al siguiente artículo (16) se le agrega que la justicia no solamente debe ser gratuita sino que se debe de administrarse en los plazos y términos establecidos por la ley. En el subsiguiente artículo (17) se añade que en prisión preventiva no pueden estar juntos los que estén en este status y los que ya estén extinguiendo su pena.

Por su parte, al artículo dieciocho se le adiciona que será responsable la autoridad que ordene la detención de persona alguna o la consienta sin tener la seguridad que se cumple con los elementos del cuerpo del delito por cual se le detiene, asimismo reitera la responsabilidad de la autoridad en caso de que esta cometa abusos con los detenidos.

Uno de los artículos que más se adicionan en este capítulo es el diecinueve al cual se le agregan cinco fracciones. Las garantías que este artículo asegura son las siguientes: el derecho a fianza, derecho a no ser incomunicado, derecho a no declarar en su contra, derecho a saber quien lo acusa y la causa, derecho a ser careado con los testigos que depongan en su contra, derecho a presentar sus testigos con ayuda de la autoridad así como los datos que requiera para su defensa, derecho a ser juzgado antes de cuatro meses o seis meses dependiendo de la pena del delito imputado, Además se otorgaba la garantía de que no se prolongara la prisión por falta de honorarios.

En este contexto, es importante comentar que esta Constitución abolió la pena de muerte para los delitos políticos (Art. 20) Para terminar, el artículo veintisiete reitera la formula del estado de derecho al fijar lo siguiente: “En el Estado de Nuevo León la libertad del hombre no tiene más límites que la prohibición de ley. De la ley emana la autoridad de los que gobiernan y las obligaciones de los gobernados. En consecuencia, el ejercicio de la autoridad debe limitarse a las atribuciones determinadas en la ley”.

EL PODER ELECTORAL

En esta Constitución desaparece el poder electoral como tal, es decir lo que se regula es el sistema electoral en el título III con la denominación “De las

Elecciones” El órgano recayó en las asambleas electorales (y en ciertos casos en el Congreso o comisión permanente Art. 42) encargadas de llevar a cabo las elecciones. Estas siguieron teniendo gran parte de las potestades que había tenido el Poder electoral, de entre las que sobresalen, estaban las de llevar a cabo la renovación de los poderes ejecutivo legislativo, judicial y la de los ayuntamientos del estado.

Por otro lado, este texto remitió gran parte de la organización a la ley reglamentaria. No obstante, dentro de las obligaciones que se le asignan como novedosas en esta Constitución aparece la de levantar un censo electoral cada seis años.

Para terminar nos gustaría comentar, la iniciativa que en materia electoral presento ante el Congreso Constituyente de 1917 por el diputado, Santiago Roel, esta proponía la implementación de un Sistema de Representación Proporcional para las elecciones del Ayuntamiento, sin embargo esta propuesta fue rechazada por considerarse adelantada a su tiempo. No obstante lo anterior, esta situación se llevaría a cabo mucho tiempo después (1976), para ser Nuevo León el primer lugar donde se aplicó y ser el referente para la reforma a la Constitución federal (6 de diciembre de 1977), en donde se estableció esta fórmula en el artículo 115, aunque en ese momento sólo aplicó a los municipios con una población de trescientos mil o más habitantes²¹. Si embargo, el antecedente de este modelo lo encontramos en la propuesta del diputado Roel.

EL PODER EJECUTIVO

Aunque este poder vuelve a estar regulado en el mismo título V como en la Constitución pasada, sin embargo en esta si sufrió algunos cambios

²¹ Madrazo, Jorge, “La representación proporcional en los ayuntamientos de la República mexicana,” *La reforma municipal en la Constitución*, Prólogo de Jesús Romero Flores, México, ed. Porrúa, 1986, p. 107.

significativos, de los que mencionaremos los que a nuestro juicio son los más importantes.

El primero de ellos fue que ahora si se estableció un tiempo para separarse a los funcionarios que estuvieran en los supuestos de incompatibilidad con el cargo de gobernador, dicho plazo para la separación del cargo fue de ciento ochenta días antes del día de la elección (Art. 82).

Otro cambio representativo, es la ampliación del periodo a seis años de gobierno, aunque también en este texto se elimina la posibilidad de la reelección. En esta Constitución se fortalece el poder ejecutivo con nuevas atribuciones mencionadas en el artículo ochenta y cinco, entre estas se encuentra la facultad de nombrar los jueces del Estado civil y los registradores de la propiedad de la terna que al efecto le mandara el ayuntamiento.

Así también, tenía la facultad de suspender provisionalmente hasta por quince días a los presidentes municipales que abusaren de sus facultades, aunque estos tenían la posibilidad de acudir en su defensa al Congreso del Estado. Asimismo el gobernador tenía la autoridad de nombrar y remover libremente al Procurador General del Estado.

A pesar de la fortaleza que este poder adquiere en este texto también se le limitan algunas potestades como la de imponer contribución alguna que no este prevista en la ley o decreto así como no poder movilizar la guardia nacional y demás fuerzas del estado sin previo permiso de la legislatura o la diputación permanente.

Otro dato, es el relativo al artículo noventa y uno que ahora si establece la diferencia entre el gobernador interino el sustituto y el dato a comentar es que en el texto original decía “ni el gobernador sustituto ni el interino podrán ser electos para un periodo inmediato” Sin embargo, el periódico oficial del Estado omitió esta última parte del mencionado artículo al momento de su publicación.

EL PODER LEGISLATIVO

Con relación a este poder se fija que el congreso debería de tener cuando menos quince diputados que durarían dos años, se amplia el número de

población a representar por un diputado, es decir, por cada exceso de treinta mil o fracción mayor de quince mil se nombraría un diputado y un suplente, en la anterior constitución era por cada veinte mil o fracción.

En cuanto a los requisitos para ser diputado se le adiciona el factor de la residencia, la cual tenía que ser no menor de cinco años inmediatos anteriores al día de la elección (Art. 47) los funcionarios que tenían incompatibilidades con la de diputados si querían contender por este puesto deberían separarse ciento ochenta días antes del día de la elección.

Asimismo se amplían los períodos ordinarios de sesiones a dos periodos, el primero iniciaba el 16 de septiembre y terminaba el 15 de diciembre, prorrogable por un mes y el segundo se iniciaba el primero de abril y terminaba el último de mayo, este periodo era improrrogable. También en este texto existía la posibilidad de dispensar un mes de sesiones ordinarias.

En materia de competencias, al artículo sesenta y tres se le agregan trece fracciones de facultades a favor del Congreso. De las facultades que sobresalen se encuentran las siguientes, en materia religiosa, se le da al congreso la potestad de fijar el número máximo de ministros de culto. Así también, se le provee la autoridad de expedir la ley del trabajo para regular todo lo que el artículo 123 le reserva al estado. En el reglón de la educación se le concede la facultad de hacer la ley de enseñanza primaria elemental y superior de acuerdo con el artículo tercero constitucional. Para terminar en materia política se le proporciona al Congreso la posibilidad de otorgar amnistía por delitos de carácter político.

Por otro lado, en las prohibiciones al congreso se le agrega que éste no puede consentir que funcionen como autoridades las que debiendo ser electas popularmente no tengan tal origen (Art. 64)

EL PODER JUDICIAL

Esta Constitución fija que el Supremo Tribunal esta integrado por cinco magistrados propietarios y siete supernumerarios, estos ya duraban en su encargo seis años (Art. 97) y según el artículo cuarenta y uno, al igual que los

otros dos poderes, a sus miembros se les elegía directa y popularmente. Asimismo, los jueces de primera instancia también eran elegidos popularmente (Art. 103) Además de los anteriores, también esta Constitución menciona la figura de los alcaldes judiciales los que tenían funciones conciliadoras y algunas de carácter judicial (Art. 104).

En este título VI también se habla del persecutor de los delitos con el nombre de ministerio público, dicho cargo fue y es encarnado por el Procurador General de Justicia.

Dentro de las nuevas facultades que le otorga al Poder judicial en este título se encuentran la de iniciar ante las legislaturas leyes y decretos para el mejoramiento de la administración de justicia. Esta potestad nos resulta muy interesante ya que en mucho puede ayudar a mejorar la administración de justicia, no obstante en la actualidad el Poder judicial federal no cuenta con esta legitimación.

LOS ENTES LOCALES

Después que en las anteriores Constituciones el tema de los municipios hubiere sido muy poco atendido, esta carta magna vuelve a retomar la discusión de los entes locales y en el fondo es una de las instituciones que más se reformo para su fortalecimiento en este texto constitucional.

Este título, aunque se regula en el mismo título VIII que en la Constitución de 1874, en esta se le modifica el nombre para denominar el apartado “De los municipios” (antes llamado de del Gobierno de los distritos) el artículo ciento dieciocho advierte que el municipio será administrado por un ayuntamiento en el cual los miembros de este se renovarían cada año de forma escalonada (vuelve a aparecer el termino administrar).

Dentro de las innovaciones más importantes, a nuestro juicio, encontramos que se elimina lo que en la antecesora se había llamado jefaturas políticas las que se utilizaron durante el régimen porfirista como una forma de control de las municipalidades (Art. 118). Además, se eleva a rango constitucional la

potestad municipal de manejar libremente su hacienda y su patrimonio, del mismo modo se les otorga personalidad jurídica.

Dentro de las obligaciones del ayuntamiento se encontraban la de enviar la cuenta pública al congreso por conducto del gobernador y previo informe de este, así como informar mensualmente al ejecutivo de la gestión administrativas desarrollada durante este periodo.

Otro dato llamativo es que se establecía el principio de la no reelección para los alcaldes primeros, los cuales no se podían presentar a las elecciones en los dos siguientes periodos a su mandato.

Por su parte el Congreso ejercía cierta tutela hacia los ayuntamientos, al prohibirse que estos fijaren la remuneración sin aprobación de aquel. Además el Congreso fiscalizaba las cuentas municipales y les aprobaba su presupuesto de ingresos y en última instancia era el que aprobaba los reglamentos generales y de sanidad que regirían en el municipio.

Para terminar, nos llama la atención que los tiempos de los mandatos municipales se podían extender cuando por cualquier circunstancia no se presentasen los munícipes electos el primer día del año y los que seguirían ejerciendo sus funciones eran los que debían de cesar (Art. 132) Situación que contrastaba con las reglas exigidas para la renovación del poder ejecutivo federal en la Constitución del diecisiete (Art. 85 CFM).

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

Este procedimiento se mantiene igual en lo esencial. Sin embargo, hubo algunos cambios como la eliminación del requisito de que la reforma constitucional fuera presentada por tres diputados. También se elimina el término “enmienda” del artículo ciento cincuenta.

En este contexto, se cambia el quórum de votación ya que en la anterior Constitución se necesitaba de las dos terceras partes de los diputados presentes, por su parte esta constitución establece que serán dos terceras partes de los diputados que integran la legislatura y no de los presentes (Art. 150).

Para terminar, nuevamente esta Constitución siguiendo la tradición que viene desde el texto de 1849 vuelve fija como leyes constitucionales las relacionadas con la organización de la materia electoral, la del Poder Judicial, la relativa con el indulto o conmutación de penas y la de la organización de los municipios.

LA CONFIGURACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE NUEVO LEÓN EN LA ACTUALIDAD

Para terminar este capítulo, actualizaremos las instituciones que ya hemos venido observando como se han desarrollado a lo largo de las distintas etapas constitucionales por las cuales ha pasado el Estado de Nuevo León. Ahora observaremos como se encuentran reguladas en la actual carta magna estatal.

DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de derechos la Constitución ha ido agregando algunos que no fueron concebidos en el momento constituyente como los siguientes, la prohibición de la discriminación por motivos étnicos, religiosos, de género o por edad. Se fija expresamente la igualdad del hombre y la mujer y se adiciona el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento (Art. 1). Y se asienta el derecho a la salud (Art. 3).

El derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho de los infantes y de las personas adultas a una vida digna y sana. En lo relativo a la enseñanza se establece la obligatoriedad de la educación preescolar, primaria y secundaria y agrega que también el estado promoverá la educación inicial y la educación superior.

Al artículo octavo se le adiciona el derecho de los ciudadanos de acceso a la información pública y establece un órgano autónomo para regular las controversias derivadas de la aplicación de este derecho.

Por otro lado, el artículo quince prohíbe que ningún indiciado pueda ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el cual se le deberá de poner ante un juez u ordenar su libertad. De igual forma, se le adiciona a este que las comunicaciones privadas son inviolables (salvo los casos establecidos en las leyes federales) A este mismo artículo se le añade el derecho a indemnización por daño, es decir, cuando alguna autoridad municipal o estatal cause un menoscabo o perjuicio a los bienes o derechos de la persona (responsabilidad objetiva y directa) la autoridad deberá resarcir el daño.

Al artículo diecisiete se le adiciona que en cuestión de compurgación de penas el ejecutivo organizara el sistema penitenciario y el de infractores de menores y agrega que las mujeres compurgaran su pena separada de los hombres.

Al artículo diecinueve se le adicionan garantías procesales para el inculpado pero también derechos para la víctima u ofendido en el delito. Dentro de las primeras mencionaremos el derecho a ser informado sobre los derechos que le aseguran la constitución estatal y la federal. A las víctimas les asevera el derecho a una asesoría jurídica, a ser informado del procedimiento penal, a coadyuvar con el ministerio público en todos los datos de prueba que puedan ayudar en el proceso, recibir atención médica y psicológica y la obligación del Ministerio Público (M.P.) de solicitar al juez la reparación del daño. Así también, se les asegura a los menores la potestad de poder decidir ser careados o no con el inculpado cuando se trate de los delitos violación o secuestro. Y para terminar la Constitución les da la potestad de solicitar medidas y providencias para su seguridad y auxilio (Art. 19 fracc. VI).

EL SISTEMA ELECTORAL

Aunque este apartado sigue estructurado en el mismo título tercero, lo cierto es que en el fondo poco queda del sentir de este de cómo fue concebido en el diecisiete. Ya no se llama “De las elecciones” sino ahora se denomina de

“Del proceso electoral” La primer gran diferencia es, que se elimina a los integrantes del poder judicial de ser renovado popularmente. Aunque para la renovación de poder ejecutivo, legislativo y del ayuntamiento se reitera el modelo de elecciones libres, auténticas y periódicas a través del sufragio universal, igual, libre y secreto. Por otra parte, la organización de las elecciones si bien es una función de carácter estatal, el órgano encargado de llevarlas a cabo es un órgano autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio. Sus integrantes son designados por consenso del Congreso y a falta de este por dos terceras partes de la legislatura del estado, dicho organismo es denominado Consejo Estatal Electoral. La reglamentación de todo este título es hecha por la ley electoral del Estado la que como ya analizamos tiene el rango de ley constitucional y la cual se encuentra en proceso profundo de reforma por esta legislatura (LXX Legislatura. Mayo 2005).

Para terminar, además del órgano encargado de organizar las elecciones encontramos en la actual constitución una instancia de carácter jurisdiccional independiente y con autonomía funcional y presupuestal (el Tribunal Estatal Electoral) este conoce y resuelve de las impugnaciones y controversias que se suscitan dentro de los procesos electorales. Con estas nuevas instituciones se derogó la potestad al Congreso de conocer de la nulidad de elecciones (Art. 63 fracc. XXXVII) que se le planteó originalmente. Estos órganos han dado certidumbre y confiabilidad a los procesos electorales en el Estado.

EL PODER EJECUTIVO

Al igual que en el origen de esta Constitución, el gobernador sigue durando en su encargo seis años, en la actualidad este texto aclara, que los gobernadores cuya elección sea popular ordinaria o extraordinaria, en ningún caso y por ningún motivo pondrán volver ocupar el cargo ni aun con el carácter de interino, provisional, sustituto o encargado de despacho. No obstante, en el inciso a) del artículo ochenta y cuatro se advierte quienes podrán contender para el cargo de gobernador pero no para el período inmediato, estos son a) El

governador designado por el Congreso para concluir el período en caso de falta absoluta del gobernador constitucional y b) el gobernador interino, el provisional o el ciudadano que bajo cualquier denominación supla faltas temporales del gobernador, siempre que desempeñe el cargo en los dos últimos años del período.

A este título también se le ha realizado algunos cambios en donde se le adicionan ciertas potestades a favor del ejecutivo, unas de estas es la relacionada con la propuesta que este hace a los diputados para el nombramiento de algunas figuras, que en el momento que se redactó esta Constitución no existían, como por ejemplo el Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos o el Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo quien el gobernador propone y el Congreso decide si aprueba dicho nombramiento. Asimismo en este título ahora se regula la figura del Procurador de Justicia que en su origen fue regulado en el título del poder judicial.

También expresamente el artículo ochenta y cinco le añade como potestad expresa del gobernador, que este tendrá el mando de la fuerza pública en el municipio donde residiere habitual o transitoriamente. En este contexto, se le da la posibilidad de conceder el indulto así como la posibilidad de resolver sobre la reducción de penas. Para terminar, la adición a la fracción XXVII le establece como potestad la designación de uno de los Consejeros de la judicatura del Estado.

No obstante lo anterior, también el texto vigente le ha establecido algunos límites o controles al poder ejecutivo, por ejemplo se le eliminó la facultad de suspender presidentes municipales hasta por quince días, también se le quitó la autoridad de fiscalización hacia los entes locales, dicha potestad ahora fue otorgada al poder legislativo. Asimismo también, se le limitó la facultad de remoción de ciertos servidores públicos establecidos en la Constitución o en la ley del servicio civil.

A este título igualmente se le agregó todo lo relativo a la organización de Procurador General de Justicia del estado, del mismo modo la Comisión Estatal de los Derechos Humanos (art. 87) Aunque esta última es considerada como institución autónoma, no obstante aparece mencionada dentro del poder ejecutivo.

EL PODER LEGISLATIVO

Aunque en el inicio de esta Constitución los integrantes de este poder duraban en su encargo dos años, en la actualidad su período es de tres. El día de hoy el texto constitucional fija el número de integrantes de la legislatura en veintiséis diputados, elegidos por el principio de mayoría relativa y hasta dieciséis electos por el principio de representación proporcional. Además se fija un límite de diputados a los partidos, los cuales no puede pasar de veintiséis diputaciones por ambos principios, ni tampoco se les pueden asignar más de catorce por el principio de representación proporcional, situación que no se contemplo de esta manera en el origen de este texto constitucional (Art. 46).

En cuanto al tiempo que se necesita para separarse del cargo y poder contender a una diputación, este se reduce de ciento ochenta días a cien días naturales y también se le adiciona que el gobernador no podrá presentarse a la elección de diputado (Art. 48). Asimismo, se agrega que los diputados propietarios no pueden reelegirse para el periodo inmediato (Art. 49).

De igual forma, se adiciona la potestad que se le otorga al presidente del Congreso de velar por el fuero de los diputados y la inviolabilidad del recinto parlamentario. Nos damos cuenta que este artículo sigue refiriéndose a la inmunidad parlamentaria con el término de fuero. Sin embargo, en esta misma situación se encuentra la Constitución federal en su artículo sesenta y uno, expresión que sería interesante que se reformara en ambas para poder homogeneizar la terminología constitucional.

En cuanto a las potestades del poder legislativo se adiciona al artículo sesenta y tres la posibilidad de suspender o declarar desaparecidos a los ayuntamientos, así como también suspender o revocar el mandato de alguno de sus miembros por dos terceras partes de la legislatura y bajo previa audiencia (fracc. VI). A la subsiguiente fracción se le añade el supuesto de no tener aprobado el presupuesto de ingresos (esto también rige para la de egresos) para el próximo ejercicio fiscal, al respecto, este texto aclara que se seguirá aplicando el que este rigiendo mientras no se apruebe el nuevo. La fracción VIII le otorga al congreso la potestad de organizar la administración pública mediante ley orgánica.

Para terminar, queremos señalar que el congreso es el que aprueba el sueldo del gobernador y de los secretarios, sin embargo el sueldo de los integrantes del ayuntamiento es aprobado por ellos mismos. Del mismo modo, el congreso aprueba los presupuestos de ingresos de los municipios y del Estado (en este último caso también el de egresos) así como fiscaliza, vigila y evalúa el ejercicio financiero del estado y de los municipios (Farcc. X).

EL PODER JUDICIAL

Este poder es representado por el Tribunal Superior de Justicia, los juzgados de primera instancia y los jueces menores. A este título también se le adicionó la figura del Consejo de la judicatura del estado, el cual tiene funciones de carácter administrativo dentro del poder jurisdiccional (Art. 94).

Los integrantes del Tribunal Superior de Justicia pueden durar en su encargo hasta veinte años (Art. 94). A diferencia de cómo sucedía en el origen de esta Constitución, donde los magistrados eran nombrados popularmente, en la actualidad son propuestos por el gobernador pero en última instancia son designados por el Congreso del estado (Art. 63 fracc. XXII).

El poder judicial estatal se ha modificado para configurarse como el garante del control constitucional del estado por medio del Supremo Tribunal de Justicia, porque además de resolver sobre las ramas que ya venía conociendo como la materia civil, penal, y familiar, el día de hoy también conoce de mecanismos de control constitucional local, como lo son la controversia de inconstitucionalidad local y la acción de inconstitucionalidad local.

Independientemente de lo importante que son todas las competencias del Supremo Tribunal, nosotros preferiremos centrar nuestra atención en las últimas potestades que le fueron asignadas en la reforma constitucional publicada el 9 de junio de 2004 al Tribunal.

El primero de los mecanismos comentados es la controversia de inconstitucionalidad local que se utiliza para impugnar actos de autoridad o normas generales que invadan una competencia constitucional destinada a

otro poder u órgano. Este procedimiento puede ser interpuesto por el estado y los municipios así como por los poderes y órganos públicos estatales o municipales. Como ya nos percatamos, este proceso lo que resguarda es el sistema federal y la división de poderes al interior del estado. Otro dato a resaltar, es que el Poder Judicial no puede ser parte actora ni demandada en estas controversias.

Por lo que respecta a la acción de inconstitucionalidad local, su finalidad es la protección a las minorías políticas tanto al interior del congreso como al interior de los ayuntamientos ya que por medio de esta acción se podrán impugnar normas generales expedidas por el congreso o por cualquier ayuntamiento que en abstracto viole los derechos fundamentales o el sistema de competencias establecido en la Constitución estatal.

La legitimación es otorgada a los diputados, tratándose de normas generales expedidas por el congreso y a los regidores para atacar normas generales expedidas por su ayuntamiento. Además de las anteriores figuras también tendrá legitimación procesal para acudir a este proceso el Procurador de Justicia del Estado.

Por lo que respecta al efecto de las sentencias emitidas en este tipo de mecanismos sobre normas generales, la Constitución establece que tendrá efectos *erga omnes* en todo el estado si dicha sentencia logra la mayoría cualificada que determine la ley reglamentaria.

CAPÍTULOS PENDIENTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Para empezar, hay que hacer la aclaración que todavía no se cuenta en el estado con la ley reglamentaria del artículo noventa y cinco que reglamenta los medios de control constitucional (mayo de 2005) por lo que aún no se sabemos a ciencia cierta cual será el desempeño de estos mecanismos ni su eficacia en la vida jurídica y política del estado.

Aunque la justicia constitucional estatal se ha puesto de moda en México tenemos que reconocer que todavía no ha llegado a tener una verdadera

eficacia, esto debido a que los municipios y los demás entes y órganos de poder de los estados, prefieren acudir directamente a la justicia federal (pasa algo parecido con el juicio de amparo) ya que existe cierta percepción de confiar más en la justicia constitucional federal que en la local.

Independientemente que la Suprema Corte de Justicia de México haya dejado claro que ella no puede controlar la constitucionalidad estatal pero si puede controlar las violaciones que afecten indirectamente a la Constitución federal. Además, recordemos que la SCJN puede también conocer de las violaciones a los artículos 14 (el cual se refiere a aspectos procesales) y al artículo 16 (el cual se refiere a aspectos de legalidad) Es por todo esto, que de alguna forma u otra, la gran mayoría de las disposiciones generales o actos estatales pueden ser controlados directa o indirectamente por la corte mexicana.

Como resultado de lo anterior, hasta el momento la justicia constitucional estatal no acaba de despuntar y desarrollarse como un verdadero valuarte de control en lo que respecta a las relaciones entre estados y municipio, la división de poderes y la protección a las minorías parlamentarias en los estados de la República.

Nosotros consideramos que si el criterio se aplicará al revés, es decir, que así como la SCJN puede indirectamente controlar numerosas disposiciones generales y actos de tipo estatal, si lo analizamos bien, la justicia Constitucional estatal también puede controlar por medio de su Constitución indirectamente numerosos actos que se apoyan en la Constitución federal puesto que aquella se fundamenta en esta última.

Si se establece un filtro de tipo procesal que consistiera en implementar como requisito de procedencia el acudir primero a la corte estatal antes de ir a la corte federal, sin perjuicio de acudir posteriormente a la instancia federal (algo parecido al principio de definitividad en el amparo), en mucho ayudaría a fortalecer la justicia constitucional de los estados. Asimismo, se descargaría la gran carga de trabajo de la corte y la consecuencia que esto acarrea, que es el atrofiamiento y la disfuncionalidad de nuestro máximo tribunal nacional.

Para terminar nos gustaría dejar claro que en lo relativo a los medios de control constitucional local, la reforma de 2004 a nuestro juicio, se quedó corta ya que sólo se configuraron los procesos ya analizados y dejó de lado mecanismos tan importantes como el de la acción por omisión legislativa o la auto-cuestión de inconstitucionalidad.

Por ejemplo, el primero hubiera ayudado a presionar a los legisladores a actualizar una serie de normas de carácter constitucional que aun están pendientes de desarrollar en el tintero parlamentario (por ejemplo la ley reglamentaria al artículo 95) y además le hubiera dado más vitalidad al Tribunal estatal como garante de la constitucionalidad.

Como ejemplo de lo comentado, por medio de este control se hubiera resuelto la controversia constitucional 46/2002, en donde la Corte federal le ordenó al Poder Legislativo de Nuevo León que legislase para hacer cumplir las reformas al artículo 115 de la Constitución.

Como ya comentamos, mediante la acción por omisión legislativa esta situación se hubiera resuelto en el estado sin necesidad de acudir a la instancia federal y retardar el fallo (recordemos que la controversia se presentó en el 2002) y por otro lado, que mejor que sea el órgano de control estatal el que resuelva para que no se cometan descuidos como en el que cayó la corte federal por desconocer el funcionamiento de la constitucionalidad del Estado de Nuevo León. Nos referimos al proceso de reforma que requiere la constitución estatal y que abordaremos en siguiente apartado.

PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN LOCAL

En este apartado queremos hacer referencia a dos puntos, el primero de ellos es el relativo a las modificaciones que ha sufrido este renglón en lo concerniente a elevar a norma constitucional la ley reglamentaria del artículo noventa y cinco. Dicha ley regularía los mecanismos de justicia constitucional que ya analizamos en el apartado anterior, es decir, para realizar esta ley reglamentaria se necesitará de los mismos requisitos que una reforma al texto constitucional,

sólo con la diferencia, que si el congreso la quiere votar en un mismo período ordinario de sesiones lo puede hacer, sin necesidad de los dos periodos que se requieren para una reforma al texto constitucional. Por lo demás el procedimiento de reforma permanece sin cambios.

El segundo punto que queremos tocar, es el también ya comentado en párrafos anteriores y que está relacionado con la sentencia que la corte emitió en la controversia 46/2002, en la que le ordenó al congreso que adecuara la Constitución y las leyes estatales a las modificaciones al artículo 115 federal de 1999.

Para el cumplimiento de la sentencia, la corte, dio como plazo el próximo período ordinario de secciones. Sin embargo, la corte no contempló, como ya hemos visto, que para poder reformar la constitución estatal se necesitan de dos periodos, por lo cual aunque se quisiera cumplir dicha sentencia sería imposible ya que la reforma sería inconstitucional pues violentaría el procedimiento de reforma y esta tendría un vicio de forma.

Para terminar, queremos señalar la importancia de la revitalización del federalismo mexicano pero también creemos que ya es momento de federalizar la justicia constitucional, lo cual creemos ayudaría al fortalecimiento de las instituciones estatales pero sobre todo a que la constitución estatal no sea sólo nominal sino tenga una verdadera fuerza normativa.

NACIMIENTO Y CONFORMACIÓN DEL ESTADO EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE THOMAS HOBBS

Jacob Buganza¹

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo, que se refiere a nacimiento y configuración del Estado civil en el pensamiento de Thomas Hobbes, seguiré muy de cerca la manera de tratar el objeto de estudio que utilizan Norberto Bobbio y José Fernández Santillán, representantes de la Escuela de Turín. Por un lado echaré mano de la dicotomía antitética. La antítesis entre los términos, según dice Bobbio, consiste en echar luz sobre un término gracias a la utilización de su contrario. Por ejemplo, el término privado se puede definir como aquello que no es público² y ello, ciertamente, nos ayuda a aclarar los términos que se encuentran en la teoría o filosofía política que examinaremos que es, pues, la de Thomas Hobbes.

Además, la línea argumentativa de este artículo es preponderantemente filosófica, no histórica o ideológica (eso no quiere decir que en algún momento no pueda hacer una referencia de ese tipo). De lo que se trata es de vislumbrar el entramado conceptual con el que se ha “tejido” este sistema político.³ Es lo

¹ Coordinador Académico del Departamento de Humanidades del ITESM CCV. jbuganza@itesm.mx.

² BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 8.

³ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, Fontamara, México, 2002², p. 7. Metodología que este mismo autor pone de manifiesto en: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *El despertar de la sociedad civil*, Océano, México, 2003, p. 30.

que Bobbio llama la “reconstrucción conceptual”,⁴ que no excluye a los métodos histórico e ideológico, sino que se enfoca más bien a los conceptos, al sistema que surge a partir de los principios que se toman como punto de partida.

También haré uso en ciertos momentos de la comparación, que consiste en citar el pensamiento de otros autores con referencia a una misma problemática, es decir, qué es lo que piensan otros filósofos con respecto al tema que esté tratando en Hobbes. Esta metodología, al igual que la anterior, la utilizo en contadas ocasiones, y se basa en que hay temas recurrentes en la filosofía política (el mismo tema puede ser tratado por diversos autores y con diversidad de propuestas).

Lo que más he hecho, o de lo que he echado mano, es de la descripción y la síntesis. En este trabajo he tratado de condensar el pensamiento político de Hobbes contenido especialmente en el *Leviatán*, al cual prácticamente he seguido. Ciertamente se pierden muchas cosas, muchos recovecos que no pueden quedar plasmados aquí por la brevedad del trabajo. Lo cierto es que la intención de este trabajo no es otra que ser una introducción al pensamiento político de Hobbes.

2. LA TEORÍA DE LOS DOS ESTADOS Y EL CONTRATO

Hay dos estados según Thomas Hobbes. Por un lado existe lo que él llama estado de naturaleza y, por otro, el Estado civil. Uno es lo contrario del otro, y el paso o aquello que marca el final del primero y el comienzo del segundo

⁴ BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 7-11. Fernández Santillán le llama también “reconstrucción sistemática”, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 13.

se llama “contrato”. El contrato es, pues, el paso del estado de naturaleza al Estado civil.

El estado de naturaleza es un estado no-político, en donde las pasiones dominan a los hombres,⁵ en donde hay una gran pluralidad de poderes (de hecho, cada individuo es un poder) pues no hay una autoridad o poder común, como le llama Hobbes; y tampoco hay propiedad privada. Lo que sí hay es desconfianza y sospecha hacia los otros, lo cual provoca inseguridad y temor a cada individuo, pues en cualquier momento puede perder su vida violentamente.

El Estado civil es prácticamente lo contrario al estado de naturaleza. Es un estado político, en donde reina la razón (pues se han dado acuerdos o consensos,⁶) hay un solo poder, es decir, hay unidad del poder, al que llama nuestro autor “común”, hay una autoridad pública reconocida por todos, la cual garantiza la propiedad privada, la paz y la garantía de la vida individual.

3. ESTADO DE NATURALEZA

Se comenzará hablando del estado de naturaleza.⁷ Fernández Santillán, apoyándose en su maestro Bobbio, ofrece una serie de puntos que ayudan a

⁵ Para Hobbes hay dos pasiones fundamentales que se relacionan con los movimientos o mociones internas, las cuales son el *deseo* y la *aversión*. Tales pasiones son el *amor* y el *odio*. Ciertamente “lo que los hombres desean se dice que también lo aman, y que odian aquellas cosas por las cuales tienen aversión”, HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México, 1980², I c. 6 (p. 41).

⁶ BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y estado en la filosofía moderna*, *op. cit.*, p. 55.

⁷ Ciertamente la teoría del “estado de naturaleza” es un concepto que viene ya de la antigüedad, como puede atestigüarse en Platón y Cicerón (como enseña Bobbio) e, incluso, en los poetas, por ejemplo, Cfr. OVIDIO, *El arte de amar*, Editorial Tomo, México, 2003³, p. 68-68. El hombre (o el linaje humano), en Ovidio, vivía solo y en un estado cavernícola.

comprender el estado de naturaleza contrastándolo con el estado civil (en Hobbes *Civil Society*): 1) el estado de naturaleza es el punto de partida para llegar a el estado político o estado civil; 2) el estado de naturaleza está constituido por individuos no asociados; 3) existe una relación de contraposición y exclusión recíprocas entre: a) en estado de naturaleza en donde los individuos se encuentran sin quererlo y b) la sociedad civil o estado político que es el resultado de un proyecto racional de los hombres.⁸

Según Hobbes, todos los hombres han sido hechos iguales por la naturaleza. No hay, como decía Aristóteles, hombres que por naturaleza están dispuestos para la esclavitud y otros para mandar (legitimación natural del poder, es decir, *ex natura*).⁹ Todos, pues, son iguales (incluso igualmente libres). Hay diferencias, sin duda alguna, como la fuerza física, pues hay hombres físicamente más fuertes que otros, pero eso no impide que el débil pueda matar al fuerte utilizando su inteligencia o la ayuda de otro,¹⁰ pues ahí radica una mayor igualdad entre los hombres (más que en la fuerza física¹¹) como ya lo indicaba Descartes al comienzo del *Discurso del método*: “El buen sentido [razón] es la cosa mejor repartida del mundo”.¹² Esta igualdad es un rasgo general de la filosofía de la modernidad. “No hay ninguna huella de cualquier complejo de relaciones orgánico-jerárquicas entre señor, vasallo y

⁸ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política* (Presentación de Michelangelo Bovero), Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 17. Para Hobbes “sociedad civil” y “Estado” son lo mismo: Cfr. HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano* (edición de Joaquín Rodríguez Feo), Trotta, Valladolid, 1999, V c. 9 (p. 53).

⁹ “Mandar y obedecer no sólo son cosas necesarias, sino también convenientes, y ya desde el nacimiento algunos están destinados a obedecer y otros a mandar”, ARISTÓTELES, *Política*, I c. 5 1254a2.

¹⁰ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, I c. 13 (p. 100).

¹¹ Cfr. *Ibidem*.

¹² DESCARTES, René, “Discurso del método”, en: el mismo, *Discurso del método – Meditaciones metafísicas*, Editorial Diana, Madrid, 2001, p. 38.

siervo, entre maestro, artesano y aprendiz, entre clérigos y laicos”.¹³ Hay, pues, una igualdad de inteligencia.

Pero, como ya lo indica nuestro autor, de esta igualdad procede el deseo de todos los hombres por acceder a los mismos fines.¹⁴ “Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos”.¹⁵ ¿Cuáles pueden ser estas cosas (que alguien podría identificar con bienes)? Ciertamente hay muchas cosas en las cuales los hombres se identifican en su concepción de bienes, como la propiedad, el alimento, etcétera. El argumento central de Hobbes en este punto es que como en las pasiones hay identidad, los hombres pueden ser enemigos entre sí porque están dispuestos a desear las mismas cosas de manera relativa (ciertamente no de manera absoluta, pues todos tendríamos la misma tabla de valores). Esto origina en el hombre la desconfianza, es decir, el no poderse fiar del otro, de su igual, pues el otro puede privarlo de ciertos bienes, incluyendo la vida. Y el otro tampoco se fia de su igual por las mismas razones; por lo tanto, hay una *desconfianza mutua*. Sin embargo, no sólo la desconfianza es causa de la discordia entre los hombres, sino que el mismo Hobbes añade otras dos: la competencia y la gloria. La primera consiste en el impulso del hombre a atacar a otro(s) para lograr un beneficio; la segunda consiste en ganar reputación,¹⁶ como buen peleador o gran combatiente, por

¹³ KLENNER, Hermann, *Thomas Hobbes. Filósofo del Derecho y su Filosofía Jurídica* (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 39.

¹⁴ Fernández Santillán interpreta la igualdad en Hobbes de tres maneras: a) igualdad de hecho, que consiste en la igualdad de fuerza física; b) igualdad de derecho, pues todos pueden acceder a todas las cosas; y c) igualdad de pasiones, especialmente el deseo de poder, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 21. Este párrafo se centra, ciertamente, en la tercera igualdad. Ahora bien, apunta Bobbio que “para Hobbes los hombres de hecho son iguales, pero deben ser desiguales”, es decir, debe haber un soberano que, legal y legítimamente, sea superior a los demás individuos, Cfr. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad* (trad. Gregorio Peces-Barba), Paidós – Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 88.

¹⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, l c. 13 (p. 101).

¹⁶ *Ibid.*, l c. 13 (p. 102).

ejemplo. Hay, en consecuencia, tres causas que originan la guerra de todos contra todos, a saber, la desconfianza, la competencia y la gloria.

Por ello, el estado de naturaleza está configurado como un estado de guerra.¹⁷ No quiere decir que todo el tiempo haya batallas, puesto que “la naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo que no hay seguridad de lo contrario”¹⁸ que es, evidentemente, la paz, el estado pacífico, que se alcanza, teóricamente, en el estado civil.

Esta guerra de todos contra todos, en donde no hay un tercero que castigue a los culpables, es la definición más clara, a mi juicio, del estado natural. Por ello, “El afán de tranquilidad y de placeres sensuales dispone a los hombres a obedecer a un poder común” y “el temor a la muerte y a las heridas dispone a lo mismo, y por idéntica razón”¹⁹ (también para Locke “El poder civil es el remedio apropiado para los inconvenientes que ofrece el estado de naturaleza”).²⁰

Esto se vuelve más patente con la consecuencia que nuestro pensador saca de la guerra de todos contra todos: *nada puede ser injusto*. La ley no existe, pues no hay un poder en común que haga justicia (fuera de la justicia ejercida por propia mano). No existe todavía un pacto, que consiste en la transferencia de un derecho (una esfera de nuestra libertad) para que se obligue a respetar la propiedad privada. Esto es consecuencia de que no hay una ley que obligue a las personas a actuar de una cierta manera. Lo injusto sólo se

¹⁷ Para Montesquieu, en cambio, “Tan luego (*sic*) [pronto] como los hombres empiezan a vivir en sociedad, pierden el sentimiento de su flaqueza; pero entonces concluye entre ellos la igualdad y empieza el estado de guerra”, MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (trad. Nicolás Estévanez), Porrúa, México, 2003¹⁵, p. 6. Para Montesquieu (y Rousseau), ciertamente, el estado de desigualdad es el estado de guerra, contrariamente a lo que pensaba Hobbes.

¹⁸ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, I c. 13 (p. 102).

¹⁹ *Ibid.*, I c. 11 (p. 80). Añade Hobbes el temor a una “muerte violenta” Cfr. *Ibid.*, I c. 13 (p. 103).

²⁰ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Biblioteca de los Grandes Pensadores, Barcelona, 2002, II c. 9.

dará cuando de antemano ya exista un pacto, o una ley, pues hacer lo que dicta la ley es justo, mientras que violarla o contrariarla es injusto.²¹ La justicia, en el caso de Hobbes, es un acto convencional y artificial como el pacto o contrato social. El contenido de lo que hay que hacer (mínimo respetar el pacto, que parece ser la única norma ética de la que puede echar mano Hobbes) se basa en las preferencias subjetivas de los pactantes. Hobbes, evidentemente, se aleja de los clásicos, como Platón y Aristóteles, y se acerca más bien a la teoría sofística, que consideraba, distinguiendo entre lo natural y lo artificial, lo justo o lo injusto mediante el acuerdo.²²

Ahora bien, en el estado de naturaleza las virtudes “cardinales” principales son dos: la fuerza y el fraude. Sólo así puede el hombre aumentar su dominio, aunque éste no sea legítimo (pues “sólo pertenece a cada uno lo que puede tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo”).²³ Esta conclusión trae, además, una consecuencia antropológica si se interpreta al extremo: el hombre no puede ser otra cosa que un ente solitario, que no puede confiar ni de sus allegados, puesto que en cualquier momento pueden traicionarlo, es decir, realizarle una especie de fraude.²⁴

En otro orden de ideas, hay que realizar una importante distinción entre derecho (*ius*) y ley (*lex*) que, en el caso de nuestro autor, se da mediante el concepto de libertad (Hobbes es considerado por Berns como el padre del liberalismo moderno.²⁵) Para él, el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley es determinante, no deja espacio para la libertad,

²¹ Cfr. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, I c. 15 (p. 118).

²² ARANDA FRAGA, Fernando, “La justicia según Ockham, Hobbes, Hume y Rawls, en el marco de una teoría convencional-contractualista de la sociedad política”, en: *Estudios Filosóficos*, Vol. LII No. 149, Universidad de Valladolid, (2003), p. 55.

²³ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, I c. 13 (p. 104).

²⁴ Dice Hobbes: “La vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecedora y breve”, *Ibid.*, I c. 13 (p. 103).

²⁵ BERNs, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, en: STRAUSS, LEO – CROSEY, Joseph (comp.), *Historia de la filosofía política* (trad. Leticia García, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 383.

pues simple y sencillamente obliga, manda, impera. Dice el especialista Hermann Klenner: "En el estado de naturaleza, un *bellum omnium contra omnes*, una *war every man against every man*, cada uno tiene derecho contra todos. Pero si cada uno tiene derecho contra todos, el efecto de ese derecho sería más o menos lo mismo a la no existencia en absoluto de ningún derecho: la naturaleza se destruye a sí misma y los hombres se asesinan los unos a los otros; no hay industria ni agricultura; ciencia ni cultura ni propiedad ni justicia y la vida de los hombres sería *solitary, poor, nasty, brutish and short*".²⁶ Klenner sintetiza, en este bello párrafo, la preocupación del individuo que se encuentra en el estado de naturaleza. El hombre o individuo no tiene ningún derecho frente al otro, frente a los demás; esto es, no hay ley, que es la que nos brinda ciertas obligaciones frente a los otros. Y, en consecuencia, este individuo no puede estar tranquilo para reflexionar y hacer ciencia, para crear cultura, etcétera. El hombre, como se dijo, sería un solitario, una especie de vagabundo. Lo que se anhela, en consecuencia, es vivir conforme a las leyes de la naturaleza que sería una regla de conducta racional establecida por los individuos que transformaría la guerra de todos contra todos en una paz de todos con todos.²⁷

¿Cómo superar este estado de naturaleza, que parece realmente indeseable, para llegar a ese reino de la razón en donde impera la ley? Hobbes dice que en parte por la pasión y en parte por la razón. "Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso".²⁸ Esto quiere decir que la entrada al estado civil debe darse por una doble vía emparentada. Por un lado los hombres tienen miedo de ese estado de guerra constante y buscan salir de él,

²⁶ KLENNER, Hermann, *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 37-38 (los subrayados son del original).

²⁷ *Ibid.*, p. 38.

²⁸ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, l c. 13 (p. 105).

superarlo,²⁹ pues todos tienen esa misma pasión (el temor parece ser la pasión universal en el estado de naturaleza); por otro, la única manera de tener una cierta seguridad será instituyendo las normas jurídicas, creadas por la razón,³⁰ lo cual implica que exista quien castigue al que las incumpla.

Hay, para el pensador de Malmesbury, tres leyes fundamentales de la naturaleza (es decir, tres leyes racionales). La primera está dividida en dos partes y reza como sigue: “cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra”.³¹ Si no podemos alcanzar la paz, luego es necesario que el individuo eche mano de todas las artimañas y fuerza posible para sobrevivir, puesto que ése es el principal impulso del individuo, pues raro sería que alguien quisiera dejar de existir o dejara vencerse fácilmente por cualquier otro.³² Pero si la paz es posible de alcanzar, entonces el hombre tiene el deber de buscarla (algo parecido a lo que planteará Kant, para el cual la salida del estado de naturaleza, que se dio gracias a un acto de libertad,³³ debe ser obligatoria).³⁴ Sobre esta primera ley se basa o debe basarse la salida del estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil que, siguiendo la metodología de Bobbio, sería lo contrario de ésta, es decir, un estado de paz.

²⁹ Dice Spinoza: “No hay ninguno que no quisiera vivir, por cuanto es posible, con seguridad y sin miedo”, SPINOZA, **Benedetto**, *Trattato Teologico-Politico* (trad. Alessandro Dini), Bompiani, Milano, 2001, p. 523.

³⁰ “Pues es la ley una cierta *recta razón* que (al formar parte de la naturaleza humana, no menos que cualquier otra parte o afección del ánimo), se llama también natural”, HOBBS, **Thomas**, *Tratado sobre el ciudadano*, II c. 1 (p. 23). Por ello es que Hobbes habla de *leyes de la naturaleza*, como se expresará en el párrafo siguiente.

³¹ HOBBS, **Thomas**, *Leviatán*, I c. 14 (p. 107).

³² La vida constituye el valor supremo en el discurso hobbesiano, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, **José**, *Hobbes y Rousseau*, *op. cit.*, p. 26. Ciertamente Hobbes parece tener aquí una clara influencia de la escolástica.

³³ KANT, **Emmanuel**, “Comienzo presunto de la historia humana”, en: el mismo, *Filosofía de la historia* (trad. Eugenio Ímaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 71-73.

³⁴ Así lo explica: FERNÁNDEZ SANTILLÁN, **José**, *Locke y Kant*, *op. cit.*, p. 63-64.

La segunda ley de la naturaleza la enuncia Hobbes de esta manera: “que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar a este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo”.³⁵ La renuncia al derecho sobre todas las cosas es condición necesaria para salir del estado de naturaleza. El individuo, con la renuncia a este derecho se despoja de éste esperando recibir algún otro bien. Se cede un derecho por el temor a la muerte y a la guerra constante, pues con ello se espera pasar un estado seguro que garantice la vida del individuo.

Esto permite a cada hombre celebrar un contrato mutuo, con los otros, “si los demás consienten también”. Si este contrato se celebra, entonces hay que cumplir cabalmente con la tercera ley natural: “que los hombres cumplan con los pactos que han celebrado”³⁶ (¿no es esto una norma ética?). A partir del pacto es que surge lo justo y lo injusto. Lo injusto, para Hobbes, se define como el incumplimiento de un pacto. El pacto, por decirlo de alguna manera, se hace ley, se hace obligatorio. Quien lo lleva a buen término, entonces hace o realiza la justicia.

Para completar este punto, es necesario responder a estas tres preguntas que lanza Bobbio, aunque sea de manera breve: 1) ¿Es el estado de naturaleza histórico o imaginario?; 2) ¿es pacífico o belicoso?; y 3) ¿es un estado de aislamiento o social? Ciertamente la segunda es más sencilla. Es claro que el estado de naturaleza es belicoso, pues Hobbes lo describe como un estado de guerra constante. La tercera pregunta también puede ser respondida con el análisis precedente: el hombre parece ser antisocial por naturaleza, y la creación de la sociedad es sólo cuestión de una especie de cálculo probabilístico (pues es más probable que vivamos seguros en el Estado civil). La respuesta a la primera pregunta puede responderse siguiendo al mismo Bobbio, quien dice que para Hobbes el estado de naturaleza es una mera hipótesis que

³⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, l c. 14 (p. 107).

³⁶ *Ibid.*, l c. 15 (p. 118).

podría realizarse únicamente de manera parcial, como en el caso de una guerra civil (pues surge la anarquía),³⁷ además añade Fernández Santillán que puede darse en las relaciones internacionales (donde no hay un poder coactivo superior a los Estados civiles) y en las sociedades primitivas, como en tierras americanas o en los pueblos bárbaros de antaño.³⁸

4. EL CONTRATO SOCIAL COMO *PACTUM UNIONIS*

El pacto o contrato social es la renuncia a ciertos derechos que los individuos tienen por naturaleza para cederlos a un tercero. Sólo mediante la ordenación política, en el caso de Hobbes, podemos entrar a la civilización.³⁹ Para esto, debemos renunciar a ciertos derechos, como a hacernos justicia con nuestra propia mano, por ejemplo. Con respecto a esto dice Fernández Santillán: “Decimos que la renuncia puede ser total o parcial porque para algunos iusnaturalistas, como Hobbes o Rousseau, la renuncia debe ser total; en contraste, para Locke es parcial. Para los dos primeros autores el hombre al entrar en la sociedad renuncia a todos los derechos, excepto a uno, que es precisamente el derecho que debe ser protegido por el Estado: para Hobbes es el derecho a la vida, para Rousseau el derecho a la libertad”.⁴⁰ Lo único que no se cede es el derecho a la vida que, en la escolástica, es una tendencia o moción natural.⁴¹

³⁷ BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y estado en la filosofía moderna*, op. cit., p. 69-71.

³⁸ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 25.

³⁹ Cfr. VILLORO, Luis, *De la libertad a la comunidad*, Tec de Monterrey – Ariel, México, 2001, p. 48.

⁴⁰ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Locke y Kant*, op. cit., p. 33-34 (el subrayado es mío). Además, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 31.

⁴¹ Tenemos, en primer lugar, tendencia a conservar nuestro ser (como decía Santo Tomás de Aquino); así se explica en: BEUCHOT, Mauricio – SALDAÑA, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México, 2000, p. 67.

Sin embargo, para que esto sea posible, y para que se pueda tener un contrato que obligue a los individuos a respetarlo, es decir, a realizar lo justo, es necesario que haya un poder coercitivo o coactivo, un poder más grande que castigue a los que, quebrantando el contrato, se vuelvan injustos. Este poder, como dice Hobbes, no existe antes de erigirse el Estado. Por ello, el pacto de sociedad (*pactum societatis*), por el cual los individuos se unen, y el pacto de sujeción (*pactum subjectionis*), por el que se cede el poder a un tercero (al soberano) se dan al mismo tiempo (es lo que podemos llamar *pactum uniones*),⁴² es decir, al mismo tiempo los hombres se constituyen en sociedad y se someten a un soberano.⁴³

Esta unión o resolución de los dos pactos en uno (que en otra perspectiva ha dado origen a la discusión acerca de cuál es primero) es explicada por Cassirer de la siguiente manera:

Antes que los individuos hayan celebrado el contrato con el soberano, no son más que una muchedumbre desordenada, un puro agregado que no ofrece rasgo alguno de totalidad. Sólo con la dinámica del poder soberano se establece y se funda el todo estatal y sólo por su ejercicio ilimitado puede ser mantenido como tal todo.⁴⁴

Parece quedar claro que el pacto de sociedad (*pactum societatis*) es insuficiente para poder hablar de un Estado; pero un pacto de sumisión (*pactum subjectionis*) lo es de igual manera, pues debe haber quienes se sometan. Por ello, los dos pactos se dan unidos; de ahí parece provenir el nombre de *pactum unionis*, pues los hombres al mismo tiempo se unen y se someten al soberano.

⁴² BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y estado en la filosofía moderna*, op. cit., p. 95.

⁴³ FERNÁNDEZ SERNA, Gabino – VITE BONILLA, Omar, *Las ideas políticas y el pensamiento económico*, Instituto Politécnico Nacional, México, 1990, p. 67.

⁴⁴ CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la ilustración* (trad. Eugenio Ímaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 285.

Además, debe apuntarse que con el nacimiento del Estado mediante el contrato surge lo que se llama “propiedad privada”. “Donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad”.⁴⁵ El Estado debe velar porque nadie prive a otro de lo que es suyo, de su propiedad. La primera de estas propiedades es, sin duda la vida,⁴⁶ en el estado de naturaleza cualquiera podía arrebatarse la vida a otro, es decir, nadie tenía ninguna garantía de su propia vida, mientras que en el Estado civil, que surge después del contrato, hay ya una cierta garantía. Dice Bobbio: “Solamente el Estado puede garantizar con su fuerza, que es superior a la de todos los individuos juntos, que lo mío sea exclusivamente mío y lo tuyo sea sólo tuyo. En otras palabras: únicamente el Estado puede asegurar la existencia de la propiedad privada”.⁴⁷

¿Qué es lo que se debe realizar una vez que hemos entrado a la Sociedad civil? ¿Cuál es la ley sobre la que debe basarse el actuar de cada hombre? Hobbes parece resumirlo de esta manera: “No hagas a otro lo que no querrias que te hicieran a ti”. Esta es una síntesis, con tono evidentemente cristiano, de lo que debe hacerse dentro de la sociedad. Puede explicarse así: cada cual sabe qué es lo que desea y qué lo que aborrece, y siendo que la naturaleza humana es la misma, luego esas pasiones están en todos los hombres y, de esa forma, cada cual sabe lo que los demás desean y aborrecen. Y como nadie debe hacer a otro lo que no desea que le hagan a él, y siendo la vida el primer bien, como dice Hobbes (y la escolástica), entonces nadie debe quitarle a vida a otro.

⁴⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, l c. 15 (p. 118).

⁴⁶ Cfr. BUGANZA, Jacob, “Sobre la analogía y la causalidad en el Derecho”, en: *Iustitia. Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, No. 11, Tecnológico de Monterrey, (2004), p. 313.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 2001², p. 97.

Pero esta no es la única ley de la naturaleza para Hobbes, sino que la lista completa suma un total de veinte, las cuales son importantes por evitar directamente el conflicto con los otros. Estas leyes son: la gratitud hacia los otros; la sociabilidad (acomodarse a los demás); el perdón (a quien se arrepiente); evitar la venganza (hacer un mal por un mal que nos hayan hecho); no realizar contumelia (los signos de odio o disputa hacia los otros, como los gestos, las palabras, etcétera); no ser orgullosos, pues los hombres somos iguales por naturaleza (las desigualdades han sido introducidas por las leyes civiles),⁴⁸ no ser arrogantes; ser equitativos al momento de juzgar entre dos hombres; usar equitativamente las cosas comunes (el agua, por ejemplo); que la primera posesión que se tenga sea por suerte; el primogénito debe heredar, por suerte, más bienes; que se entreguen salvoconductos a los pacíficos; quienes estén en controversia deben someterse al juicio de un árbitro; que nadie sea juez si es parcial; que el juez le conceda crédito a un testigo, si es el caso. Las leyes deben ser llevadas a la práctica en el Estado civil, pues con base en ellas se ha pactado el contrato.

5. EL ESTADO CIVIL

Para comenzar este punto, se citarán las palabras que escribe Hobbes en el primer capítulo de la segunda parte del *Leviatán*: “La causa final, fin o designio de los hombres al introducir esta restricción sobre sí mismos [se refiere al Estado, que restringe nuestra libertad] es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como se ha puesto de manifiesto, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los

⁴⁸ Estas leyes civiles deben ser aplicadas imparcialmente por el *soberano*, como bien nos recuerda Aranda: Cfr. ARANDA FRAGA, Fernando, “La justicia según Ockham, Hobbes, Hume y Rawls, en el marco de una teoría convencional-contractualista de la sociedad política”, art. cit., p. 54.

hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes naturales establecidas”.⁴⁹ En ese párrafo que se ha citado se encuentra, en síntesis, el pensamiento de Hobbes con respecto a la sociedad civil. Y lo hace enunciando, en primer lugar, la causa final de la sociedad, la cual, desde la visión aristotélico-escolástica, es la más importante. Todo se ordena hacia el fin, hacia lo que se busca, y en el caso de Hobbes, es la conservación de la propia vida (evitando una muerte prematura y salvaje), lo cual configura una vida más despreocupada, en el sentido de que ya hay alguien (el Estado) que vela por nuestra seguridad. “[Fuera de la sociedad] no hay, en efecto, otro camino por medio del cual un hombre pueda asegurar su libertad y su vida”.⁵⁰ Se abandona mediante en contrato el estado natural, el estado de guerra constante, en el que no había una autoridad que mantuviera a raya a los individuos que atentaran contra la vida de los otros, ya que ahora temerán al poder legítimo del Estado, a ese poder coercitivo del que puede echar mano, pues “Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre”,⁵¹ resuena la frase: *auctoritas, non veritas facit legem*.⁵² El Estado debe velar por el cumplimiento cabal de las leyes de la naturaleza que ya hemos enunciado en la sección anterior. Por ello, el poder del Estado debe estar por encima del poder de los individuos, pues la legitimidad del Estado se da gracias a la seguridad que éste brinda a sus ciudadanos, a sus súbditos.

Sin embargo, el Estado no está encargado únicamente de proteger la vida del ciudadano dentro de la sociedad, sino que también debe proteger la de los extranjeros, de los invasores y de aquellos que no han firmado el pacto. Con referencia todo esto, el párrafo que sigue vale la pena ser citado, aunque sea éste demasiado largo, pues es ahí en donde Hobbes habla de la transmisión del poder y define al Estado:

⁴⁹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 17 (p. 137).

⁵⁰ *Ibid.*, I c. 11 (p. 81).

⁵¹ *Ibid.*, II c. 17 (p. 137).

⁵² KLENNER, Hermann, *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 53.

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa a su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Una unidad real de todo aquello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. La multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín *Civitas*. Esta es la generación de aquel gran Leviatán, o más bien, de aquel dios mortal.⁵³

El Estado civil es, pues, una persona artificial, creada por la voluntad de los hombres, y la cual, a su vez, tiene una voluntad, que debe ser reflejo de las voluntades de los ciudadanos, de los que habitan en la *civitas*. Ahora bien, estos individuos, antes de confeccionar el Estado, ceden su poder a un tercero, a alguien que no está sometido como ellos, pues sólo en él permanece el poder de someter a los demás, a los que violan la ley natural (que al parecer puede convertirse en derecho positivo si se estipula en el pacto o contrato),⁵⁴

⁵³ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 17 (p. 141).

⁵⁴ Aunque puede ser que los súbditos o ciudadanos sólo se atengan a las leyes que el soberano estipule, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 41.

pues afectan la seguridad y el derecho de los ciudadanos que le han dado el encargo y la autorización de gobernar sus vidas, en donde la seguridad ocupa, como hemos mencionado ya, lo más importante que debe ser protegido.

El titular de esa persona, de ese hombre artificial que los hombres han creado,⁵⁵ simulando al *fiat* de Dios en la Creación,⁵⁶ es lo que se llama *soberano* (que, aunque haya alguna analogía con Rousseau, no hay equivalencia, pues para el ginebrino cada individuo pone en común su persona y su potencia bajo la dirección de la *voluntad general*, en donde cada miembro es parte indivisible del todo,⁵⁷ mientras que en Hobbes el soberano es uno solo). Debe notarse que Hobbes no habla únicamente de un solo individuo, sino que incluye una especie de parlamento, una especie de cámara, a la que llama “asamblea de hombres”. Pero sea cual sea la forma de gobierno, que puede ser una monarquía o una aristocracia, el poder del soberano debe estar por encima de cualquier otro poder y, evidentemente, por encima de los súbditos, con lo que Hobbes hace referencia a todos aquellos que rodean al soberano (el soberano, según nos dice Karl Deutsch, sólo puede perder este poder si se vuelve demasiado débil para imponer sus órdenes y, agregaríamos, para proteger a sus súbditos).⁵⁸

Ahora bien, hay dos maneras o “conductos” para adquirir la soberanía, según Hobbes. La primera se llama por adquisición, y consiste en la recepción de la soberanía gracias a la fuerza natural, como cuando un hombre hace que sus hijos y sus nietos le estén sometidos. La segunda se llama por institución o política, y se da “cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la

⁵⁵ HOYO, José Luis, “La dimensión ética de la política”, en: PIÑÓN, FRANCISCO – FLORES, JOEL (comp.), *Ética y política: Entre tradición y modernidad*, UAM – Plaza y Valdés – Centro de Estudios Sociales Gramsci, México, 2000, p. 103.

⁵⁶ HOBBS, THOMAS, *Leviatán*, Introducción (p. 3).

⁵⁷ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Edivisión, Madrid, 2001, p. 34.

⁵⁸ DEUTSCH, KARL, *Política y gobierno* (trad. E. Suárez), Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 94.

confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás”.⁵⁹ La segunda es, evidentemente, la que interesa en este momento, pues la primera está más volcada a la naturaleza, a la disposición que ésta ha hecho para que un ente tenga el poder de someter a otros, mientras que la segunda se refiere al contrato o pacto. Con estas dos únicas vías, “Hobbes ha extirpado intelectualmente todas aquellas teorías que legitiman la monarquía, la soberanía y el Estado como transmisión de la gracia divina o por sucesión hereditaria”.⁶⁰ La legitimación por vía divina, evidentemente, ha quedado descartada.

Pues bien, se le llama soberanía instituida precisamente porque el Estado ha sido instituido por los contratantes, por los que “convienen y pactan”. Todos ellos convienen y autorizan las acciones y juicios del soberano, quien representa al hombre artificial compuesto por cada uno de los individuos. Con esta premisa aceptada de antemano, todos los derechos del soberano se resuelven sin dificultad alguna.

El primer derecho del soberano es que no puede ser destituido de su cargo por una revocación del pacto, pues si los contratantes hicieran algo así, entonces serían injustos, pues no estarían llevando a cabo lo que han convenido con antelación. El segundo derecho del soberano consiste en que su poder no puede ser enajenado, cambiado, pues no puede haber un quebrantamiento en el pacto. El poder del soberano no proviene del pacto, sino de la fuerza pública.⁶¹ El tercer derecho del soberano es que nadie, injustamente, puede proclamarse o protestar en contra de la institución del soberano. El individuo que lo hiciera, o bien se somete al pacto, o bien sale del Estado civil para regresar a la condición de guerra. En cuarto lugar, los actos del soberano no pueden ser, justamente, acusados por un súbdito, pues lo que dice o hace el soberano es un reflejo de lo que ese individuo quiere, como bien establece la premisa que se ha puesto de manifiesto. Se desprende de este derecho otro más, que consiste en que ningún súbdito puede matar o castigar a su soberano.

⁵⁹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 17 (p. 141).

⁶⁰ KLENNER, Hermann, *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 45-46.

⁶¹ Cfr. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 18 (p. 144).

En sexto lugar, está el derecho del soberano a ser juez y decidir aquello que conviene para la paz y la seguridad de sus súbditos, sean estas ciertas doctrinas (sexto derecho), las normas y bienes de los que puede disponer un hombre, es decir, su propiedad (séptimo derecho), la decisión de las controversias (octavo derecho), la resolución de hacer o no la guerra contra otras naciones o Estados (noveno derecho), así como elegir a los magistrados, consejeros, ministros y funcionarios que más convengan a los intereses de la paz y la seguridad (décimo derecho). De igual manera, como el soberano sabe cómo lograr el fin del Estado, que es la protección (para Spinoza, en cambio, es la libertad: “*Finis reipublicae libertas est*”),⁶² puede castigar al súbdito que desobedezca de acuerdo a la ley que él previamente estableció; o si no existe alguna ley que se aplique al caso, él puede estipular el castigo que más convenga (undécimo derecho). Finalmente, el duodécimo derecho consiste en la capacidad del soberano para extender títulos honoríficos, como los de conde, duque o *lord*.⁶³

Un dato importante es que estos derechos son comunicables e inseparables. Incomunicable es un término que se utilizaba, desde la escolástica, para referirse a algo que no se puede dar a otro (como es el caso de la persona humana, pues nadie puede ser yo), lo cual se aplica, de igual manera, a los derechos del soberano. Sólo él puede detentarlos y no puede transmitirlos a otro u otros. Por ello mismo, estos derechos son inseparables de su persona. Puede darse el caso de que el soberano transfiera algunos derechos, como la opción de compra en los mercados, etcétera. Pero debe ser muy inteligente para no transferir algo que pueda serle contraproducente, como el caso de transferir la *militia*, pues entonces no podrá ejecutar sus leyes utilizando la

⁶² BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y estado en la filosofía moderna*, op. cit., p. 105.

⁶³ Ya había mencionado Hobbes, en el capítulo diez de la primera parte, que los “Duques, en latín *duces*, eran generales de guerra; condes, *comites*, eran compañeros o amigos de los generales, y se les encargaba gobernar y defender las plazas conquistadas y pacificadas; los marqueses, *marchiones*, fueron condes que gobernaban las marcas o fronteras del Imperio”, HOBBS, Thomas, *Leviatán*, I c. 10 (p. 77).

fuerza (resuena aquella frase de la espada que mencionábamos líneas arriba).⁶⁴ En este sentido, el soberano debe ser un gran estadista, alguien que calcule adecuadamente los efectos de sus actos y sus juicios.

Después de esto, Hobbes habla de las diversas formas de gobierno, lo cual hace explícito buena parte del título de su obra principal, el *Leviatán*. La filosofía escolástica, apoyada principalmente de la aristotélica, proponía cuatro causas del ser de algo. Ya se había mencionado esto unas líneas arriba cuando se habló de la causa final. Aquí, Hobbes habla ya de la forma, que es la configuración mediante la cual se ejerce el poder en un Estado. Según Hobbes, hay únicamente tres formas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Las restantes, que provienen ya de la filosofía griega, concretamente con Tucídides, Platón y Aristóteles, se reducen a estas tres formas. En efecto, la tiranía no deja de ser monarquía; la oligarquía no deja de ser aristocracia; y los que se encuentran "agraviados" por una democracia la llaman anarquía. Simplemente son los estados de ánimo de los individuos los que se ven reflejados en dichos juicios. Si a alguien no le gusta cómo gobierna un rey, entonces dice que es tirano, y así en los otros casos.⁶⁵

Pues bien, Hobbes, en primer lugar, utiliza un criterio numérico o cuantitativo para establecer las diferentes formas de gobierno. El gobierno de un hombre se llama monarquía; el gobierno de una asamblea en la que todos pueden participar es una democracia; cuando la asamblea es solamente de una parte, entonces es una aristocracia.⁶⁶ Cuando ya se eligió una forma de gobierno,

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, II c. 18 (p. 148).

⁶⁵ Cfr. HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano*, VII c. 3 (p. 69-70). Con esto Hobbes rechaza dos tesis tradicionales de la filosofía política: a) la distinción entre formas de gobierno buenas y malas, y b) la teoría del gobierno mixto. La primera tesis la rechaza porque el poder del soberano no está sometido o limitado por ninguna ley, por lo tanto, no puede respetarla o no respetarla; por otro lado, el poder soberano debe ser indivisible y no como lo proponen los teóricos del gobierno mixto, partidarios de la división de fuerzas sociales que traerían, finalmente, la guerra civil, Cfr. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 45-51.

⁶⁶ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 19 (p. 151).

no puede haber otro representante con igual poder (la indivisibilidad del poder).⁶⁷ En otras palabras, no puede haber dos representantes que ostenten el mismo poder; por ejemplo, no puede haber dos monarcas gobernando un mismo Estado. El poder del soberano debe ser precisamente, como ya habíamos dicho, soberano, pues si no ya no sería soberano (el soberano es únicamente súbdito de Dios y debe observar las leyes de la naturaleza).⁶⁸ El poder en cualquier forma de gobierno es igual en todos los casos; todos ellos deben ser soberanos.

La diferencia cualitativa argüida por Hobbes, en segundo lugar, es la diferente manera o aptitud para producir la paz y la seguridad del pueblo. Hay formas de gobierno que se inclinan más por el interés privado que por el público, como es el caso de la democracia y la aristocracia (para Hobbes, los partidarios de la democracia lo que desean, en el fondo, es el poder, más que la libertad, que toman como bandera).⁶⁹ En cambio, “en la monarquía, el interés privado coincide con el público”. El filósofo de Malmesbury, ciertamente, se inclina por la monarquía o autocracia porque, además de esta razón, brinda otras más para sustentar su tesis.⁷⁰ Dice que, en el caso de la monarquía, es más fácil recibir el consejo de un experto,⁷¹ sus decisiones no son inconstantes,⁷² el monarca no puede estar en desacuerdo consigo mismo.⁷³ Pero, así como tiene todos estos puntos a favor, tiene otros en contra, como el despotismo mediante el cual un individuo puede ser privado de sus bienes por el monarca pues, de cierta manera, el monarca está por encima de la ley. Este despotismo está justificado, en la interpretación de Bobbio, que parece

⁶⁷ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Hobbes y Rousseau*, op. cit., p. 42-43.

⁶⁸ Cfr. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 21 (p. 174).

⁶⁹ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Filosofía política de la democracia*, op. cit., p. 27.

⁷⁰ Utilizo la expresión autocracia en el sentido de que el soberano será quien de las leyes a sus súbditos, sin que estos últimos participen. Es decir, “los destinatarios de la norma no participan en su creación”, *Ibid.*, p. 82.

⁷¹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 18 (p. 153).

⁷² Cfr. *Ibid.*, II c. 18 (p. 154).

⁷³ Cfr. *Ibidem*.

correcta, *ex contractu*. Hay otras maneras de justificarlo, como *ex natura* (Aristóteles) y *ex delicto* (Bodino). Aquí ya hay una legitimación nueva.⁷⁴ Ciertamente la dificultad es compleja, pero Hobbes se desentiende de ella diciendo que “los favoritos de los monarcas son pocos, y no tienen que aventajar sino a los de sus propio linaje, los favoritos de una asamblea son muchos, y sus allegados más numerosos que los de cualquier monarca”.⁷⁵ Sin embargo, no es el único inconveniente o dificultad de la monarquía, ya que el poder puede recaer sobre un infante o alguien que no pueda discernir entre el bien y el mal. Pero Hobbes también se desentiende de este argumento, y dice que no es un defecto de la monarquía, sino ambición y falta de deber de los súbditos.⁷⁶

Ciertamente el problema de la sucesión es de suma importancia, y sólo la monarquía lo presenta, ya que la democracia no puede fallar entera, y en la aristocracia, si uno muere, simplemente se elige a otro que ocupe su lugar. Hobbes, ante esta interrogante, contesta que el monarca actual (sea monarca vitalicio o electivo) es quien decide sobre quien recae la soberanía, quién hereda el trono, si su hijo (lo más probable) o su hija, su esposa o su hermano, etcétera.⁷⁷ Si no es este el caso, el Estado se disuelve y nuevamente la multitud desintegrada debe pactar o decidir quién gobierna.⁷⁸ En cierto sentido, y siguiendo la interpretación de Laurence Berns, si la monarquía se disuelve, la multitud nuevamente debe pactar para adquirir nuevamente *forma* y, en ese sentido, la primera forma de gobierno es la democracia. Dice Berns: “La primera parte del contrato social, para ser obligatoria, debe ser un acuerdo de cada quien para con todos los demás, de aceptar como soberano a la persona o a las personas designadas por una mayoría de todos ellos (...) el

⁷⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, op. cit., p. 101.

⁷⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 18 (p. 154).

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, II c. 18 (p. 155).

⁷⁷ La monarquía auténtica, en Hobbes, es la hereditaria, Cfr. BERNS, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 392.

⁷⁸ Cfr. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 18 (p. 159).

acto de nombramiento del soberano, en que cada quien tiene un voto igual, es un acto democrático (...) sólo un procedimiento democrático es congruente con la igualdad de los hombres en el estado de naturaleza”.⁷⁹

Con todo lo dicho, todavía hace falta responder explícitamente a una cuestión: ¿Cuál es la materia del Estado? La respuesta no puede ser otra que los individuos, los hombres. Ellos son los que se configuran por la forma. Una materia sin forma, en este caso, sería el estado de naturaleza, un estado sin principio, de anarquía (que incluso pudiera ser interpretada como materia prima). Los hombres no sólo son causa material del Estado, sino que son también su causa eficiente, pues la causa eficiente es aquello de donde procede el ser (en este caso el Estado), y como los hombres han pactado unirse y someterse a alguien (o a algunos), luego son también la causa eficiente.

Toca hablar ahora de los súbditos, de la materia y agencia del Estado. Hay que recordar que estos individuos, antes de entrar en el Estado civil, son libres de hacer y de aprehender todo lo que deseen, pues no hay una ley o norma que diga qué es lo justo y qué lo injusto. Lo bueno y lo malo, como ya se ha dicho, tiene que ver con el agrado o la aberración que el individuo tiene hacia cierto objeto. No está sometido a ningún poder fuera del suyo. Pero cuando entra en el Estado civil mediante el pacto, entonces la situación cambia para bien, aunque se hayan dejado de lado una serie de derechos. Este individuo, cuando entran al Estado, es propiamente ya un ciudadano, miembro de la *civitas*.

Pues bien, los súbditos tienen ciertas libertades con respecto al soberano. Sin embargo, hay que comenzar diciendo qué es lo que entiende Hobbes por libertad, como él la define al comienzo del capítulo XXI. Dice nuestro pensador: “Libertad significa, propiamente hablando, la ausencia de oposición (...) puede aplicarse tanto a las criaturas irracionales e inanimadas como a las racionales”.⁸⁰ Ciertamente la interpretación de Hobbes va más allá de la libertad propiamente humana, que es la del súbdito, pues éste es un humano.

⁷⁹ BERNIS, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 391.

⁸⁰ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 21 (p. 171).

Primero, puede entenderse la libertad, desde cierta perspectiva, de dos maneras: (i) libertad positiva o libre albedrío, que consiste en la verdadera iniciativa del individuo por cierto objeto, es decir, que el objeto realmente sea deseado por un individuo, sin que haya alguna traba externa o alguien que lo esté imperando; (ii) libertad negativa o de acción, que consiste en el poder actuar sin el impedimento de obstáculos o trabas, como pueden ser las leyes civiles (que están soportadas por la coacción). Parece que la definición de Hobbes, aunque hace referencia a los dos tipos de libertad, se acerca mucho más a la negativa. Mientras no exista el impedimento expreso, entonces el ciudadano es libre de actuar.⁸¹ Por ello dice Hobbes que es “un hombre libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea”.⁸² Sin embargo, no se puede estar de acuerdo en el uso extensivo que hace Hobbes del concepto libertad, puesto que los animales y las cosas inanimadas no pueden ser libres, ya que la libertad exige, de antemano, el conocimiento intelectual de lo que se quiere; y como los animales, las plantas y lo inanimado no conocen intelectualmente; se sigue que no son libres. Sólo puede ser libre el hombre. Los demás entes se dicen libres en relación al hombre, en una aplicación analógica de la palabra, siendo casi una metáfora. Que el camino esté libre, no es más que una metáfora, pues da a entender, a la inteligencia, que el camino no tiene obstáculos y que puede ser cruzado sin obstáculos.

Ahora bien, dos elementos que se encuentran entrelazados con la libertad en el Estado son las pasiones del temor y la necesidad (esta última desde un cierto determinismo cósmico-teológico). Con respecto al temor, los

⁸¹ Incluso Habermas, cuando discute la teoría del multiculturalismo de Taylor, dice que la ley moderna “es *formal*, puesto que descansa en la premisa de que cualquier cosa que no está explícitamente olvidada es permitida. Es *individualista* porque hace a la persona individual el depositario de derechos. Es *coercitiva* porque es sancionada por el estado (...)”, HABERMAS, Jürgen, “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”, en: GUTMANN, Amy (comp.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1994, p. 121.

⁸² HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 21 (p. 171).

ciudadanos realizan ciertas acciones “libremente” por el temor que tienen ante el poder del soberano, del representante del Estado. Hay un cierto temor a la ley, puesto que si no se realiza lo que ésta estipula, el ciudadano puede ser castigado (estas leyes son las “cadenas artificiales” que los mismos hombres han creado para llevar una vida armónica en la sociedad). Sin embargo, el cumplimiento de la ley no es natural, en el sentido de que está determinado por la naturaleza del ciudadano, sino que es libre de hacerlo o no hacerlo.⁸³ El hecho de cumplir la ley puede hacerle ganar un premio, y el hecho de no llevar a cabo lo estipulado, un castigo o una sanción. El Estado necesita o tiene o debe contar necesariamente con leyes o normas (jurídicas, podríamos decir), pues no hay otra manera de mantener el orden y la paz. Dice Hobbes que estas normas son, de alguna manera, aritméticas y geométricas,⁸⁴ estas normas son dadas por el soberano (por la razón del soberano, quien es el intérprete supremo de la ley y, por participación, los jueces o intérpretes subordinados) para señalar a la voluntad del súbdito la distinción entre lo justo y lo injusto.⁸⁵ Con respecto a la necesidad, Hobbes indica que los hombres ven reflejada en su libertad la voluntad de Dios. “Dios ve y dispone todas las cosas, ve también que la libertad del hombre, al hacer lo que quiere, va acompañada por la necesidad de hacer lo que Dios quiere, ni más ni menos”.⁸⁶ Esto sería verdad, como se ha dicho, desde una visión determinista, concretamente una cósmico-teológica, en donde lo que Dios quiere o el plan que Él tiene se debe realizar, necesariamente, en el mundo, en el cosmos. Algo similar al estoicismo como el de Marco Aurelio, en donde el individuo, el hombre, no es más que una marioneta en el teatro del todo.⁸⁷

⁸³ *Ibid.*, II c. 21 (p. 172).

⁸⁴ *Ibid.*, II c. 20 (p. 170).

⁸⁵ Cfr. **BERNS, Laurence**, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 393; Cfr. **HOBBS, Thomas**, *Leviatán*, II c. 26 (p. 217).

⁸⁶ *Ibid.*, II c. 21 (p. 172).

⁸⁷ **BUGANZA, Jacob**, “El universo según Marco Aurelio”, en: *Magazine. La revista de Córdoba*, Año 7 No. 73, (2004), p. 10.

Ahora bien, el súbdito tiene una serie de derechos o libertades dentro del Estado, puesto que “La libertad de un súbdito radica (...) solamente (...) en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha predeterminado el soberano”, a saber, las estipuladas en las normas o leyes civiles, que son las únicas que nos permiten discernir entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (dice Bobbio, en referencia a nuestro filósofo, que mediante la razón artificial del soberano)⁸⁸ dentro del Estado civil. Las que no estén escritas o proclamadas no pueden ser obligatorias directamente; el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir (libertad de acción), de acuerdo con su propia discreción.⁸⁹ El súbdito también puede negarse a llevar a cabo ciertas órdenes del soberano, especialmente aquéllas que estarían en contra de la premisa fundamental del gobierno a la que hemos hecho referencia en muchas ocasiones: la protección de uno mismo. Por ello, el súbdito no puede ser obligado a dañarse a sí mismo, como puede ser mutilándose o matándose; tampoco está obligado a confesar algo que le perjudique; tampoco es injusto negarse a matar a otro hombre, ni a pelear en la guerra, lo cual no sería injusto, sino cobarde. Por ello dice nuestro autor que “Evitar la batalla no es injusticia, sino cobardía”.⁹⁰

Otro derecho interesante que ya está dibujado en Hobbes es la libertad de asociación, de lo que nuestro autor llama “sistemas”. Es lo que Fernández Santillán denomina “cuerpos intermedios” cuando se refiere a Hobbes en su reciente libro *El despertar de la sociedad civil*.⁹¹ Estos cuerpos intermedios pueden ser regulares o irregulares. Son regulares las asociaciones en las cuales un hombre o asamblea representa a un cierto número de individuos; las demás son irregulares. De las asociaciones o grupos regulares, algunos son absolutos e independientes y otros dependientes. Los absolutos son los Estados, pues

⁸⁸ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México, 1991, p. 75.

⁸⁹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, II c. 21 (p. 179).

⁹⁰ *Ibid.*, II c. 21 (p. 178).

⁹¹ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *El despertar de la sociedad civil*, Océano, México, 2003, p. 65.

absoluto es el poder del soberano, ya que no está subordinado a las leyes que él establece para gobernar a sus súbditos, como hemos visto, e independiente con referencia al poder de otro soberano.⁹²

Los grupos subordinados pueden ser políticos o privados. Son políticos los que están constituidos por la autoridad del soberano (los oficiales públicos); son privados los que están formados por los súbditos. Los privados pueden ser, a su vez, legales o ilegales. Los legales son aquellos que están admitidos por el Estado; el resto son irregulares e ilegales,⁹³ con lo cual parece cerrarse el círculo abierto desde la primera distinción. Los legales son, analógicamente, los músculos del cuerpo, pues son los que mueven al Estado, como las agrupaciones de artesanos y mercaderes (son parte del Estado, con lo cual Hobbes se inserta en el monismo),⁹⁴ los irregulares o ilegales son los tumores, como las bandas de asaltantes que, evidentemente, el Estado no puede tolerar, pues tiene que velar por la paz y la seguridad de sus ciudadanos.⁹⁵

Era importante recalcar eso porque, me parece, y de alguna manera, estos cuerpos intermedios son los que mueven la economía de la sociedad (por ello, desde mi interpretación, a Hobbes se le considera exponente de la sociedad burguesa); además, a mi parecer, los representantes de las asociaciones o cuerpos intermedios pueden llegar a exponer ante el soberano los problemas que sufren sus asociados (lo cual vemos muy útil todavía en

⁹² **BOBBIO, Norberto**, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (trad. Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 182.

⁹³ **HOBBS, Thomas**, *Leviatán*, II c. 22 (p. 183).

⁹⁴ Según Bobbio, puede haber dos concepciones a este respecto. De un lado tenemos a los monistas, que consideran que la asociación perfecta es el Estado, refiriéndose a que los cuerpos parciales o intermedios están sometidos al todo (whole); por el otro lado tenemos a los pluralistas, que surgen de la tradición alemana de las *Genossenschaften* (corporaciones), la cual considera que el Estado es la suma de aquellas asociaciones corporativas. Hobbes se incerta en la primer tradición, pues los cuerpos intermedios están subordinados al soberano, Cfr. **BOBBIO, Norberto**, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, *op. cit.*, p. 177-178.

⁹⁵ Cfr. **FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José**, *El despertar de la sociedad civil*, *op. cit.*, p. 65-66.

nuestros días). Esto parece aclararse cuando Hobbes menciona que “Aunque todo Estado sea una persona civil, no es así al contrario: no toda persona civil es un Estado. Porque puede darse que muchos ciudadanos, con el consentimiento de su Estado, se agrupan para formar una sola persona con objeto de gestionar determinadas cosas”.⁹⁶ Aquí parece hablar de la representación a la que ya hemos aludido, pues el soberano representa a los individuos, y las asociaciones o cuerpos intermedios también representan a los individuos en la gestión frente al soberano. Esto, es aplicable con beneplácito, pues parece ser una cierta labor conjunta de la sociedad civil con el Estado.

Para concluir este punto, sólo queda mencionar otra dicotomía que se da entre el estado de naturaleza y el estado civil, la cual sólo hace falta explicitar, pues prácticamente ya está dibujada en la exposición precedente: el estado de naturaleza es el reino de la pasión, el Estado civil lo es de la razón. Es en el Estado civil donde, finalmente, los individuos se guían por la razón (y en última instancia por la razón artificial del soberano). Dice nuestro autor en el décimo libro del *De cive*:

Fuera del Estado cada uno tiene tanto derecho a todo, que no puede disfrutar de nada, pero en el Estado todos disfrutan con seguridad de un derecho delimitado. Fuera del Estado cualquiera puede expropiar y matar a cualquiera, pero en el Estado sólo uno puede hacerlo. Fuera del Estado nos protegen sólo nuestras propias fuerzas, en el Estado las de todos. Fuera del Estado nadie tiene seguro el fruto de su trabajo, en el Estado todos. Por último, fuera del Estado está el reino de las pasiones, la guerra, el miedo, la pobreza, la fealdad, la soledad, la barbarie, la ignorancia, la crueldad; en el Estado el reino de la razón, la paz, la seguridad, la riqueza, la belleza, la compañía, la elegancia, la ciencia, la benevolencia.⁹⁷

⁹⁶ HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano*, v c. 10 (p. 55).

⁹⁷ *Ibid.*, X c. 1 (p. 89-90).

El hombre entra en el Estado civil para encontrar todos esos elementos positivos, calculados en función de nuestro propio provecho.⁹⁸ El Estado es, pues, el reino de la razón, de la armonía, del orden. Esto lo veremos llevado a sus últimas causas en la filosofía política de Spinoza con la idea del Estado-Razón. Sin embargo, ya en Hobbes está trazado.

6. EL CRISTIANISMO SUJETO AL ESTADO CIVIL

En este apartado resta hablar, aunque sea brevemente, de la condición de la religión cristiana (¿o cualquier religión?) dentro de un Estado civil.

Pareciera que todo comienza con el derecho a la información, en el sentido de que sería un incumplimiento del deber por parte del soberano el hecho de no informar a su pueblo sobre lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso. Esto se desprende, evidentemente, del derecho del soberano a juzgar una doctrina como correcta o incorrecta. El soberano debe purgar a la república de las doctrinas venenosas. El primer grupo de doctrinas que debe eliminar es la que proviene de los teólogos ignorantes que, al interpretar de manera errónea la Escritura, inducen al pueblo a pensar que la santidad y la razón no pueden estar unidas. Además, enseñan que cada quien, en privado, es juez de sus propios actos, a lo que contesta Hobbes que, en efecto es así en el estado de naturaleza, pero en el Estado civil es el soberano quien dicta lo que es bueno o malo. Ciertamente Hobbes no considera de manera seria la conciencia de cada uno. Es evidente que los hombres se sienten culpables ante una acción nuestra que no debió ser; y se sienten gozosos y contentos

⁹⁸ Para redondear lo que se ha expuesto hasta aquí en esta parte del trabajo podemos citar las palabras de Cortina: “La razón práctica de cada persona, que según Hobbes es *razón calculadora*, le aconseja sellar con los demás un pacto de no agresión, un acuerdo por el que cada uno renuncia a su avidez natural de poseerlo todo y se aviene a entrar en una comunidad política, en la que todos se someten a la ley dictada por el soberano”, CORTINA, Adela, *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid, 2001, p. 18.

por haber realizado algo justo o bueno. Aquí no hay más que recurrir a la experiencia personal, a la de cada uno. En consecuencia, y por experiencia, podemos decir que no todo lo que está en la ley es justo, pero sí todo lo que es justo debe (o debiera) estar en la ley.⁹⁹

De igual manera, otras doctrinas enseñan que hay que desobedecer al soberano si su mandato está en contra de nuestra conciencia. A lo que responde Hobbes que lo que es pecado es la desobediencia al soberano.¹⁰⁰ Si no se extirpa desde el inicio este tipo de doctrinas podrían traer, como consecuencia, y en un momento posterior, el hecho de querer matar al soberano, por ejemplo.

Pues bien, la doctrina que más preocupa a nuestro autor es otra: que hay un poder temporal y un poder intemporal, al que también se le conoce como espiritual (o fantasmal). Para Hobbes, hay una intensa ligazón entre filosofía política y teología, como ya se ve la dedicatoria del *Leviatán*.¹⁰¹ Por ello, las partes tercera y cuarta están dedicadas a su concepción de un Estado Cristiano.

Hobbes, con una interpretación propia, utiliza las Sagradas Escrituras como “bastiones” de su propia teoría, que en este caso es la siguiente: Todo gobierno en esta vida es temporal y está bajo las órdenes de un soberano civil. En una república cristiana, el soberano es el sumo sacerdote, y los demás sacerdotes lo son por él. Por ello dice Hobbes que “Los obispos deben decir al comienzo de sus mandatos: Por la gracia de la Majestad real, Obispo de tal diócesis; o como ministros civiles: En nombre de su majestad. En efecto, si dicen *Divina providentia*, que equivale a decir *Dei gratia*, niegan, aunque de modo encubierto, haber recibido su autoridad del Estado civil, y subrepticamente se despojan del collar de su sujeción civil, contrariamente a la unidad y defensa del Estado”.¹⁰² Este texto resume, a mi parecer, la doctrina teológico-política de Hobbes. La religión está supeditada, sujeta, al Estado civil, al soberano.

⁹⁹ Cfr. BUGANZA, Jacob, “Sobre la analogía y la causalidad en el Derecho”, art. cit., p. 311.

¹⁰⁰ BERNS, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 395.

¹⁰¹ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Dedicatoria (p. 1-2).

¹⁰² *Ibid.*, III c. 42 (p. 450).

Hobbes trata de demostrar su tesis, como se ha dicho, utilizando la Escritura. Para él, el reino de Dios significa un reino político con unos súbditos: los judíos.¹⁰³ Hay un primer contrato social entre Dios y Abraham, con el cual Dios queda instituido como soberano civil de los judíos. Este contrato se renueva con Isaac y Jacob, y se suspende mientras los judíos están bajo la soberanía de Egipto. Sin embargo, el contrato se renueva con Moisés, quedando este último como soberano civil a las órdenes de Dios. Un ejemplo que utiliza Hobbes es el pasaje del Éxodo en el cual Moisés destruye al becerro de oro de Aarón, pues con ello se demuestra que “todos los sacerdotes y profetas en un Estado cristiano obtienen su autoridad de la aprobación y autoridad del soberano”¹⁰⁴ Moisés fue el soberano de los judíos durante toda su vida, incluso con la presencia de Aarón. El pueblo le prometió obediencia no a Aarón, sino a Moisés.¹⁰⁵

También echa mano del primer rey, Saúl, pues dice que a partir de él el cargo de sacerdote fue ministerial, no magisterial. Los ministros, evidentemente, están supeditados al poder civil. Ahora bien, Cristo, con quien se inicia la religión cristiana, tenía tres elementos que integraban su misión: (i) ser redentor o salvador; (ii) ser pastor, consejero o maestro; y (iii) ser rey, rey eterno.¹⁰⁶ No hizo nunca nada que pusiera en entredicho las leyes de los judíos o del César.¹⁰⁷ Así, lo que hizo Cristo, como parte de su segunda misión, fue “Restaurar bajo Dios, mediante un nuevo pacto, el reino que, siendo suyo por el pacto antiguo, había sido aniquilado por la rebelión de los israelitas en la elección de Saúl”,¹⁰⁸ pues habían sido necios al querer forzosamente un rey. Por ello es que se habla de una segunda alianza, de un segundo pacto definitivo.

¹⁰³ BERNES, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 397.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 397.

¹⁰⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, III c. 40 (p. 392).

¹⁰⁶ *Ibid.*, III c. 41 (p. 400).

¹⁰⁷ Cfr. *Ibid.*, III c. 41 (p. 403-404).

¹⁰⁸ *Ibid.*, III c. 41 (p. 403).

Los Apóstoles, continuadores de la enseñanza cristiana, no tenían poder de mando, sino que su misión consistía únicamente en enseñar, en instruir, y en recomendar a los hombres que creyesen en Cristo.¹⁰⁹ Con el paso de los años tendremos al primer soberano cristiano, Constantino, quien además fue el obispo supremo de Roma. Así, con un argumento histórico más que racional, Hobbes intenta sustentar su tesis: El soberano es el sumo sacerdote, y bajo su mando se encuentra la verdadera doctrina. Indudablemente resuena como trasfondo aquella frase latina que dice *cuius regio eius religio*. De su reino, su religión. O explicado en las palabras de Juan Pablo II: “Se ha de profesar la fe de aquel a quien pertenece la región”.¹¹⁰

Ciertamente el liberalismo puede echarle en cara al filósofo de Malmesbury la falta de libertad con respecto al credo. De alguna manera, su plan político estaría tratando de gobernar algo que es ingobernable. Nadie puede, de manera absoluta, mandar en el pensamiento de otro. Claro que se da el caso, es decir es posible. Pero si los ciudadanos son racionales en el Estado civil, entonces podemos decir también que son concientes. Pueden caer en la cuenta de que son gobernados por el soberano en este aspecto. Sin embargo, y para fortuna de los hombres, en nuestros días ésta no ha sido la doctrina que se ha seguido, por lo menos en buena parte de los países occidentales.

7. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos ensayado diversos temas que rondaron o configuraron el filosofar de Thomas Hobbes. Vemos un filosofar unido y sólido, con gran fortaleza argumentativa y con un esquema dicotómico que permite interpretar su sistema sin perderse fácilmente.

¹⁰⁹ BERNES, Laurence, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, art. cit., p. 398.

¹¹⁰ JUAN PABLO II, *Memoria e identidad* (trad. Bogdan Piotrowski), Planeta, México, 2005, p. 122.

Vimos, en primer lugar, algunas notas de la antropología de nuestro autor. Hablamos un poco de las pasiones y de la razón, ambas necesarias para poder salir del estado de naturaleza y entrar al Estado civil.

Logramos trabajar el modelo dicotómico de Hobbes, basado en la contraposición de los conceptos de estado de naturaleza y Estado civil. Vimos que hay un medio por el cual se da el paso de uno a otro, el cual hemos llamado *pactum unionis*, que involucra dos pactos que ya habían sido tratados por la literatura filosófica y jurídica anterior a Hobbes: el *pactum societatis* y el *pactum subjectionis*. A partir de este pacto, surge un poder soberano que vigila y protege a sus ciudadanos de las amenazas internas y de los extranjeros.

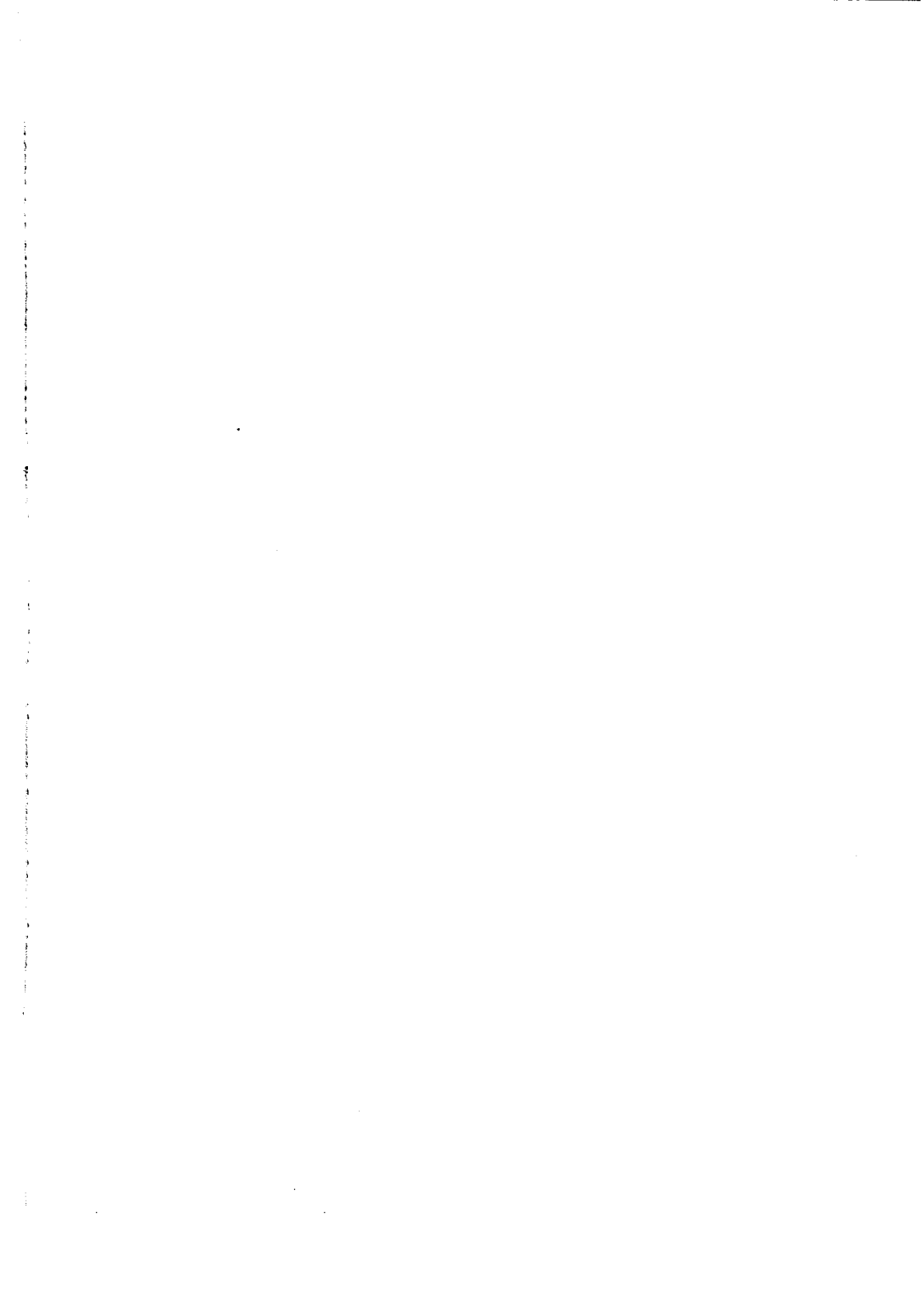
Finalmente hemos logrado dibujar los contornos de la propuesta hobbesiana de un Estado que controla la religión de su pueblo. Es, ciertamente, un Estado autocrático tanto en las leyes civiles como en las creencias de sus ciudadanos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA FRAGA, Fernando**, “La justicia según Ockham, Hobbes, Hume y Rawls, en el marco de una teoría convencional-contractualista de la sociedad política”, en: *Estudios Filosóficos*, Vol. LII No. 149, Universidad de Valladolid, (2003).
- ARISTÓTELES**, *Política* (trad. Manuela García), Gredos, Madrid, 2000.
- BERNS, Laurence**, “Tomas Hobbes [1588-1679]”, en: STRAUSS, Leo – CROPSEY, Joseph (comp.), *Historia de la filosofía política* (trad. Leticia García, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- BEUCHOT, Mauricio – SALDAÑA, Javier**, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México, 2000.
- BOBBIO, Norberto**, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition* (trad. Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993.
- BOBBIO, Norberto**, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BOBBIO, Norberto**, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 2001².
- BOBBIO, Norberto**, *Liberalismo y democracia* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

- BOBBIO, Norberto**, *El problema del positivismo jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México, 1991.
- BOBBIO, Norberto**, *Igualdad y libertad* (trad. Gregorio Peces-Barba), Paidós – Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993,
- BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo**, *Sociedad y estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano* (trad. José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- BUGANZA, Jacob**, “Sobre la analogía y la causalidad en el Derecho”, en: *Iustitia. Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, No. 11, Tecnológico de Monterrey, Monterrey, (2004).
- BUGANZA, Jacob**, “El hombre y el superhombre en Nietzsche”, en: *Sin recreo. Por la cultura del maestro (Revista de pedagogía)*, No. 9, Xalapa (Agosto-Septiembre de 2004).
- BUGANZA, Jacob**, “El universo según Marco Aurelio”, en: *Magazine. La revista de Córdoba*, Año 7 No. 73, (2004).
- CASSIRER, Ernst**, *Filosofía de la ilustración* (trad. Eugenio Ímaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- CORTINA, Adela**, *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid, 2001.
- DESCARTES, René**, “Discurso del método”, en: el mismo, *Discurso del método – Meditaciones metafísicas*, Editorial Diana, Madrid, 2001.
- DEUTSCH, Karl**, *Política y gobierno* (trad. E. Suárez), Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José**, *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política* (Presentación de Michelangelo Bovero), Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José**, *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia* (Presentación de Norberto Bobbio), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José**, *Filosofía política de la democracia*, Fontamara, México, 2002².
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José**, *El despertar de la sociedad civil*, Océano, México, 2003.
- FERNÁNDEZ SERNA, Gabino – VITE BONILLA, Omar**, *Las ideas políticas y el pensamiento económico*, Instituto Politécnico Nacional, México, 1990.
- HABERMAS, Jürgen**, “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State”, en: GUTMANN, Amy (comp.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- HOBBS, Thomas**, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México, 1980².
- HOBBS, Thomas**, *Tratado sobre el ciudadano* (edición de Joaquín Rodríguez Feo), Editorial Trotta, Valladolid, 1999.

- Hoyo, José Luis**, “La dimensión ética de la política”, en: PIÑÓN, Francisco – FLORES, Joel (comp.), *Ética y política: Entre tradición y modernidad*, UAM – Plaza y Valdés – Centro de Estudios Sociales Gramsci, México, 2000.
- JUAN PABLO II**, *Memoria e identidad* (trad. Bogdan Piotrowski), Planeta, México, 2005.
- KANT, Emmanuel**, “Comienzo presunto de la historia humana”, en: el mismo, *Filosofía de la historia* (trad. Eugenio Ímaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- KLENNER, Hermann**, *Thomas Hobbes. Filósofo del Derecho y su Filosofía Jurídica* (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- LOCKE, John**, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Biblioteca de los Grandes Pensadores, Barcelona, 2002.
- MONTESQUIEU**, *Del espíritu de las leyes* (trad. Nicolás Estévanez), Porrúa, México, 2003¹⁵.
- OVIDIO**, *El arte de amar*, Editorial Tomo, México, 2003³.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques**, *El contrato social*, Edivisión, Madrid, 2001.
- SPINOZA, Benedetto**, *Trattato Teologico-Politico* (trad. Alessandro Dini), Bompiani, Milano, 2001.
- VILLORO, Luis**, *De la libertad a la comunidad*, Tec de Monterrey – Ariel, México, 2001.



SISTEMAS CONCURSALES COMPARADOS: LA EXPERIENCIA EUROPEA

Giovanni Falcone¹

1. LA COMPARACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL

El tema de este artículo es el análisis, desde la perspectiva del derecho comparado, de algunos aspectos de la tipificación de los procedimientos concursales en determinados ordenamientos europeos. El interés por la comparación ha estado siempre presente en los estudiosos de derecho concursal, pero recientemente, en Europa, se ha reforzado:

- a) por la progresiva realización de reformas de carácter general en algunos de los estados de la Unión Europea (la más reciente, la española, de 2003);
- b) porque se han multiplicado los esfuerzos para poder llegar, a nivel europeo, a la uniformidad de al menos algunos sectores de la normativa concursal.

La comparación no se ha dirigido únicamente a profundizar en el aspecto científico, sino también a la obtención de provecho de los diversos ordenamientos a través del estudio de la funcionalidad de las vías que los

¹ *Professore a contratto* de derecho bancario en la facultad de derecho de la Universidad de Napoli "Federico II"; jefe de la oficina legal de "Banca Popolare di Lanciano e Sulmona S.p.A."

legisladores extranjeros han adoptado en relación a problemas comunes —como los relacionados con crisis empresariales— que tanto devienen de la realidad económica. Desde esta perspectiva la comparación es tan útil para el jurista como lo es para el legislador. Por eso, se ha dicho justamente, que el legislador al promulgar una ley en materia concursal, no se encuentra frente a un problema procesal, sino frente a un problema de política económica: este es el motivo por el cual se han manifestado dificultades en la consecución de una armonización en el ámbito europeo de la normativa concursal.²

1.1 INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES

Es una ardua labor individualizar los elementos comunes de la normativa concursal europea, ya que no basta confrontar las normas, sino que también se habrá de conocer el contexto social y político que ha llevado a la elaboración de una determinada legislación.³ Hay algunas preguntas a las que el legislador concursal debe, necesariamente, responder, independientemente de lo criticable o no que sea su respuesta. Examinar comparativamente la legislación concursal europea, o al menos algunas de ellas, puede ser útil examinar para saber como han afrontado los legisladores europeos las más controvertidas cuestiones, como las siguientes:

- a) ¿A quién se aplican los procedimientos concursales?
- b) ¿Cuándo se aplican los procedimientos concursales?
- c) ¿Qué finalidad persiguen los procedimientos concursales?
- d) ¿Por qué unos estados eligen un único procedimiento y, otros, una pluralidad de procedimientos?

² I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001, 2.

³ O. KAHN FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, 1974, 1-27.

Este, es el orden en que serán abordadas las cuestiones a lo largo de este ensayo.

2. ¿A QUIÉN SE APLICAN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES?

El problema tiene su razón histórica, en tanto que el primer “procedimiento concursal”, la quiebra, nace con el *ius mercatorum*, como disciplina con un carácter sancionador, es decir penal. Muchos aspectos típicos de la legislación concursal moderna se encuentran ya en los estatutos⁴ medievales. Como por ejemplo: la aplicación del principio de *par conditio creditorum* (y no del principio *prior in tempore potior in iure*), la extensión del procedimiento a los parientes y socios, la presunción de fraude, la dirección del procedimiento por parte de un tercer órgano respecto de los acreedores (la llamada “*curia mercatorum*”, definida como la corporación de los mercaderes que dirigía el procedimiento, mientras la autoridad local hacía aplicar la resolución), la comprobación de la insolvencia mediante hechos exteriores (el principal modo de comprobación de la insolvencia era la constatación de la fuga del deudor: *debitor fugitivus*).

Inicialmente la insolvencia estaba penada como tal, y era considerada de por sí fraudulenta (*decoctor ergo fraudator*). Después, a lo largo del siglo XVII, aplicando la categoría romanista a las decisiones de las corporaciones mercantiles, la doctrina comenzó a distinguir entre insolvencia sin culpa (*fortunae vitio*) y culpable (*suo vitio*).⁵

⁴ Para R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1969, 85, la legislación de los estatutos no aplicaba la quiebra sólo a los mercadores, principio introducido por la legislación medieval. En cambio, para F. MIGLIORINO, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, en *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, I, Torino, 1997, sólo el Estatuto de Venecia ignoraba la distinción entre deudor civil y deudor comerciante.

⁵ Por ejemplo esta distinción se encuentra en la obra del italiano Bartolomeo Stracca, *De Decoctoribus*, Lugduni, 1610.

Esta disciplina, escribe Francesco Galgano, satisfacía las “exigencias de autodefensa interna de la clase mercantil”,⁶ en cuanto el bien máspreciado por los mercaderes era gozar de la confianza de los otros mercaderes, y la insolvencia del mercader ponía en crisis esta confianza, por lo que estaba severamente penada.

Precisamente por su origen en un ordenamiento sectorial, los procedimientos concursales, fueron aplicados históricamente al “mercante”, al “comerciante” o al “empresario”. Consecuentemente, se han originado dos disciplinas diversas: una relativa a la insolvencia del deudor “civil”, y la otra relativa a la insolvencia del deudor “comercial”.

Esto es una cuestión histórica controvertida. Para ilustrar lo anterior tenemos que en el derecho francés, surgió una disciplina específica, la famosa “*Ordonnance de commerce*” de 1673. Antes de la *Ordonnance*, el derecho francés, (esencialmente el consuetudinario vigente en el norte del país, el llamado, “*droit coutumier*”) ya conocía un procedimiento de naturaleza “concurzal” aplicable en el caso de insuficiencia de los bienes del deudor civil para la satisfacción de todas sus deudas (*déconfiture*).⁷

La *Ordonnance* introducía un nuevo procedimiento “concurzal” pero no precisaba si se debía aplicar solamente a los deudores comerciales o también a los civiles. Por esto, algunos estudiosos han mantenido que la *Ordonnance*, en realidad, no había introducido por si misma, un derecho propio (*ius propium*) para la insolvencia del comerciante. No obstante, la interpretación dada por el legislador francés, hizo que la *Ordonnance* fuese aplicada únicamente a los comerciantes⁸ (mientras la *déconfiture* continuaba aplicándosele a los no comerciantes).

El Código del comercio Napoleónico de 1807 (modelo de muchas legislaciones europeas, principalmente de la italiana) contiene una disciplina

⁶ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 52; P. F. CENSONI, *Origini storiche ed evoluzione delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 2.

⁷ E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Pádova, 1999.

⁸ E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Pádova, 1999, 43-46.

específica para la insolvencia del deudor comerciante: se aplica al deudor comerciante que cesa en sus pagos. La insolvencia no es, pues, la insuficiencia del activo respecto del pasivo, sino aquella situación en la que se constata el cese de los pagos. Al mismo tiempo, desaparece el procedimiento de *déconfiture* (ya que el Código napoleónico derogó el derecho consuetudinario) que se había aplicado hasta entonces para el caso de la insuficiencia del activo del deudor civil.

La disciplina especial de la insolvencia del comerciante, que se sustenta en las previsiones del procedimiento concursal, tiene, por lo tanto, unas raíces históricas.

2.1. LAS LEGISLACIONES CONCURSALES DEL LLAMADO “BLOQUE LATINO”: LA RELEVANCIA DE LAS CUALIDADES SUBJETIVAS DEL DEUDOR

Por esto, aún hoy, muchas legislaciones europeas consideran el procedimiento concursal aplicable únicamente al sujeto que revista las características de “empresario” o “comerciante” y, nunca, al “deudor común”. En algunos casos, como es el de Italia, se establece una segunda “dimensión”, atendiendo al tamaño de la empresa. Con respecto a los deudores civiles, el acreedor, podrá proceder a través de una ejecución individual normal. El medio de resarcimiento, en cambio, frente al insolvente comercial será el procedimiento concursal. Este fenómeno, ha sido típico en las legislaciones del llamado “bloque latino” (esencialmente en Francia, Italia y Bélgica).⁹

2.1.1. ITALIA

En lo que a Italia respecta, los procedimientos de “*fallimento*” (quiebra), de “*concordato preventivo*” (convenio preventivo) y de “*amministazione*

⁹ E. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milán, 1997, 4.

controllata” (administración controlada) son aplicables únicamente al empresario. Según el art. 1 de la “*legge fallimentare*” (r.d. n. 267 de 1942), “están sometidos a las disposiciones sobre quiebra, sobre el acuerdo preventivo y sobre la administración controladora de los empresarios que ejerzan una actividad comercial, excluidas los entes públicos y las empresas de pequeña dimensión”.

La llamada ley “*fallimentare*” (y muchas leyes especiales) regulan el procedimiento de “*liquidazione coatta amministrativa*”, que, se aplica a aquellos empresarios insolventes que “según los parámetros establecidos realicen una actividad considerada de interés público”.¹⁰

Se prevé un procedimiento concursal especial, también, para las “grandes empresas insolventes”, la “*amministrazione straordinaria*” regulada por el D. Lgs. n. 270 de 1999. Este último procedimiento, dadas las vicisitudes recientemente sufridas por un importante grupo italiano (caso “*Parmalat*”), ha sido objeto de un desarrollo legislativo, en el que se ha establecido una forma particular y específica,¹¹ llamada “*amministrazione straordinaria accelerata*” (acelerada).

2.1.2. FRANCIA

También en Francia, de la misma manera, la aplicación de procedimientos concursales - que, como se verá, está esencialmente encaminada a la conservación de los organismos productivos - estaba reservada a empresarios

¹⁰ E. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milán, 1997, 10.

¹¹ D. MANENTE, *Il “decreto Parmalat”: appunti per una prima lettura*, en *Dcho. de quiebra*, 2004, I, 35-52; G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria accelerata (legge Parmalat)*, en *Dcho. de quiebra*, 2004, I, 18-34; S. BONFATTI, *La procedura di ristrutturazione industriale delle imprese insolventi di rilevanti dimensioni (legge “Marzano”)*, en *quiebra*, 2004, 362-373.

particulares,¹² aunque, como más adelante veremos esta afirmación desde 1994 no es exacta.

El “*redressment judiciaire*” y la “*liquidation judiciaire*” previstas por la ley de 25 de enero de 1985 e implementadas en la ley n. 475 de 1994 presuponen la presencia de una “empresa” y son aplicables a los empresarios, artesanos, agricultores y personas jurídicas de derecho privado (art. 2).

Análogamente, el “*règlement amiable*”, regulado por la ley de 1 de marzo de 1984 (también fue implementado por la referida ley de 1994), se aplica al empresario comercial o artesano.

2.1.3. ESPAÑA

Hasta el 2003, la legislación concursal española estaba basada en la relevancia de las cualidades subjetivas del deudor y, el procedimiento de quiebra (como procedimiento esencialmente de liquidación) y el de suspensión de pagos (como procedimiento esencialmente de conservación) eran aplicables únicamente a los empresarios.

Al deudor común se le aplicaban los procedimientos de “concurso de acreedores” (de liquidación) y de “quita y espera” (de conservación).

La primera elaboración doctrinal en esta materia – motivada, precisamente, por la insuficiencia de los textos normativos¹³ – se remonta tradicionalmente al siglo XVII (particularmente, a la obra de los juristas Francisco Salgado de

¹² Sobre el sistema concursal francés: M.J. CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, en *quiebra*, 2003, 978-993; M.I. CANDELARIO MACIAS, *El nuevo derecho francés en materia de quiebras*, in *Dcho. de quiebra*, 1997, I, 932-962; G.P. RANGONI, *La “prévention des difficultés des entreprises” nella legge francese di riforma n. 475 del 10 giugno 1994*, En *Dcho. de quiebra*, 1996, I, 269-299; A. JORIO, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?*, en *Giur. comm.*, 1995, I, 698-709; N. GERARD, *Crisi e salvataggio delle imprese in Francia*, in *Dcho. de quiebra*, 1991, I, 689-693.

¹³ J. PULGAR EZQUERRA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Almería, 2000, 74.

Somoza y Amador Rodríguez).¹⁴ Más adelante, entre los siglos XVIII y XIX se manifiesta la opción de reservar un procedimiento particular para los comerciantes, la quiebra. Con esta perspectiva son elaboradas las *Ordenanzas de Bilbao* de 1737, las *Ordenanzas de Málaga* (1825)¹⁵ –que, de hecho, nunca entraron en vigor– y el Código del Comercio de 1829,¹⁶ fruto de la labor codificadora del jurista Sáinz de Andino.

La suspensión de pagos nació como una institución encaminada a permitir al comerciante, que no estuviese en situación de saldar sus deudas al vencimiento, alcanzar un acuerdo con sus acreedores y, de esta manera, establecer un nuevo plazo de vencimiento de la deuda, que le facilitase realizar sus propios bienes y créditos, para así poder satisfacer a sus acreedores. Nace como un caso especial de quiebra, en el que el deudor venía considerado como “quebrado de primera clase”.¹⁷ Este tipo de deudor, viene definido en el artículo 1003 del Código de comercio de 1829, que reza de este modo: “entiéndase quebrado de primera clase el comerciante que manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente sus pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercancías o sus créditos para satisfacerles”.

Como puede verse existe una situación de “anomalía conceptual”, ya que la quiebra presupone la insuficiencia de los bienes del deudor para el pago de

¹⁴ Sin embargo hay que añadir que la teoría de la aplicación de los procedimientos concursales al comerciante ya se encuentra en la *Curia Philipica* (1603) del peruano Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), “portero de la Real Academia de Lima”.

¹⁵ En las Ordenanzas de Málaga se introdujo el principio de la “quiebra por suspensión de pagos”: J. PULGAR EZQUERRA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Almería, 1998, 78.

¹⁶ Según el art. 1014 del Código de Comercio del 1829, “el que no tenga la calidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra”.

¹⁷ Según el art. 1003 del Código de Comercio del 1829, “entiéndese quebrado de primera clase el comerciante que manifezstando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente sus pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercancías o sus créditos para satisfacerles”.

sus acreedores mientras, que, la suspensión de pagos tiene por presupuesto la suficiencia de éstos. Tal contradicción habría podido resolverse considerando este tipo de quiebras como procedimientos autónomos, que es exactamente lo que sucedió con el *Código de comercio* de 1885, que configuró de distinto modo el procedimiento denominado suspensión de pagos. Las modificaciones sufridas por éste procedimiento, primero, la producida por la ley de 10 de junio de 1897 y, posteriormente, la que tuvo lugar con la ley de 26 de julio de 1922 (propiciada por una situación histórica particular, la crisis sufrida por el *Banco de Barcelona*), parecieron permitir la suspensión de pagos al deudor aunque no tuviese bienes ni derechos suficientes para hacer frente al pago de todas sus deudas.

Esto, originó una situación de confusión, en tanto que el presupuesto objetivo de la quiebra parecía ser el mismo que el de la suspensión de pagos: lo que llevó a que se fuese estableciendo una jurisprudencia uniforme en cuanto a la admisión de la institución de la suspensión de pagos de forma generalizada.

2.2. LA LEGISLACIÓN CONCURSAL DEL LLAMADO “BLOQUE GERMÁNICO”: LA IRRELEVANCIA DE LAS CUALIDADES SUBJETIVAS DEL DEUDOR

Los problemas hasta ahora referenciados no han afectado nunca a las legislaciones del llamado “bloque germánico”, en las que históricamente siempre se ha manifestado la tendencia a aplicar los procedimientos concursales para el supuesto de insolvencia, con independencia de la naturaleza comercial o civil del deudor¹⁸.

2.2.1. ALEMANIA

La cualidad subjetiva del deudor, no ha sido nunca relevante en el derecho alemán: no lo era para la *Konkursordnung* del siglo XIX ni lo es tampoco

¹⁸ E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Pádova, 1999, 5.

para la *Insolvenzordnung* de 1994 (art. 11), esto es a pesar de que se ha dicho que la disciplina está especialmente “diseñada para la crisis de la empresa”. De hecho, la ley prevé un procedimiento “simplificado” para la *Verbraucherinsolvenzverfahren* (es decir, para la insolvencia del consumidor).¹⁹

2.2.2. REINO UNIDO

Con esta misma perspectiva, de no separación de procedimientos por cualidades subjetivas de los deudores, está elaborado el ordenamiento inglés y el de los EE.UU.

En el Reino Unido el ordenamiento prevé numerosos procedimientos de naturaleza concursal destinados a usarse en caso de insolvencia: entre ellos uno, el de *bankruptcy*, que se aplica tanto a los empresarios individuales como a los deudores civiles.²⁰ Existen, asimismo, procedimientos concursales aplicables a los deudores societarios (*winding up*), que es una forma de liquidación que puede tener como presupuesto objetivo la insolvencia (*winding up by de cotour for inability to pay debts*) u otros, como es el caso del acuerdo tomado por los socios de disolución de la sociedad.

Al mismo tiempo, cualquier deudor (sea deudor civil, empresario individual, sociedad de personas o sociedad de capital) podrá recurrir si lo solicita al

¹⁹ L. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, en *Giur. comm.*, 2000, I, 505-506.

²⁰ Sobre los procedimientos concursales en el derecho inglés: V. SIRACUSA, *Il fallimento nel diritto inglese*, en *Dcho. de quiebra*, 1983, I, 433-445; M. PAPALEONI, *La tutela dei crediti in caso di insolvenza dell'imprenditore nel diritto britannico (profili comparati)*, in *Il diritto del lavoro*, 1977, I, 71-78; C. VALENTE, *The London Approach (Le procedure di "concertazione delle crisi" secondo le banche inglesi)*, en *Dcho. de quiebra*, 1998, I, 359-377; M. BIANCHI, *Fallimento italiano e fallimento inglese*, in *Monitore dei tribunali*, 1973, (8), 682-684; FERRI C. – MARELLI F., *Le procedure diverse dalla liquidazione nell'Insolvency Act del Regno Unito: spunti in prospettiva di riforma della legge fallimentare*, en *Giur. comm.*, 2003, I, 345-362.

procedimiento de *voluntary arrangement*, introducido en el Reino Unido por la *Insolvency Act* de 1986: se trata, sustancialmente, de una forma de acuerdo que surge entre el deudor y el acreedor, de diverso contenido (quita, espera, cesión de bienes, etc.), para cuya intervención no hay previsto un momento determinado (puede recurrirse a él tanto para un supuesto de crisis reversible como uno de crisis irreversible). Como he dicho, este procedimiento puede ser aplicado a cualquier tipo de deudor; sin embargo, su cualidad subjetiva determinará diferencias en el desarrollo (según se trate de deudores civiles, empresarios individuales o, sociedades). La propuesta debe ser formulada a los acreedores por parte del deudor, pero, prevé la necesidad de una providencia judicial previa (que, en el caso del deudor civil o, de los empresarios individuales, puede preceder también a la formulación de la propuesta) que impida acciones individuales de los acreedores, la concesión de garantías o, la apertura de la *bankruptcy* o del *winding up*. Para el caso de las sociedades, el procedimiento determina también la sustitución de los administradores ordinarios por uno judicial (a menos que, tratándose de una sociedad pequeña, no se requiera providencia judicial y, se conserve provisionalmente la vieja administración: es el llamado *moratorium*, introducido por la *Insolvency Act* de 2000).

Ha de añadirse, también, que la *Insolvency Act* de 1986 introdujo otro procedimiento, llamado *administration* (que, podrá aplicarse en situaciones de insolvencia o bien de “peligro de insolvencia”). La sociedad solicitará al juez el pronunciamiento de una “*administration order*”, lo que impedirá la interposición de acciones individuales. El juez, si aprecia la oportunidad de la *administration* nombrará un administrador, que substituirá a los antiguos administradores de la sociedad y, elaborará un plan que, aprobado por la junta de acreedores, tendrá que llevar a cabo. Ha de tenerse en consideración que los acreedores privilegiados –en el caso de una sociedad de capital– tienen la posibilidad de oponerse a tal petición, con lo que obtendrán la apertura de un procedimiento denominado *administrative receivership* que, pondrá fin a la administración.

Como se verá, en septiembre de 2003, el procedimiento de administración ha sido modificado. No obstante, es digno de evidenciar que la introducción del procedimiento de administración no ha tenido mucho éxito, motivo por el que se han desarrollado procedimientos de naturaleza extrajudicial para la composición de la empresa en caso de crisis, como el llamado *London Approach*. Se trata de un código “ético” de comportamiento por el cual los bancos londinenses se obligan a actuar de acuerdo con las mismas reglas frente a la crisis de una empresa. El principal objetivo del “*London Approach*” es, evidentemente, que el saneamiento de la empresa en crisis sea posible y; sin duda, su función es precisamente la de intervenir con anterioridad a la irreversibilidad de la crisis.

Tiene también como finalidad “la maximización del valor de realización”, en beneficio de los acreedores. Con el objetivo de la consecución de este resultado el “código ético” prevé:

- a) Que los bancos han de comprometerse a no iniciar acciones individuales que puedan llevar a la quiebra de la sociedad;
- b) Que la asunción de las decisiones sobre el futuro de la sociedad se tomen con atención a las informaciones facilitadas por las partes interesadas;
- c) Las informaciones disponibles habrán de ser intercambiadas con transparencia por parte de todos los interesados;
- d) El reparto de los gastos en los que se incurra habrá de ser realizado en modo proporcional.

Este sistema ha funcionado como modelo para la regulación de la gestión extrajudicial de la insolvencia en otros países europeos, como por ejemplo Italia, donde la Asociación Bancaria Italiana ha redactado un “código de comportamiento” que prevé que los bancos adheridos deben hacer frente a crisis de empresas con unas dimensiones preestablecidas (el código se aplica a crisis que comporten un endeudamiento para los intermediarios bancarios y financieros superior a una determinada cantidad), y, sobre todo, que tengan carácter reversible.

2.3. TENDENCIA RECIENTE EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA: LA SUPERACIÓN DE LOS “BLOQUES NORMATIVOS”

Recientemente, se han producido evoluciones legislativas en los países pertenecientes al llamado “bloque latino”. Estas evoluciones y las que están en proyecto hacen que pierda relevancia el carácter comercial/empresarial del deudor, lo que hace que se llegue a procedimientos aplicables también al “deudor común” y al consumidor.

Este fenómeno, se ha intentado explicar diciendo que hoy “parecen haber perdido consistencia las razones socio-económicas que motivaron la elección (...) de diferentes disciplinas para los dos tipos de insolvencia” (la civil y la comercial).²¹ porque el elemento del “crédito personal” era antaño considerado propio de la figura del comerciante y, ahora es considerado también típico del consumidor (habremos de pensar en la gran difusión del crédito al consumo).

Sin embargo, este fenómeno, tiene las siguientes características:

- a) Por un lado, se registra una tendencia a extender los procedimientos concursales –aun con peculiaridades y diferencias respecto a los previstos para los empresarios– también al deudor común.

En algunas regiones de Francia (Alto Reno, Bajo Reno y Marsella) el supuesto de quiebra para el deudor civil estaba previsto por una ley de 1924. Esta previsión legislativa se debía a que estos territorios habían pertenecido a Alemania, donde la *Konkursordnung* preveía la quiebra de los deudores civiles.

Pero, yendo más allá, la ley n. 125 de 1995 ha introducido, en Francia, un nuevo procedimiento destinado a aplicarse a los consumidores: el *redressement judiciaire civil*, cuyo presupuesto objetivo es la imposibilidad manifiesta para una persona física, de buena fe, de hacer frente al conjunto de

²¹ E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Pádova, 1999, 20-21.

sus deudas no profesionales exigibles.²² Se trata, como se habrá visto, de un procedimiento que no prevé la tutela del acreedor, sino la del deudor.²³

- b) Por otro lado, se registra una tendencia, que va adquiriendo mayor fuerza, en el camino a superación definitiva del problema de la relevancia de la cualidad subjetiva del deudor para desarrollar un procedimiento concursal único para cualquier clase de deudor.

Ejemplo de ello es la reciente reforma concursal española, llevada a cabo por la Ley 22/2003, Concursal, y por la Ley Orgánica 8/2003, para la reforma concursal.

En España la crisis económica de los comerciantes se trataba aplicando la quiebra, como procedimiento de liquidación y, la suspensión de pagos, como procedimiento conservativo. El tratamiento de la crisis del deudor civil, en cambio, se realizaba a través de instituciones típicas del derecho común, como el *concurso de acreedores* y el *quita y espera*.

La reforma de 2003 ha introducido el principio de unidad procesal, por el que se aplicará un único procedimiento, denominado *concurso de acreedores*, con independencia de que el deudor sea comerciante o no (deudor común). El procedimiento podrá concluirse con una vía conservativa (convenio) o también con una vía de liquidación.

El legislador italiano parece moverse también en la misma dirección. De hecho, está trabajando en ello una Comisión gubernativa, a la que se le ha encomendado la redacción de un proyecto de "*legge delega*" para la reforma de los procedimientos concursales. Entre sus contenidos destaca, entre otros, la previsión del sometimiento al proceso previsto para el deudor en cuanto tal, sin una calificación diferenciadora debido a su carácter subjetivo.

²² Se ha hablado del fenómeno de "regreso" a "déconfiture" en el derecho francés: E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi dell'impresa*, Píдова, 1999, passim.

²³ G. ALPA, *Sovraindebitamento del consumatore: l'esperienza francese*, en *Fallimento*, 1998, 954-956.

3. ¿CUÁNDO SE APLICAN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES?

El problema de inicio en referencia a los procedimientos concursales, equivale a preguntarse cuál es su “presupuesto objetivo”; valdría con establecer, en presencia de qué presupuestos el procedimiento puede o debe aplicarse.

Eso es un gran problema de política legislativa. El legislador, en sustancia, debe decidir “cuándo” intervenir, por lo que podrá tratar de “anticipar” su intervención a un momento en el que la crisis no sea todavía irreversible o iniciar el procedimiento cuando la irreversibilidad sea ya manifiesta.

Este problema está íntimamente ligado a otro, sobre el que profundizaremos más adelante, la finalidad del procedimiento concursal.

En principio, parece lógico, que cuando el legislador busca con sus intervenciones la reorganización y conservación de la empresa, el momento de apertura del procedimiento se iniciará con mayor prontitud que cuando sus intervenciones son meramente de liquidación y, tienen como cometido esencial la satisfacción de los acreedores.

A veces, en un mismo ordenamiento, (pensemos, aunque haciendo hincapié en sus diferentes perspectivas en los ordenamientos italiano, francés o inglés) la pluralidad de procedimientos corresponde a sus diferentes finalidades; a los diferentes momentos de intervención, esto es, a los diversos presupuestos objetivos del procedimiento.

3.1. ITALIA

La legislación italiana al respecto está bastante articulada. Conviene recordar que las disposiciones legislativas referentes al procedimiento de quiebra de los empresarios, no son aplicables ni a las pequeñas empresas ni a las públicas que se encuentren en estado de insolvencia. Este estado, según el art. 5 de la ley de quiebra, se manifiesta “con incumplimientos u otros hechos exteriores, que demuestren que el deudor no está ya en condiciones de cumplir sus obligaciones”.

Por lo tanto, según el ordenamiento italiano, la insolvencia, al menos respecto de la quiebra, no es la situación en la cual el deudor no paga sus deudas, teniendo capacidad para hacerlo, sino aquella en que no paga porque la situación económica no se lo permite (es la llamada teoría “patrimonialista” de la insolvencia). Esto significa que se podrá dar una situación de insolvencia aunque el patrimonio activo empresarial sea superior al pasivo si, la liquidación del activo no es fácil, mientras, por otro lado, no se considerará que un empresario cuyo patrimonio pasivo sea superior al activo esté en quiebra si, las obligaciones que conforman su pasivo no están todavía vencidas o, si estándolo sigue obteniendo crédito para hacer frente a las obligaciones adquiridas²⁴.

La insolvencia, tal y como está definida en el art. 5 de la ley de quiebra, es también presupuesto objetivo de otros dos procedimientos concursales: el “*concordato preventivo*” art. 160 de la ley de quiebra y la “*liquidazione coatta amministrativa*”.

El primero es el procedimiento concursal dirigido a evitar la declaración de quiebra del deudor insolvente, mediante la concesión de un crédito mejor, en cuanto a los plazos y al montante, que le permita evitar la declaración de quiebra. El empresario insolvente, que obtenga la consideración de “*digno*” (por adecuarse a los requerimientos establecidos por la ley), puede:

- a) Ofrecer garantías reales o personales suficientes para asegurar el pago total del crédito privilegiado y, el pago de al menos el 40% de los créditos quirografarios obtenidos, dentro de los seis meses siguientes a la toma del acuerdo (o, en caso de haber propuesto una delación mayor, presentar garantías suficientes para el pago del interés legal sobre cuantía que ha de pagarse agotados los seis primeros meses);
- b) Ceder a los acreedores todos los bienes, con inclusión de los personales, si su valoración evidencia que los acreedores serán, cuando menos, satisfechos en las cuantías mínimas, previamente fijadas.

²⁴ E. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, 79-80; G. TERRANOVA, *Il concetto di insolvenza*, en G. TERRANOVA (a cura de), *Lo stato d'insolvenza*, Torino, 1998.

La insolvencia es, también, presupuesto objetivo de la “*liquidazione coatta amministrativa*” (art. 195 l. quiebra): aunque no siempre sea el único presupuesto objetivo (puede ser dispuesta también como consecuencia de la llamada crisis “de legalidad”, en determinadas empresas, como pueden ser por ejemplo los bancos)

Además, el procedimiento “*amministrazione controllata*” –basado en la concesión de un periodo moratorio no superior a dos años en los cuales la actividad del empresario está sujeta a algunas limitaciones y controles– está reservada a los empresarios que se encuentran en una “situación temporal en la que no pueden cumplir con sus obligaciones” (art. 187 l. quiebra) que tiene los mismos requisitos subjetivos de “adecuación” previstos para el “concordato preventivo” y, porque se ha “comprobado las posibilidades existentes de saneamiento de la empresa”.

La doctrina italiana siempre ha debatido sobre la naturaleza de la distinción entre “insolvencia” –presupuesto objetivo de la quiebra– y la “dificultad temporal de cumplimiento” –presupuesto objetivo de la administración controlada.

En la norma concursal, el concepto de insolvencia viene reconducido al de crisis “irreversible”, mientras que el de dificultad temporal al de la crisis “reversible”. Pero, obviamente, hay interpretaciones divergentes, algunos autores opinan que ambos conceptos son manifestaciones diferentes de una misma situación, si bien, de diferente intensidad.²⁵

Por otra parte el legislador italiano ha tomado recientemente una decisión adoptando una definición mucho más amplia de la “insolvencia”, que comprende tanto el estado de crisis reversible como el de crisis irreversible. Esta ampliación se ha hecho con ocasión de la promulgación de la ley sobre la “administración extraordinaria de las grandes empresas insolventes”. En esta ley, el legislador, rechaza un concepto de insolvencia como crisis necesariamente irreversible, considerándola, como “presupuesto necesario para todos los procedimientos concursales”, independientemente de que esa

²⁵ En esta perspectiva, E. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milán, 1997, 82.

crisis presente carácter reversible o irreversible, lo que depende únicamente del nivel “cuantitativo” de la insolvencia. Con el término insolvencia, en la administración extraordinaria, el legislador ha querido designar un estado genérico de crisis, prescindiendo de la evaluación de su intensidad, por lo que abarca la crisis irreversible, que es el presupuesto del “*fallimento*” como, la “dificultad temporal de cumplimiento, que es el presupuesto de la “*amministrazione controllata*”.

3.2 ESPAÑA

El problema de la individualización del presupuesto objetivo del procedimiento concursal, en España, ha representado siempre uno de los puntos más controvertidos del derecho concursal.²⁶

Antes de la reforma de 2003, el problema, como se ha referido, consistía en saber si existían distinciones entre el presupuesto objetivo de la quiebra y el de la suspensión de pagos o, si por el contrario tenían exactamente el mismo presupuesto objetivo.

Con la reforma de 2003 se ha dado paso a un único procedimiento (denominado “concurso de acreedores”) aplicable a cualquier deudor. Los presupuestos objetivos del *concurso* han sido individualizados por las previsiones contenidas en el art. 2 de la Ley concursal (en lo consecutivo LC).

Según la previsión contenida en el art. 2.1 LC. “la declaración del concurso será pronunciada en caso de insolvencia del deudor común”, precisando que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no está en condiciones de satisfacer regularmente sus obligaciones exigibles” (art.2.2 LC).

La elección del legislador a sido por tanto la de “aplazar” –y no la de “adelantar”– la apertura del procedimiento, porque para incoar el concurso de acreedores no basta con el simple incumplimiento al vencimiento de la

²⁶ J. PULGAR EZQUERRA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español*, Almería, 2000.

obligación. La ley no hace referencia al hecho de la falta de pago, sino al hecho de que el deudor tenga capacidad para hacerle frente –porque no habrá insolvencia– aunque la obligación no se cumpla a su vencimiento –cuando la situación patrimonial del deudor siga permitiéndole hacer frente al pago.

La solicitud del concurso podrá ser realizada a instancia del deudor (concurso voluntario) o, también, a instancia del acreedor (concurso necesario).

Esto es, los acreedores podrán realizarla en presencia de un estado de insolvencia, dando prueba de las manifestaciones exteriores que la ley prevé para el concurso necesario en su art. 2, apdo. 4, como son: el incumplimiento generalizado de las obligaciones de alguna de las siguientes clases: un título del cual se ha dispuesto una ejecución o un apremio, cuando del embargo no resultan bienes libres suficientes para asegurar el pago; la existencia del embargo para la ejecución pendiente que confisca de manera general todo el patrimonio del deudor; el cese general de pagos corrientes del deudor; la ocultación o la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes por parte del deudor; la inobservación generalizada de alguna clase particular de obligación (obligaciones tributarias exigibles en los tres meses anteriores a la instancia de concurso; pago de las cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta sobre el mismo periodo impositivo; las de pago de salarios e indemnizaciones y otras retribuciones derivadas de la relación laboral de las últimas tres mensualidades.

En el caso del concurso voluntario –es decir, en caso de que la solicitud de concurso provenga del propio deudor– no será necesario alegar ninguno de estos “hechos exteriores”. El deudor en la solicitud de apertura del concurso podrá basarse tanto en la insolvencia actual (como ocurre siempre en el concurso necesario) como en la previsión de esta (insolvencia inminente). El art. 6.1 LC establece que el deudor, en el escrito de solicitud concurso ha de manifestar si actualmente se encuentra en estado de insolvencia o si prevé ésta de forma inminente. El estado de insolvencia inminente definido por el art. 2.3 LC es aquel en el que “el deudor prevé que no podrá pagar de forma regular y puntual las obligaciones adquiridas”.

Es evidente en la nueva legislación española la influencia de la reforma alemana de 1994, que, como veremos de inmediato, ha introducido como presupuesto objetivo autónomo del procedimiento, cuando la solicitud provenga del deudor, el “peligro de insolvencia”. En el ordenamiento inglés, como veremos más adelante, está previsto el procedimiento de “*administration*” para situaciones de “peligro de insolvencia”.

3.3. FRANCIA

Han sido ya reseñados los principales procedimientos concursales previstos en el ordenamiento francés (*redressement judiciaire e règlement amiable*) que, en principio no serán de aplicación al “deudor civil”.

El presupuesto objetivo del *redressement judiciaire*, se encontraba en la Ley de 1985 y, ahora, aparece contenido en el art. 621-1 del Código de comercio francés, es la “imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible”. Por lo que el procedimiento se podrá aplicar cuando el activo sea inferior al pasivo y cuando el activo disponible no sea suficiente para pagar el pasivo exigible.

Parece una noción bastante asimilable a la presente en el ordenamiento italiano y, no muy distante a la reciente ley concursal española, en cuanto hace referencia a la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones.

En cambio, el presupuesto objetivo del *règlement amiable* es, según el art. 34 de la Ley de 1985, la situación en la cual se produzca una “dificultad de naturaleza tal que comprometa la continuidad de la actividad”.

Por eso, este procedimiento no podrá aplicarse en situaciones de insolvencia, sino en situaciones de dificultad de mantenimiento de la actividad empresarial; pudiéndose dar un acercamiento con la “dificultad temporal”, que constituye el presupuesto objetivo de la “administración controlada italiana”.

3.4. ALEMANIA

Según el art. 17 *InsO*, el presupuesto general para la apertura del procedimiento es el “estado de insolvencia”, que viene definido como el estado del deudor que “no está en condiciones de pagar las obligaciones vencidas”, a lo que añade que, este estado se presume cuando se ha verificado el cese en los pagos.

Para poder procederse a la apertura del procedimiento a instancia del deudor, la ley prevé una posibilidad cuyo presupuesto objetivo el “riesgo de insolvencia” (art. 18 *InsO*: *drohende Zahlungsunfähigkeit*) y, a la que puede recurrir cuando le sea predecible que no estará en situación pagar al vencimiento las obligaciones existentes.

Otro presupuesto objetivo, pero únicamente aplicable a las personas jurídicas es la posibilidad de incoar el procedimiento ante una situación de “desbalance” (*Überschuldung*). Según el Art. 19 *Inso* “subsiste el desbalance patrimonial cuando el patrimonio del deudor deja de cumplir con las obligaciones existentes”, a lo que añade que “en la evaluación del patrimonio del deudor se debe tener en consideración la continuación de la actividad de la empresa, si las circunstancias la hacen razonablemente posible”.

3.5. REINO UNIDO

Antes de la *Bankruptcy Act* de 1986, el presupuesto de la apertura del procedimiento concursal era el cumplimiento de una serie de actos (llamados “*acts of bankruptcy*”), taxativamente indicados por la ley (*Bankruptcy Acts* de 1914).

Con la ley de 1986 el legislador inglés aprueba el concepto de insolvencia. Como se ha anticipado, el procedimiento de *bankruptcy* (reservado al deudor civil y al empresario individual) presupone un estado de insolvencia. Con el mismo presupuesto objetivo se puede incoar también el procedimiento de *winding up* (que, también puede incoarse en presencia de otros presupuestos, diferentes al de la crisis de la empresa).

Sin embargo, se ha dicho que el concepto de insolvencia en el derecho inglés (*inability to pay debts*) no corresponde totalmente al vigente en los países de “*civil law*”, dado que para incoarse el procedimiento es necesario que: a) la petición sea efectuada respetando determinados formalismos; la deuda (única) supere una cantidad determinada; c) que sea un procedimiento ejecutivo que haya dejado al acreedor total o parcialmente insatisfecho. Si se trata de una sociedad (y, por consiguiente, de procedimiento de *winding up*) es necesario también que: d) la sociedad sea incapaz de hacer frente a sus obligaciones paulatinamente vayan venciendo; e) que el activo de la sociedad (*company assets*) sea inferior al pasivo (*liabilities*), incluyéndose el pasivo eventual y probable.

Al *voluntary arrangement*, se le pueden aplicar diferentes presupuestos objetivos, por lo que es de aplicación a varios momentos de la vida del deudor.

El que tiene una mayor importancia es el procedimiento de *administration*, ya que la *Insolvency Act* de 1986 tiene como presupuestos objetivos no sólo los de la insolvencia, que viene definida como la “incapacidad para pagar las deudas” sino también el “peligro de insolvencia”, que el legislador todavía no ha definido. Esta previsión se ha hecho para acercar la legislación inglesa a las existentes en Europa y, precisamente a la del legislador alemán (que lo introduce como presupuesto objetivo autónomo la *drohende Zahlungsunfähigkeit*) y del español (que, tomando como base el modelo alemán, ha introducido el concepto de *insolvencia inminente*).

4. LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Es evidente que la cuestión más importante que se plantea en relación al tratamiento jurídico de la crisis de la empresa es individualizar las razones por las que un ordenamiento decide intervenir en esta.

Por lo tanto, se plantea el tema de la “función” de los procedimientos concursales, lo que significa que el estudio comparado de la disciplina concursal está estrechamente ligado a la individualización de los objetivos de la política legislativa.

En este sentido, la ponderación de los intereses considerados relevantes (los de la empresa, los del empresario, los de los acreedores, los del interés público) juegan un rol determinante.

A nivel de macrosistema, se ha considerado que uno de los rasgos más importantes de la normativa concursal europea del siglo XX ha sido la tendencia a garantizar la conservación (no necesariamente con la función de satisfacción del acreedor, sino como valor en si mismo), pasando por la reorganización de la empresa (aun de forma preventiva) sobre todo, cuando esta, tuviese dimensiones suficientemente grandes como para incidir en los intereses generales.²⁷ Contrariamente a esto, el interés principal en el siglo XIX era el privado y, particularmente, el orientado a la satisfacción de los acreedores, lo que llevaba utilizar indistintamente un procedimiento liquidativo o conservatorio, según fuese más conveniente a los intereses particulares, sin hacer otras consideraciones.

No faltan, tampoco en el cuadro actual, reconstrucciones orientadas a reconocer la función de satisfacción de los acreedores como principal, lo que hace que la mejor conveniencia de éste pueda jugar un rol muy importante en la conservación o liquidación de la empresa.²⁸ Bajo esta perspectiva se han elaborado las dos últimas grandes reformas concursales europeas: la alemana de 1994 y la española de 2003.

4.1. ITALIA

Como hemos visto, en el ordenamiento italiano, existen una pluralidad de procedimientos de gestión de la crisis, lo que nos permite fijar mejor la finalidad perseguida por cada uno de ellos.

El “*fallimento*” es el que busca más claramente la responsabilidad patrimonial: su finalidad es esencialmente la de la satisfacer a los acreedores,

²⁷ J. PULGAR, *La reforma del derecho concursal comparado y español. Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, Madrid, 1994.

²⁸ Por ejemplo, con esta perspectiva, I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, Pádova, 2001, 1 y 11.

aunque, también es verdad que hay algunos aspectos de esta disciplina que pueden tener en consideración otros intereses diferentes a los que puedan tener los acreedores en sentido “genérico”; como por ejemplo, la posibilidad de disponer la continuación de la actividad empresarial y su administración provisional, que, persiguen la conservación de la empresa y la tutela de los trabajadores.

Pero, el hecho es que la ley de quiebra, al menos en su origen, consideraba la continuación de la actividad empresarial desde una óptica meramente liquidativa, es decir, la conservación tan temporal de la empresa con el fin de obtener mayor valor por su venta. Esta teoría no ha decaído, sino que por el contrario goza de una renovada confirmación por parte de la doctrina que más se ha entretenido en el tema, reafirmando el principio de la “maximización del patrimonio del deudor”.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia ha intentado otorgar a la continuación de la actividad empresarial otras finalidades, como la tutela ocupacional, por ello en Italia se habla de “utilización alternativa de los procedimientos concursales”, hecho que ha sido ampliamente debatido y que ha sufrido duras críticas por parte de los intérpretes.

El concordato preventivo es un procedimiento destinado principalmente a la defensa de los intereses de los acreedores. Aunque su contenido de quita, de espera o de combinación de ambos (lo que propicia la conservación de la empresa) los acreedores habrán de ser satisfechos por lo menos en la medida establecida por la ley. Los que aceptan el “concordato” son los acreedores y, posteriormente, si el juez lo encuentra acorde a los intereses de estos lo ratificará.

Por lo que se refiere a la “*liquidazione coatta amministrativa*”, debemos recordar que esta puede producirse a consecuencia de la crisis de la empresa, o, también, de una crisis de diversa naturaleza (p. ej. “de legalidad”) y, que de este procedimiento, no es instruido por la autoridad judicial, sino por la administrativa. El razonamiento de esto es que se entiende que determinados tipos de empresas están relacionadas con los intereses públicos y, por tal

motivo el procedimiento puede prestarse a fines diferentes de la satisfacción de los acreedores.²⁹

Sobre todo en la *liquidazione coatta amministrativa* de los bancos y de los otros intermediarios financieros es evidente que el procedimiento se presta también a la finalidad de la conservación de los organismos productivos y, en general, de las “organizaciones de empresas”, que interesen como valores en si mismas.

El procedimiento de *amministrazione controllata* está, por su naturaleza, destinado a facilitar el saneamiento de las empresas que se encuentre ante una dificultad temporal de cumplir sus obligaciones. Sin embargo, es digno de reseñar el elevado nivel de discordancia que entre los juristas en cuanto al carácter que ha de tener el saneamiento; se dividen entre los que afirman que este habrá de consistir en la recuperación de la rentabilidad de la empresa y los que creen que debe consistir en la mera recuperación de la solvencia del empresario.³⁰

Para finalizar, en lo referente al procedimiento de *amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, persigue, antes de todo, la “recuperación del equilibrio económico de la actividad empresarial” que habrá de lograrse por medio de:

- a) La cesión del complejo empresarial;
- b) La “reestructuración económica y financiera de la empresa”. Solamente esto no resulta posible se procederá a la liquidación de la empresa.

4.2. FRANCIA

Característica principal de los procedimientos franceses es la gran importancia que el legislador ha otorgado a la prevención de la crisis y a la conservación

²⁹ S. BONFATTI, *La liquidazione coatta amministrativa*, en AA.VV., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 499 ss.

³⁰ P. F. CENSONI, *L'amministrazione controllata*, in AA.VV., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 465.

de las empresas. El cometido del *redressment judiciaire* es “permitir el reflotamiento de la empresa, la continuación de la actividad, el mantenimiento del empleo y la aseguración del pasivo” (art. 1 de la Ley de 25 de Enero de 1985); estos objetivos se asegurarán por medio de un plan que será aprobado por providencia judicial al fin de un periodo de observación. En el plan se podrá prever tanto la continuidad de la actividad empresarial como su cese.

Cuando al término de la observación se manifieste imposible la continuación de la actividad, se abrirá el proceso de liquidación judicial. Cabe decir que con posterioridad a la reforma de 1994 este proceso podrá incoarse sin necesidad del periodo de observación cuando: la empresa haya cesado su actividad o, cuando su saneamiento sea manifiestamente imposible.

Por su parte el *règlement amiable* esta encaminado, también, a la conservación de la empresa. Se incoará para la superación de la crisis (transitoria) a través de la consecución de un acuerdo (que tiende abarcar todos) entre el deudor y los acreedores. Acuerdo, que, por otro lado, surge bajo el control del juez (que decide sobre la petición del deudor de incoar el procedimiento y, que, homologa el acuerdo surgido con el acreedor).

Finalmente, el *redressment judiciaire* civil, procedimiento de insolvencia reservado consumidor, persigue la tutela de los intereses de éste.

4.3. ESPAÑA

Como se ha visto, el principio de “unidad” significa también unidad procedimental: el concurso de acreedores substituye –como único procedimiento– a los procedimientos previstos para el deudor comerciante (quiebra y suspensión de pagos) y, a los previstos para el deudor civil (concurso de acreedores y quita y espera).

El procedimiento presenta una fase común (que inicia con la declaración de concurso y concluye con la presentación de informe por parte de la administración concursal, una vez finalizado el plazo de interposición de recursos y, solucionadas las posibles cuestiones interpuestas contra el inventario

o la lista de los acreedores), se abre la posibilidad de una salida conservativa del procedimiento (convenio) o, también, de una salida liquidativa (liquidación); por lo que una de las características principales del nuevo procedimiento es su flexibilidad.

La previsión de una salida conservativa del procedimiento ha introducido el problema de si la conservación en si misma es un objetivo del procedimiento, digno de conseguir en cuanto tal, o sólo si la conservación es funcional a la satisfacción de los intereses de los acreedores.

La verdad es que la conservación de la empresa se presenta como practicable únicamente cuando sea útil a la satisfacción de los acreedores y, por lo tanto, cuando no sea funcional a éstos se empleará la liquidación.

En cuanto al ordenamiento alemán se pueden hacer las mismas consideraciones.

4.4. ALEMANIA

El procedimiento de insolvencia (*insolvenzverfahren*) recogido en la ley de 1994 está, según el art. 1 de la misma, “dirigido a satisfacer concursalmente a los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor y del reparto del remanente a través de una disciplina predispuesta en un plan de regulación de la insolvencia en particular para la conservación de la empresa”.

La conservación de la empresa, por lo tanto, no es el objetivo final del procedimiento de insolvencia, sino solo uno entre los simples objetivos intermedios, en tanto que el objetivo final, es únicamente la satisfacción de los acreedores, lo que también podrá conseguirse a través de un proceso de liquidación.³¹

³¹ L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, en *Giur. comm.*, 1, 2003, 152 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Le procedure concorsuali: il modello tedesco*, en *Dcho. de quiebra*, 1999, 1, 861-862.

4.5. REINO UNIDO

Los procedimientos de *Bankruptcy* y de *winding up* tienen un carácter esencialmente liquidatorio, por lo que están principalmente orientados a la tutela de los acreedores.

Pero el ordenamiento inglés, al igual que el de EE.UU., tiene también una importante previsión en favor de los deudores (en aplicación del principio *favor debitoris*): el procedimiento de *discharge*, por el que a través de una resolución judicial el deudor se ve liberado de las deudas conformadoras de su masa pasiva, cualquiera que sea el porcentaje recibido por los acreedores y con independencia del consentimiento de éstos.

El procedimiento de *administration* puede tener una pluralidad de objetivos, que irán del intento de recuperación de la solvencia a la conservación a través de la cesión de la empresa, o, en caso de imposibilidad de estas soluciones, la liquidación de la sociedad. De cualquier manera, la importancia concedida a la posición de los acreedores y, sobretudo, la de los privilegiados hace que puedan frustrar este procedimiento, solicitando una *administrative receivership*.

El procedimiento de *voluntary arrangement*, se sustancia en un acuerdo o, en la cesión de los bienes a los acreedores para asegurar la extinción de la deuda (de forma integral para los privilegiados), aunque, permite el proseguimiento de la actividad empresarial, por lo que, en tanto que además suspende la tramitación de la solicitud de *Bankruptcy* o de la *winding up*, puede lograr la conservación de la empresa.

En referencia al procedimiento de *administration* es necesario añadir se han introducido algunas novedades importantes con la "*Enterprise Act*", que entró en vigor el 15 de Septiembre de 2003. La ley tiene como cometido el "facilitar el salvamento de la sociedad y procurar la mayor recuperación para la masa de acreedores".

En primer lugar, se ha eliminado la facultad, antes prevista para el titular de una *floating charge*, de bloquear el procedimiento pidiendo una *administrative receivership*.

De hecho, precisamente porque la *administrative receivership* era consecuencia de la petición por parte de un acreedor garantizado, este último no tenía ningún interés en que la sociedad se salvase, mientras que si la sociedad hubiese proseguido con su actividad no hubiese disminuido su valor en desventaja de los acreedores garantizados.

Por otro lado, mientras la *administrative receivership* representaba esencialmente los intereses de los deudores garantizados, el *administrator* en el nuevo procedimiento es un auxiliar del juez y representante de los intereses de todos los acreedores.

Una posterior novedad es que la *administration* puede ahora activarse también de forma extrajudicial, sin necesidad de una providencia del juez, por decisión de los acreedores titulares de un *floating charge* cualificado, por la sociedad o, también, por los acreedores de la sociedad.

Si la administración se solicita al juez, éste, deberá evaluar si son “razonablemente” alcanzables los objetivos del procedimiento. Si el procedimiento se abre extrajudicialmente, será la persona nombrada administrador la que deberá realizar dicha evaluación.

La ley prevé tres objetivos que el administrador deberá perseguir:

- a) Sanear la sociedad, convirtiéndola en una “empresa activa” (no es necesario decir que no habría ningún interés en reflotarla como una “sociedad ficticia o fantasma”, el único objetivo es una empresa activa o *going concern*;
- b) Lograr un resultado mejor para los acreedores del que les hubiese comportado la liquidación de la sociedad.
- c) Realización de los bienes para su reparto entre uno o más acreedores garantizados o, en cualquier caso, acreedores privilegiados.

Por lo tanto el reflotamiento de la sociedad es el objetivo que el administrador debe perseguir. Pero, no pudiendo conseguirlo, deberá proceder a la liquidación de los bienes. En síntesis, el interés que habrá de ser siempre perseguido es el de los acreedores: sólo si hay la posibilidad de salvar la

empresa como empresa activa esto puede perseguirse conjuntamente con el interés de los acreedores.

5. ¿UNIDAD O PLURALIDAD DE PROCEDIMIENTOS?

Frecuentemente, la existencia de ordenamientos con diferentes procedimientos concursales, resulta de la evolución histórica del sistema jurídico. A menudo, las intervenciones del legislador son para realizar reformas rápidas, por lo que suele introducir una disciplina nueva y, limitada, en vez de reformar el sistema, que, es lo que ha ocurrido en Italia.

De todas maneras, parece que el problema de la unidad o pluralidad procedimental no interfiere en la finalidad de los mismos. Es evidente que el hecho de contar con un ordenamiento que contenga un procedimiento único no representa ningún problema en la persecución de una pluralidad de funciones y, en la modulación la intensidad con la que es perseguido un fin específico en orden de las circunstancias particulares.

El último ejemplo es la reciente reforma legislativa española de 2003 (Ley 22/2003 y Ley Orgánica 8/2003), que prevé un procedimiento único de carácter general (*concurso de acreedores*) que, aunque esencialmente encaminado a la satisfacción de los acreedores, queda abierto tanto a un resultado conservativo como a uno liquidatorio.³²

Un discurso análogo debe hacerse en cuanto a la legislación alemana.

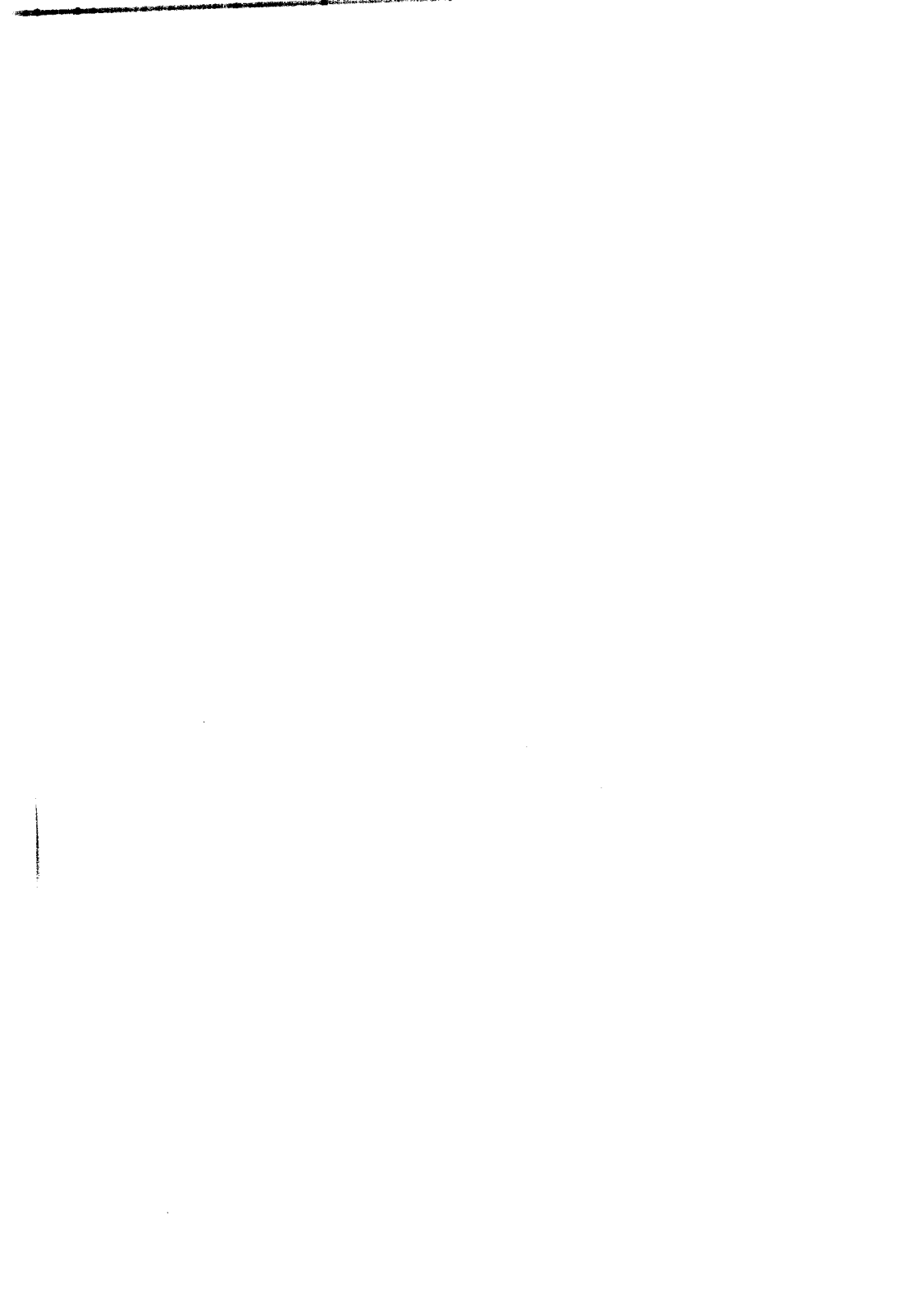
La legislación italiana se caracteriza por una pluralidad de procedimientos, que se deben principalmente a las características subjetivas del empresario (la *liquidazione coatta amministrativa* y la *amministrazione straordinaria* sólo se aplican a algunos tipos de empresarios privados no pequeños) y la finalidad perseguida (liquidatoria y de satisfacción de los acreedores en la

³² Sobre la "gran reforma" española del 2003, R. GARCIA VILLAVARDE – A. ALONSO UREBA – J. PULGAR EZQUERRA (dirigido por), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003.

quiebra, de satisfacción de los acreedores y conservatoria de la empresa en la administración controlada y, por último, con tendencia conservatoria en la administración extraordinaria).

Un juicio similar se podría hacer sobre la situación de multiplicidad procedimental inglesa, dado que también allí, está provocada por las características subjetivas del deudor (la *bankruptcy* se aplica sólo a deudores civiles y a empresarios individuales y, el *winding up* solamente a las sociedades) y, por de la finalidad perseguida (liquidatoria en el *bankruptcy* y en el *winding up* y, con tendencia conservatoria en la *administration*).

Finalmente, cabe mencionar también, que la existencia en Francia de una multiplicidad de procedimientos (*redressment judiciaire, règlement amiable*) no impide que se les de una finalidad unitaria, que es la de prevención y conservación.



NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA *IUSTITIA*

Estas normas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de la revista *IUSTITIA* del Departamento de Derecho del ITESM.

1. Sólo se publicarán investigaciones originales e inéditas. El idioma oficial de la revista es español. Sin embargo, se podrán publicar también artículos en inglés.
2. Los trabajos deberán entregarse impresos o por correo electrónico. El archivo que contenga el trabajo deberá tener formato de *Microsoft Word*, versión 6.0 o posterior. Se deberá utilizar el formato de letra conocido como *Times New Roman*, el tamaño de la letra 12, a espacio y medio.
3. La extensión de los trabajos se considerará caso por caso. Sin embargo se sugiere que si es un artículo o comentario, el número de páginas sea razonable para que el mismo pueda ser publicado en un sólo número.
4. Para las citas, y en general para el trabajo, se podrá utilizar cualquier metodología siempre y cuando sea coherente y uniforme.
5. Utilice notas al pie en lugar de notas al final del trabajo.
6. La única nota que podrá aparecer en el nombre del autor, antes del cuerpo de la investigación, será la nota de referencia del autor. Esta incluirá únicamente la siguiente información:

- a. Posición dentro del ITESM o la institución educativa en dónde sea profesor, o una breve nota a manera de título que describa su ocupación jurídica.
 - b. Grados académicos obtenidos a la fecha, incluyendo la institución en la que obtuvo cada uno de ellos.
 - c. Se podrán incluir agradecimientos en la misma nota, siempre y cuando éstos no abarquen más de cinco renglones.
7. El Consejo Editorial revisará los trabajos y los enviará a su autor con los comentarios respectivos, asignándole un plazo para su corrección y envío.
8. El autor, autorizará por escrito al Consejo Editorial a publicar su artículo; asimismo, se someterá a lo establecido por el Manual de Políticas de Derechos de Autor del Sistema ITESM.
9. Lo no previsto aquí será decidido por el Consejo Editorial o por el editor de la revista.

LINEAMIENTOS DEL CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA *IUSTITIA*

PRIMERO: El Consejo Editorial estará formado por un número determinado de profesores del Departamento de Derecho del ITESM u otra institución y un editor.

SEGUNDO: Las funciones de los miembros del Consejo Editorial serán las siguientes: a) Revisar los trabajos de investigación propuestos que les asigne el editor de la revista. La revisión de cada trabajo será hecha por tres miembros del Consejo Editorial, pudiendo ser uno de ellos el editor de la revista; b) Diseñar y modificar las normas editoriales de la revista; y, c) Promover la difusión y participación en la misma.

TERCERO: En la revisión de los trabajos de investigación, cada uno de los miembros del Consejo que esté participando podrá: 1° Aprobar el trabajo para su publicación; 2° Rechazar la publicación del trabajo en cuestión; o bien, 3° Agregar comentarios y sugerencias tendientes a la mejora del trabajo para lograr así su publicación. En todo caso, los fundamentos de la decisión se tendrán que entregar por escrito al editor, quien a su vez los hará llegar al autor de los trabajos.

CUARTO: La decisión de publicar o no un trabajo propuesto, será tomada por la mayoría de los tres miembros del Consejo que esté revisando el trabajo en cuestión. Podrá ser rechazada aquella investigación que no cumpla con lo preceptuado en las normas editoriales. Sin embargo, no podrá ser fundamento de rechazo tener un criterio, escuela de pensamiento o interpretación diferente a la del autor de la investigación.

QUINTO: La asignación del trabajo para la revisión que del mismo harán tres miembros del Consejo será hecha por el editor de la revista. Al momento

de hacer la revisión, los miembros del Consejo no tendrán conocimiento alguno sobre su autor. Se procurará que los trabajos sean asignados de manera aleatoria y que la carga de trabajo sea proporcional para todos los miembros del Consejo. En caso de que algún miembro del Consejo presente alguna investigación para su publicación, no podrá ser uno de los tres miembros que den revisión a la misma.

**Este número de la revista
IUSTITIA editada por el
Departamento de Derecho del
ITESM Campus Monterrey, se
imprimió en los talleres de
Grafo Print Editores, S.A. La
edición consta de 600
ejemplares.**

CLAUSTRO ACADÉMICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

Dra. Ana María Alvarado Larios
Lic. Alberto Francisco Rebolledo Ponce
Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala
Lic. Carlos A. Gabuardi Arreola
Lic. César Luis Aranda Garza
Dr. Donato Cárdenas Durán
Dra. Doricela Mabarak Cerecedo
Lic. Eloisa Fernández Rangel
Lic. Gabriel Gerardo Farah Piñón
Dr. Héctor Alejandro González Hernández
Lic. Jorge Castañeda González
Lic. Julio César Cruz Chavira
Lic. Jorge Iván Salazar Tamez
Lic. Luis Ernesto Aguirre Villarreal
Lic. Marlon Omar López Zapata
Dr. Rogelio Martínez Vera
Lic. Rosa Gloria Alanís Sierra
Lic. Rosa Aurora Moncayo de León
Lic. Roberto Garza Barbosa

PROFESORES VISITANTES DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

Dr. Pedro Serna
Lic. Carmelo Cattafi Bambaci



**TECNOLOGICO
DE MONTERREY®**