

20721
132



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

DON QUIJOTE DE LA MANCHA: LA LITERATURA UN MEDIO
EFICAZ DE ENRIQUECIMIENTO EN EL ESTUDIO DE LA
CIENCIA JURIDICA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JORGE OSVALDO HERNANDEZ HERNANDEZ

ASESOR: LIC. LUIS GUSTAVO VELA SANCHEZ



FEBRERO 2003

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

PAGINACIÓN DISCONTINUA

Hombre, no te desesperes,
que algún día llegará
en que seas el que eres.

José Bergamín

Y mejor aún
que cualquier idea
que tengamos de la libertad
resulta, sin duda alguna, la libertad.

Alberto Blanco

Vivir en el engaño es fácil, y aún más, es nuestra condición natural, y por eso no debería dolernos tanto.

Javier Marías

¿ Acaso la vida misma no es sino una secuela de Mentiras en cuyo fondo subyace la angustiosa verdad de que nada existe, nada es verdadero?

Gesualdo Bufalino

No he querido saber, pero he sabido.

Javier Marías

A mi Abuela
Alfonsa
Por Toda su Preocupación,
y Comprensión

A mis Madres
Luisa y Obdulia
Por todo

A mis Hermanos
Luis y Carmelita
Esperando que este pequeño
esfuerzo, les sirva de ejemplo.

A mis Tíos

A mis Primos

A mis Amigos

A mis Profesores

A los Escuderos de Don Quijote

A la Familia Gallardo

A Eusebio Gallardo Flores
Por Todo su Apoyo

A Gabriela Gómez Guerrero
Por su Compañía

A mi Asesor
A quien Atribuyo todos los aciertos (¿ Sí es que este trabajo los tiene?).
Los errores los asumo yo.

Todo tiene su tiempo para ser creído.
Javier Marías

Especialmente a quien me dio todo sin pedirme nada a cambio.

La Universidad

“Nadie me ha querido nunca tanto como yo a ellos”

Para todos,
Pese a todos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

CAPÍTULO I MARCO CONCEPTUAL

Introducción	X
1.1 Concepto de Derecho	
1.1.1 Concepto Lexicográfico	13
1.1.2 Concepto Estipulativo	13
1.1.3 Concepto Real	14
1.1.4 Concepto Estático	14
1.1.5 Concepto Dinámico	14
1.1.6 Concepto Sociológico	15
1.1.7 Concepto en Algunos Autores	15
1.2 La Multidisciplinariedad del Derecho	
1.2.1 La Ciencia Política y el Derecho	17
1.2.2 La Historia y el Derecho	18
1.2.3 La Sociología y el Derecho	18
1.2.4 La Economía y el Derecho	19
1.2.5 La Filosofía y el Derecho	20
1.3 El Derecho y su Relación con otras Áreas del Conocimiento	
1.3.1 Semiótica y Derecho	
1.3.1.1 Concepto de Semiótica	21
1.3.1.2 Los Signos	22
1.3.1.3 El Lenguaje	23
1.3.1.4 El Lenguaje Jurídico	23
1.3.2 Hermenéutica y Derecho	
1.3.2.1 Concepto de Hermenéutica	24
1.3.2.2 Hermenéutica Jurídica	26
1.3.2.3 Métodos de Interpretación del Derecho	
1.3.2.3.1 Método Exegético o Tradicional	27
1.3.2.3.2 La Escuela del Derecho Libre	28
1.3.2.3.3 Interpretación de Acuerdo al Derecho Positivo Mexicano	28
1.3.2.4 La Hermenéutica Filosófica en la Ciencia Jurídica	29

1.3.3	Arte y Derecho	
1.3.3.1	Concepto de Arte	30
1.3.3.2	Teorías del Arte	
1.3.3.2.1	El Arte como Imitación o Representación	32
1.3.3.2.2	El Arte como Expresión	33
1.3.3.2.3	El Arte como Forma	33
1.3.3.3	El Derecho como Arte Liberal	34
1.3.4	Literatura y Derecho	
1.3.4.1	Concepto de Literatura	35
1.3.4.2	Efectos de la Literatura	
1.3.4.2.1	Ideologización	36
1.3.4.2.2	Proyección Política	37
1.3.4.2.3	Utilización de Contradicciones Ideológicas	37
1.3.4.2.4	Los Personajes como Modelo	38

CAPÍTULO II

EL AUTOR Y SU OBRA

2.1	Datos Biográficos Generales de Miguel de Cervantes Saavedra	40
2.2	Concepción Literaria Sobre Don Quijote de la Mancha	46
2.3	El Estado Español en el Siglo XVI	
2.3.1	Órganos Centrales del Estado	
2.3.1.1	Los Consejos	
2.3.1.1.1	Consejo Real	49
2.3.1.1.2	Consejo de Estado	50
2.3.1.1.3	Consejo de la Inquisición	50
2.3.1.1.4	Consejo de la Hacienda	51
2.3.1.1.5	Los Demás Consejos de la Monarquía	51

2.3.1.2	Las Cortes	
2.3.1.2.1	Corte de Castilla	52
2.3.1.2.2	Corte de Navarra	52
2.3.1.2.3	Corte de la Corona de Aragón	52
2.3.2	El Gobierno Territorial y la Administración Local	
2.3.2.1	La Corona de Castilla: Chancillerías y Audiencias	53
2.3.2.2	Los Corregimientos	54
2.3.2.3	El Municipio en Castilla y Aragón	54
2.3.2.4	El Gobierno y la Justicia en la Corona de Aragón	54
2.3.2.5	Los Alcaldes de Casa y Corte	55
2.4	Breve Panorama de la Realidad Histórica de la Época de Cervantes	
2.4.1	Aspecto Económico – Social y Político	55
2.4.2	Aspecto Ideológico – Religioso	56
2.4.3	Aspecto Cultural y Literario	56
2.5	La Tradición Jurídica que Influye en Cervantes	
2.5.1	Montaigne y Charron	58
2.5.2	Moro, Campanella y Erasmo	58
2.5.3	Lutero	59
2.5.4	Zuinglio y Calvino	60
2.5.5	Melantone	61
2.5.6	Vitoria y Soto	61
2.5.7	Molina, Bellardino y Mariana	62
2.5.8	Fernando y Gabriel Vázquez	62
2.5.9	Suárez	63
2.5.10	Bodin	63
2.6	El Derecho en la Época de Cervantes	64

CAPÍTULO III

ALGUNOS CONCEPTOS Y FIGURAS JURÍDICAS CONTENIDAS EN DON QUIJOTE DE LA MANCHA Y SU VINCULACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO

3.1	Conceptos de Filosofía del Derecho Contenidos en Don Quijote de la Mancha
-----	---

3.1.1 EL PODER Primera Parte Capítulo LII y Segunda Parte Capítulos II, III, XIII y XXXIII -----	68
3.1.2 LA JUSTICIA Primera Parte Capítulo XI y Segunda Parte Capítulos XVIII y LX -----	74
3.1.3 LA LIBERTAD Primera Parte Capítulos XXII y LII y Segunda Parte Capítulos LIV y LVIII -----	79
3.2 Figuras de Derecho Penal y Derechos Humanos Contenidos en Don Quijote de la Mancha	
3.2.1 LAS PENAS Primera Parte Capítulo XXII y Segunda Parte Capítulos XLV y XLIX -----	83
3.2.2 PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO Segunda Parte Capítulo LI -----	94
3.2.3 LOS DERECHOS HUMANOS Primera Parte Capítulos XXII y XXX -----	97
3.3 Figuras de Derecho Constitucional Contenidas en Don Quijote de la Mancha	
3.3.1 EL MUNICIPIO Segunda Parte Capítulos XXVII, XLVIII, LII, LXVI y LXXXII -----	105
3.3.2 EL FUERO Primera Parte Capítulos X y XLV -----	112
3.3.3 EL GOBIERNO COMO ELEMENTO DEL ESTADO Primera Parte Capítulo L y Segunda Parte Capítulos XLIII, XLIX y LI -----	117

CAPÍTULO IV

LA LITERATURA COMO MEDIO DE ENSEÑANZA - APRENDIZAJE DEL DERECHO

4.1 La Contribución al Derecho de Miguel de Cervantes Saavedra: Una Visión de Conjunto -----	123
4.2 La Aportación al Análisis y Reflexión del Derecho de Otras Obras de la Literatura Universal: Un Panorama General	
a) El Contrato Social en Guerra y Paz de Leon Tolstói y en Filosofía en la Alcoba del Marqués de Sade -----	134
b) Los Derechos del Hombre en las Mentiras de la Noche de Gesualdo Bufalino -----	135



c) El Poder Judicial en los Viajes de Gulliver de Jonathan Swift y en la Madre de Máximo Gorki -----	136
d) La Pirámide de Kelsen en la Cabeza Pérdida de Damaceno Monteiro de Antonio Tabucchi -----	138
e) El Origen de la Ley en Confesión de un Asesino de Joseph Roth -----	139
f) El Deber Jurídico en Confesión de un Asesino de Joseph Roth -----	140
g) El Proceso en la Madre de Máximo Gorki; en el Conde de Montecristo de Alejandro Dumas; en De Profundis de Oscar Wilde; en los Novios de Alessandro Manzoni y en el Proceso de Franz Kafka -----	141
h) El Inicio del Proceso Penal en la Historia Sencilla de Leonardo Sciascia y en Plenilunio de Antonio Muñoz Molina -----	143
i) La Pena de Muerte en las Muertas de Jorge Ibargüengoitia; en Puertas Abiertas de Leonardo Sciascia; en los Novios de Alessandro Manzoni; Los Teólogos de Jorge Luis Borges; Crimen y Castigo de Fiodor Dostoievski y en el Extranjero de Albert Camus -----	145
j) El Error Judicial en El Contexto de Leonardo Sciascia -----	148
4.3 La Discusión Actual en Torno al Diseño de los Planes de Estudio de la Licenciatura en Derecho.	
4.3.1 La Necesidad de Reforzar el Perfil Humanista de los Egresados de la Licenciatura en Derecho -----	149
4.3.2 La Necesidad de Incluir la Enseñanza de la Literatura en los Planes de Estudios de la Licenciatura en Derecho -----	150
Conclusiones -----	153
Bibliografía -----	155

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que presentamos se intitula Don Quijote de la Mancha: la Literatura un Medio Eficaz de Enriquecimiento en el Estudio de la Ciencia Jurídica.

Tiene como objetivo analizar de manera general las relaciones existentes entre el Derecho, el lenguaje y la literatura, para comprobar en lo particular que el tratamiento jurídico en una obra de la literatura universal como es Don Quijote de la Mancha - donde se incluyen figuras jurídicas que son vigentes y aplicables en los sistemas normativos de nuestro tiempo -, puede enriquecer el estudio de la Ciencia Jurídica, y consecuentemente demostrar que la literatura es un medio eficaz para el aprendizaje y reflexión de la misma, con el fin de proponer la inclusión de su enseñanza en los Planes de Estudios de la Licenciatura en Derecho.

Creemos que la importancia del trabajo radica en que nos ayudará a tratar de establecer medios distintos para la enseñanza y deliberación del Derecho.

Las técnicas utilizadas para la elaboración de este trabajo, son las generales de investigación documental y bibliográfica.

Para la consecución de este fin nos hemos trazado el siguiente camino: en el primer capítulo analizaremos el concepto de Derecho y la multidisciplinariedad del mismo. Ya que hablar del concepto de Derecho, es hacer referencia a uno de los temas principales de estudio de la Filosofía Jurídica, lo relevante aquí, es establecer la noción doctrinal que tienen diversos autores y la concepción que asumen sobre la disciplina.

El Derecho desde su origen fue considerado un elemento básico en la interpretación del mundo; es por ello que es de las primeras disciplinas que se enseñan en las universidades, pues en su proceso de enseñanza - aprendizaje comprendía el análisis de una serie de ramas científicas que en la actualidad se estudian con relativa independencia unas de otras, aunque evidentemente existe una relación innegable entre ellas.

Algunos piensan que a partir de la sistematización particular de estas disciplinas el Derecho también delimitó su propio campo como una ciencia que se encarga de estudiar las normas de carácter jurídico, que son creadas por un órgano del Estado y aplicadas por él, para permitir la convivencia de la sociedad establecida en su territorio.

Nosotros diferimos, pues desde nuestra perspectiva el Derecho tiene un carácter multidisciplinario. Mediante el análisis de la vinculación que existe entre las diversas ramas del conocimiento científico social, lograremos establecer la función que tienen algunas de las temáticas del propio Derecho o

también llamadas disciplinas jurídicas y la relevancia del estudio de las mismas, para la comprensión del sistema jurídico.

El Derecho como disciplina autónoma cuenta con un lenguaje particular y con técnicas de interpretación individuales, que permiten a sus estudiosos, poder establecer el sentido de la norma, el alcance de la misma y en algunas ocasiones, la finalidad del legislador al crear la norma.

Existe la posibilidad de vincular al Derecho con diversas expresiones estéticas, lo que permitiría, observar el estudio de la disciplina de manera distinta y fortalecer al humanismo, al cual pertenece, ya que es una disciplina humanista.

Este trabajo tiene precisamente como finalidad establecer la relación existente entre el Derecho y una disciplina aparentemente independiente: la Literatura.

En un segundo capítulo abordaremos el estudio sobre algunos datos generales de la obra que hemos elegido y del autor de la misma: Don Quijote de la Mancha de Miguel de Cervantes Saavedra, obra clásica de la Literatura Universal, además de la concepción que sobre la misma tienen o han tenido a través del devenir histórico algunos literatos.

Los escritores reciben una determinada influencia de las principales doctrinas vigentes en la época que viven, en el caso particular las doctrinas jurídicas no son la excepción, es por ello, que trataremos de identificar lo postulado por las principales doctrinas jurídicas que tuvieron una determinada influencia en la ideología de Miguel de Cervantes, pues esas doctrinas también intervinieron, al darle los fundamentos a los cuerpos normativos de la época, por lo que haremos una breve reseña de los más relevantes.

La creación literaria cervantina no sólo se ve influida por los aspectos jurídicos, sino también por los aspectos políticos, para lo cual realizaremos una descripción de la organización del Estado Español en el siglo XVI. Asimismo disertaremos sobre los aspectos literarios, religiosos, culturales, económicos, por sólo citar algunos, que al igual a lo antes mencionado tienen una puntualizada ascendencia en el autor.

En el tercer capítulo examinaremos algunas de las figuras y conceptos jurídicos contenidos en la obra de marras, éstas son el motivo principal de nuestro estudio por lo cual realizaremos una exposición doctrinal de ellas, para finalmente analizar el marco normativo, en el caso particular el nacional, así como la referencia a las leyes y los artículos en que se encuentran regulados; con la finalidad de demostrar que las figuras jurídicas contempladas por el autor siguen vigentes en algunos sistemas de Derecho en el mundo.

Habremos de realizar en el cuarto capítulo un estudio con este mismo enfoque – pero de manera general – a otras obras de la literatura universal con la finalidad de demostrar que la obra de Don Quijote de la Mancha, no es un caso excepcional, pero sí una referencia obligada para nosotros.

Este trabajo pretende aportar una serie de argumentos tendientes a fortalecer el proceso de aprendizaje de la Ciencia Jurídica; de manera paralela a la enseñanza rigurosa del Derecho debe consolidarse una cultura general sustentada en el manejo de fuentes literarias para generar una visión más amplia acerca de algunas ramas del mismo, con la finalidad de lograr que se facilite la concreción de éste y crear una distinta perspectiva.

Nuestra intención es contribuir en la implementación de vías y formas alternas para un mejor aprendizaje de nuestra disciplina. Es por eso que esperamos que este trabajo sea una invitación a colaborar a la reflexión que aquí se esboza, de manera particular es sólo el inicio de una investigación más exhaustiva.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL

1.1 CONCEPTO DE DERECHO

1.1.1 Concepto Lexicográfico

Este tipo de concepto se refiere a la forma en que se entiende o se ha entendido en alguna comunidad la palabra derecho o alguna expresión semejante como derecho positivo o derecho vigente. Los conceptos lexicográficos son enunciados históricos, porque aluden a usos lingüísticos y generalmente se recogen en diccionarios, en obras históricas y en investigaciones sociales o psicológicas.

El Pequeño Larousse Ilustrado¹ establece el siguiente concepto de Derecho: Conjunto de las leyes y disposiciones que determinan las relaciones sociales desde el punto de vista de las personas y la propiedad.

Antonio Raluy Poudevira² define al Derecho como la facultad de hacer o exigir lo que la ley permite. Facultad natural del hombre, para hacer legítimamente lo que conduce a su vida. Norma Jurídica.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia³ se lee, en su acepción decimotercera, Derecho: Conjunto de principios preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza.

Martín Alonso⁴ señala que el Derecho es el Conjunto de preceptos y reglas a que está sometida toda sociedad civil. Derecho Positivo. El establecido por las leyes.

Estos y otros conceptos de diccionario no constituyen conceptos básicos en la Ciencia Jurídica, porque en ella no interesa únicamente la forma en que es entendida y usada una palabra en ciertas sociedades.

1.1.2 Concepto Estipulativo

Este tipo de concepto sirve para desechar otros conceptos limitados a ciertos requisitos tales como la positividad, la imperatividad, el origen estatal y la obligatoriedad.

Un concepto estipulativo del Derecho es el siguiente: “Es un cuerpo de normas que tienen como finalidad la prevención y la ordenada solución de conflictos”⁵.

¹ Apud. PÉREZ Carrillo. Introducción al Estudio del Derecho. p. 46

² BREVE DICCIONARIO PORRÚA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. p. 130

³ Cfr. GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT t. 9. pp.1262-1263

⁴ DICCIONARIO DEL ESPAÑOL MODERNO. Apud. PÉREZ C. op. cit. p.47

⁵ Ibid. p. 50

Hermann Kantorowicz⁶ propone como concepto estipulativo del Derecho el siguiente: Es un cuerpo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justificables.

Martín Laclau⁷ establece que el Derecho se nos presenta como un ordenamiento de la conducta humana, esto es, como un conjunto de normas que se relacionan mutuamente entre sí.

No resulta tan fácil presentar un concepto estipulativo de la palabra derecho en la ciencia jurídica, porque la cantidad tan vasta de problemas no se resuelve con un acto de voluntad.

1.1.3 Concepto Real

Al pretender esta aplicación distintos autores, obtienen conclusiones semejantes y consideran como parte de la esencia del derecho positivo el carácter normativo, en tanto tiende a la realización de valores.

Llambías Azevedo⁸ define al Derecho como un sistema bilateral y retribuidor de disposiciones puestas por el hombre para regular la conducta de un círculo social y como medio de realizar los valores de la comunidad. Además afirma que el Derecho no nos dice ni qué ni como suceden las acciones, sino como deben ser.

Rafael Preciado Hernández⁹ sostiene que el Derecho es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común.

En los conceptos aludidos la diferencia de especie se refiere al fin específico que se pretende realizar. Este fin no se actualiza en los demás sistemas normativos y puede ser la justicia, el bien común, la seguridad, la equidad u otro valor social.

1.1.4 Concepto Estático

Estáticamente el derecho es un conjunto de normas a las cuales se les observa o no.

Hans Kelsen¹⁰ establece que el Derecho es algo establecido en la forma prescrita por la Constitución para la elaboración de normas jurídicas.

El mismo autor en *The Pure Theory of Law*, en el capítulo *The Static Aspect of Law*, resuelve los problemas relativos a la sanción, obligación, ilícito, derecho subjetivo, capacidad, competencia y relación jurídica, siempre con base en el concepto de derecho.

1.1.5 Concepto Dinámico

Dinámicamente el derecho es un conjunto de procesos de creación y aplicación de normas jurídicas.

⁶ REVISTA DE OCCIDENTE. No. 23. p. 36

⁷ MARTÍN Laclau. El Carácter Prescriptivo del Derecho y de su Lenguaje. *Revista de Occidente*. No. 23. p. 215

⁸ AZEBEDO. Apud. PÉREZ C. op. cit. p. 55

⁹ PRECIADO Hernández. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, p. 268

¹⁰ Cfr. *General Theory of Law and State*. p. 122. Apud. PÉREZ Carrillo. op. cit. p. 67



Hans Kelsen¹¹ en su libro *The Pure Theory of Law*, en su capítulo referido a *The Dynamic Aspect of Law*, trata la norma hipotética fundamental, la constitución, legislación, administración, jurisdicción y otros temas concernientes a la aplicación y creación de normas jurídicas, y en primer lugar el tema relativo a los sistemas jurídicos, en donde pregunta ¿Cuándo las normas de un orden jurídico forman un sistema jurídico? y ¿Cuándo una norma jurídica pertenece a un sistema?.

En *What is Justice?* El mismo autor¹² sostiene: si uno mira el orden jurídico desde el punto de vista dinámico, no aparece, como sucede desde el punto de vista estático como un sistema de normas de igual rango, colocadas unas a lado de otras, sino más bien como una jerarquía en la cual las normas de la Constitución forman el estrato superior.

1.1.6 Concepto Sociológico

Por lo que respecta al concepto sociológico del derecho, se considera que el aporte principal de todas las instituciones jurídicas reside en la creación normativa de expectativas.

Niklas Luhmann¹³ define al Derecho como la estructura de un sistema social basado en una congruente generalización de las expectativas normativas de comportamiento.

Werner Kravietz¹⁴ establece que los elementos estructurales decisivos de la norma jurídica no son ni el reconocimiento ni la coacción, sino las expectativas jurídicas desarrolladas a través de las normas del Derecho respectivamente vigente, con sus efectos constitutivos, expresivos (prescriptivos).

Por tanto, la función decisiva de todas las reglas jurídicas establecidas e institucionalizadas socialmente de esta manera, en tanto artefactos humanos, puede consistir en que cada cual pueda orientar su propia acción por expectativas unívocas y creadas por ellas. El aporte central de todas las instituciones jurídicas, organizaciones y sistemas sociales reside, pues, en el nivel de la formación normativa de expectativas.

1.1.7 Conceptos en Algunos Autores

Alf Ross¹⁵ establece que el Derecho es el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, constituidos por el ejercicio de la fuerza física contra las personas de parte de los jueces, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias.

Kant¹⁶ dice que el derecho es el complejo de las condiciones por las cuales del arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.

¹¹ Apud. PÉREZ C. op. cit. p. 68

¹² *Ibid.* p. 71

¹³ Cfr. *Rechtssoziologie*. p 219, Apud. KRAWIETZ Werner. *El Concepto Sociológico del Derecho y Otros Ensayos*. pp. 18-19

¹⁴ *Ibid.* p. 26

¹⁵ Cfr. *Sobre el Derecho y la Justicia*. p. 18. Apud. PÉREZ C. op. cit. pp. 75-76

¹⁶ KANT. Apud. RAMÍREZ Gronda *Diccionario Jurídico*. p. 118



H. L. A Hart¹⁷ concibe al Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias.

Norberto Bobbio¹⁸ define al derecho como el conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tiene por contenido la reglamentación de las relaciones fundamentales para la convivencia y supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), así como la reglamentación de los modos y de las formas con que el grupo social reacciona a la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción, y que tiene como fin el mínimo impedimento de las acciones consideradas más destructivas del conjunto social, la solución de los conflictos que amenazan, si no son resueltos, con hacer imposible la propia subsistencia del grupo, la consecución y el mantenimiento, en suma del orden o de la paz social.

Stammler¹⁹ afirma que el derecho es el querer entrelazante, autárquico e inviolable.

Rafael De Pina²⁰ asegura que se entiende por derecho todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural.

Víctor De Santo²¹ entiende por derecho al conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sujetas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia puede ser uno compelido por la fuerza.

Del Vecchio²² establece que el derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según su principio ético que los determine, excluyendo todo impedimento.

Guillermo Cabanellas²³ concibe al derecho como el conjunto de leyes, colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a la justicia y la paz; y a cuya observancia puede ser compelido por la fuerza.

Alonso Martínez de Navarrete²⁴ entiende que el derecho es el orden o los ordenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público, o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual.

Eduardo Couture²⁵ afirma que el derecho es un sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad.

¹⁷ Cfr. The Concept of Law. p. 79, Apud. PÉREZ C. op. cit. p. 79

¹⁸ BOBBIO Norberto y MATEUCCI Nicola. Diccionario de Política A-J. p. 453

¹⁹ STAMMLER. Apud. RAMÍREZ G. op. cit. p. 118

²⁰ DE PINA Rafael. Diccionario de Derecho. p. 228

²¹ DE SANTO Víctor. Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. p. 332

²² DEL VECCHIO. Apud. RAMÍREZ G. op. cit. p. 118

²³ CABANELLAS Guillermo. Diccionario de Derecho Usual t. I. p. 630

²⁴ MARTÍNEZ de Navarrete. Diccionario Jurídico Básico. p. 152

²⁵ COUTURE Eduardo. Vocabulario Jurídico. p. 217

Miguel Villoro Toranzo²⁶ entiende que el derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

Tomando en consideración que el derecho es una ciencia híbrida, ya que es una disciplina que contiene tanto aspectos de carácter fáctico como características de orden formal, para efectos de este trabajo de investigación entenderemos al derecho como un conjunto de conocimientos organizados en un grupo de teorías y enriquecidos por la observación, que nos explican la especificidad lógico - epistémica de las normas de orden público que regulan imperativamente los actos de la sociedad y de sus individuos.

1.2 LA MULTIDISCIPLINARIEDAD DEL DERECHO

1.2.1 La Ciencia Política y el Derecho

Norberto Bobbio²⁷ asegura que la expresión ciencia política puede ser usada en sentido amplio y no técnico para denotar cualquier estudio de los fenómenos y de las estructuras políticas, conducido con sistematicidad y con rigor, apoyado en un amplio y agudo examen de los hechos expuesto con argumentos racionales.

Otra acepción que propone el mismo autor en un sentido más estricto y por lo tanto más técnico es aquella que asegura que al hablar de ciencia política se indica una orientación de los estudios que se propone aplicar, en la medida de lo posible, el análisis del fenómeno político – o sea en la medida que la materia lo permite, pero siempre con el mayor rigor- la metodología de las ciencias empíricas (sobre todo la que resulta de la elaboración y de la codificación efectuada por la filosofía neopositivista). De manera más breve se puede afirmar que la ciencia política designa a la ciencia empírica de la política o la ciencia de la política.

La ciencia política, en cuanto ciencia del hombre, del comportamiento humano tiene en común con todas las otras ciencias humanas dificultades específicas que derivan de algunas características de la acción humana, de las cuales tres son particularmente relevantes: a) el hombre es un animal teleológico que cumple acciones y se sirve de cosas útiles para el logro de fines no siempre declarados y frecuentemente inconscientes; b) el hombre es un animal simbólico que se comunica con sus semejantes mediante símbolos (el más importante de los cuales es el lenguaje); c) el hombre es un animal ideológico que se sirve de valores vigentes en el sistema cultural en que está inserto para racionalizar su propio comportamiento, que hace uso de motivaciones distintas de las reales a efectos de justificarse o de obtener consenso.

No conviene olvidar que la filosofía política moderna desde Hobbes hasta Kant se presenta como una parte, y sólo como una parte, del tratamiento del derecho natural, en la que el Estado aparece como un ente jurídico, creado a través de un acto jurídico (como el contrato o los contratos, que se constituyen en fundamento de legitimidad) y, una vez instituido, creador el mismo de derecho (derecho positivo).

Una de las características principales de las diversas teorías del Estado moderno, es justamente el doble y convergente proceso de estatalización del derecho y de juridización del Estado, por el cual, por un

²⁶ VILLORO Toranzo. Introducción al Estudio del Derecho. p. 125

²⁷ BOBBIO N. op. cit. p. 218

lado, el derecho es considerado desde el punto de vista del Estado, o de lo que es el elemento característico del poder del Estado, el poder soberano como el conjunto de reglas establecidas e impuestas por aquel o aquellos que detentan el poder soberano y por otro, el Estado es considerado desde el punto de vista del ordenamiento jurídico como el conjunto de los poderes que son ejercidos en el ámbito de dicha estructura y en cuanto tales, y sólo en cuanto tales son, aceptados como poderes legítimos.

1.2.2 La Historia y el Derecho

Para Antonio Raluy Poudevira²⁸ la historia es la narración, lo más verídica posible, de los acontecimientos pasados y cosas memorables, de sus causas y efectos.

De acuerdo con la concepción tradicional, suele la historia ser definida, como la narración de los sucesos ocurridos en el pasado.

La historia del derecho es, para García Máynez²⁹, la disciplina cuyo objeto de estudio consiste en el conocimiento de los sistemas jurídicos del pasado.

La historia del derecho es la disciplina científica que tiene como objeto de estudio del derecho en su dimensión temporal, establece Jorge Adame³⁰.

La delimitación precisa del concepto de historia del derecho presenta dificultades, porque hay divergencias importantes entre los cultivadores de esta ciencia acerca de cuál es el objeto específico de la misma y que lugar debe ocupar en la clasificación de las ciencias.

Los autores con orientación jurídica contemplan la historia del derecho como una ciencia auxiliar de la doctrina jurídica: el conocimiento de la formación y desarrollo del derecho de tiempos pasados sirve para entender e interpretar, incluso con valor judicial, el derecho presente.

La labor del historiador del derecho consiste entonces, en ordenar cronológicamente los textos jurídicos y detectar las diferencias que registran dichos textos en relación a una o varias nociones o instituciones jurídicas: una vez que se detecta un cambio textual, que implica siempre una mutación en la conciencia de su autor respecto de lo que considera justo, puede procederse a explicar ese cambio atendiendo tanto a circunstancias sociales, económicas o políticas, como a circunstancias personales del autor del texto, tales como su conocimiento o ignorancia del tema, su cuidado o descuido al copiar, etc.

1.2.3 La Sociología y el Derecho

Antonio Raluy Poudevira³¹ asegura que por sociología, debemos de entender, a la ciencia de la sociedad o de los fenómenos sociales considerados desde el punto de vista general.

²⁸ RALUY P. op. cit. p. 230

²⁹ GARCÍA Máynez. Introducción al Estudio del Derecho, p. 162

³⁰ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO D- H. p. 1873

³¹ RALUY P. op. cit. p. 409

Podemos afirmar que en el sentido más amplio, la sociología se ocupa del hecho de la sociabilidad del hombre como un modo de su ser y existencia.

Para Augusto Comte³², el contenido temático de esta nueva ciencia sería el estudio, desde un punto de vista positivista, de todas las leyes fundamentales de los fenómenos sociales, en contraste con los fenómenos del mundo inorgánico o físico y orgánico y biológico.

Simmel³³ declara que el objeto de la sociología estriba en separar por la abstracción dichos factores y sistematizar y someter a un punto de vista metódico las diversas formas de socialización o acción recíproca.

Oscar Correas³⁴ afirma que la sociología es una ciencia cuyo objeto es el estudio de los procesos sociales.

Para García Máñez³⁵ a la sociología del derecho podemos definirla como una disciplina que tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico, considerado como hecho social.

La función de la sociología del derecho consiste en ofrecer una exposición de los elementos comunes en las relaciones jurídicas, sin referencia al derecho positivo que las gobierna, y estudiar los elementos peculiares de cada relación con referencia a sus causas y efectos.

La sociología jurídica es una disciplina de vocación empírica, es decir que intenta estudiar los fenómenos a los que se accede a través de técnicas de investigación empíricas. Como el derecho no es un fenómeno del tipo de los movimientos o procesos que pueden observarse empíricamente puesto que es un discurso, la sociología jurídica no puede tener, en principio, como objeto de estudio, las normas jurídicas que son el objeto específico de la ciencia jurídica por excelencia que es la dogmática jurídica.

La sociología jurídica tiene por objeto fenómenos observables como son las conductas de los individuos, en tanto tales conductas pueden ser vistas como causa o efecto de las normas.

1.2.4 La Economía y el Derecho

Para Antonio Raluy Poudevira³⁶, al hablar de economía, hacemos referencia a la administración recta y prudente de los bienes o de la riqueza pública o la estructura y régimen de una institución u organización.

Para Víctor de Santo³⁷ la economía es la ciencia que propone el análisis riguroso de los procesos de producción, canalización y distribución de los recursos, del mecanismo del intercambio comercial, del papel del trabajo humano en el aprovechamiento de las materias primas y de las necesidades del consumo.

³² Apud. GARCÍA M. op. cit. p. 156

³³ *Ibid.* p. 158

³⁴ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO P.-Z., p. 3557

³⁵ *Ibid.* p. 159

³⁶ RALUY P. op. cit. p. 153

³⁷ DE SANTO V. op. cit. p. 379

La reglamentación gubernamental minuciosa de las manifestaciones principales que al Estado o la población interesan. En un cierto nivel del proceso de desarrollo, la libre iniciativa y la ley de la oferta y la demanda, que lo han posibilitado, empiezan a dificultarlo y lo llevan al caos, según teoría enunciada por primera vez por el economista David Ricardo.

De ahí que las escuelas de economía socialista intentan superar las contradicciones del sistema liberal por medio de una rigurosa planificación. Dicha tendencia se ha dejado sentir incluso en los países capitalistas, en los que se tiende a coordinar cada vez más estrechamente las actividades del sector privado por medio de planes que las integren.

La intervención del Estado en el terreno económico con el objeto de imponer determinada organización a su estructura. La problemática remite al límite intervencionista compatible con la libertad individual.

El liberalismo, extraño a la concepción moderna del Estado y sus fines, ha dado paso en casi todos los países a una moderada economía planificada que equilibra la eventual contradicción.

La planificación económica conecta con lo político. De ahí que existan la planificación imperativa, propia de regímenes no democráticos, y la planificación indicativa, que practican los regímenes democráticos normales.

1.2.5 La Filosofía y el Derecho

La Filosofía es la ciencia de las primeras causas, esencia, propiedades y efectos de las cosas para Antonio Raluy Poudevira³⁸.

La Filosofía pretende brindarnos una explicación exhaustiva del mundo del hombre y de la actividad humana, que busca la verdad completa, el conocimiento último y definitivo, síntesis de todas las verdades.

Para Del Vecchio³⁹, la filosofía es el conocimiento de lo universal, por lo tanto, la filosofía del derecho, tendrá que ser, ante todo, el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos y elementos universales; o, expresado en otro giro: una aplicación, al campo del derecho, de la reflexión filosófica.

La Filosofía del Derecho, es considerada la teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico.

Por filosofía jurídica debemos entender la reflexión que se realiza sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. asegura Rolando Tamayo⁴⁰.

Puede afirmarse que son dos los temas capitales de esta disciplina: el primero es el de la determinación del concepto del derecho; y, el otro es el que se refiere a los valores que el orden jurídico positivo debe realizar.

³⁸ RALUY P. op. cit. p. 197

³⁹ DEL VECCHIO. Apud. GARCÍA M. op. cit. p. 119

⁴⁰ NUÉVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO D- H. p. 1701

La filosofía jurídica aborda cuestiones tales como la naturaleza y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia del derecho, etc. En este sentido, la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como la filosofía política.

1.3 EL DERECHO Y SU RELACIÓN CON OTRAS ÁREAS DEL CONOCIMIENTO

1.3.1 Semiótica y Derecho

1.3.1.1 Concepto de Semiótica

También conocida como Semiología, la Semiótica debe de ser entendida como “el estudio general de los signos. Pero entendida como teoría de los signos propios de un lenguaje, queda restringida a los signos artificiales arbitrarios”⁴¹.

Sus principales fundadores fueron el filósofo estadounidense C. S. Peirce y el lingüista suizo Ferdinand de Saussure. Ambos basan sus teorías en la distinción fundamental dentro del signo entre significante y significado, es decir, entre la forma escrita del signo y lo que representa. Peirce empleaba los términos *signans* y *signatum*, mientras que Saussure prefirió *signifiant* (significante) y *signifié* (significado). Peirce consideraba que la semiología era la base de la propia lógica, y describe la lógica como “la ciencia de las leyes necesarias generales de los signos”. Gran parte de su obra supone un intento por clasificar los signos en función de la naturaleza que existe entre significante, significado y objeto. La obra de Saussure estudia principalmente el signo lingüístico y establece una clasificación que permite distinguir entre diversos aspectos del lenguaje. Saussure está considerado el fundador de la lingüística estructural y del estructuralismo. Sus análisis semióticos tienden a desarrollarse en términos de pares opuestos: en primer lugar, los estudios lingüísticos pueden ser diacrónicos (históricos) o sincrónicos (sobre un momento concreto). En segundo lugar, el lenguaje puede considerarse como lengua o como habla, es decir, como el conjunto global de reglas sintácticas y semánticas de una lengua determinada o atendiendo a sus manifestaciones individuales. En tercer lugar, el signo consta de un significante y un significado; la relación que existe entre ambos es arbitraria y los dos dependen de una amplia red de diferencias. Estas teorías del significado influyeron no sólo en la lingüística, sino también en la teoría literaria (Roland Barthes), en la antropología (Claude Lévi-Strauss) y en el psicoanálisis (Jacques Lacan).

La tarea de la Semiótica es el estudio de la vida de los signos en el seno de la sociedad. Así entendida, se admite comúnmente que la semiótica comprende tres partes o subdisciplinas: la sintaxis, la semántica y la pragmática.

Raluy Poudevira⁴² establece que la sintaxis es la parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras, para formar las oraciones gramaticales. A la semántica la establece como la ciencia que estudia la significación de las palabras. La pragmática se dedica al estudio de los hechos.

⁴¹ AFTALIÓN Enrique. Introducción al Estudio del Derecho. p 79 y 86

⁴² RALUY P. op cit. pp. 407,401 y 351

1.3.1.2 Los Signos

Por signo debemos de entender " todo acontecimiento u objeto en tanto la percepción del mismo hace que la mente del sujeto que lo percibe se dirija a otra cosa distinta a dicho objeto o acontecimiento"⁴³.

Asimismo Raluy Poudevira⁴⁴ establece que por signo también podemos entender la cosa que natural o convencionalmente evoca otra cosa.

Además se menciona que algo constituye un signo cuando nuestra mente lo relaciona con otra cosa o acontecimiento.

Podemos afirmar que existen tres clases de signos a saber:

a) El Signo Natural

El humo es signo del fuego, el trueno del rayo. Todos estos casos parecen tener dos características en común: 1) tanto el signo como lo indicado por el son hechos de la naturaleza; 2) el signo no ha sido producido intencionalmente para que alguna mente se dirija a otra cosa. Debe de agregarse que usualmente los autores explican los signos naturales mediante la noción de causalidad, pero es importante mencionar que de las dos características mencionadas, la primera no implica lógicamente la segunda.

Lo característico del signo natural es que el sujeto percipiente no lo aprehende como habiendo sido intencionalmente producido por algún agente.

De este modo advertimos que los signos naturales pueden ser clasificados en dos grupos: aquellos que no han sido producidos por un agente (ejemplo: el humo que produce el fuego) y aquellos que son producidos por un agente (un animal humano o no humano).

b) El Signo Artificial no Arbitrario

Los signos producidos intencionalmente por un agente con el propósito de remitir la mente del que los perciba a otra cosa o acontecimiento no son arbitrarios cuando son análogos o similares a la cosa o acontecimiento sobre el cual se intenta dirigir la atención del percipiente.

c) El Signo Artificial Arbitrario

La arbitrariedad consiste en que el signo no guarda relación de similitud con el significado.

Pero la arbitrariedad del significante excede el marco de los estudios de la lingüística sobre los idiomas o lenguas naturales.

⁴³ AFTALIÓN E. op cit. p. 80

⁴⁴ RALUY P. op cit p. 405

1.3.1.3 El Lenguaje

La Lengua es el sistema de significantes y de las reglas para su uso⁴⁵. Además podemos entender a la lengua como el modo de hablar o escribir de un pueblo o nación⁴⁶.

Olivia Velarde⁴⁷ establece que la lengua está conformada por el repertorio de posibilidades lingüísticas que tienen los hablantes para combinar, expresar e interpretar diversas palabras y enunciados.

Por lenguaje debemos de entender el conjunto de sonidos articulados con que el hombre manifiesta lo que piensa y siente⁴⁸.

Silvia Segura Nava⁴⁹ establece que el lenguaje es un sistema de signos articulados y se manifiesta de manera particular y específica a través de las lenguas.

Utilizamos el lenguaje en los siguientes sentidos; en ocasiones usamos el lenguaje con un propósito primordialmente descriptivo: para informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas. En algunas otras ocasiones para expresar nuestros sentimientos, no en el sentido de describirlos, sino de exteriorizarlos; de darles, por decir así, salida o escape. Otras veces nuestro propósito central al usar ciertas fórmulas verbales es dirigir el obrar de otras personas. Se habla también de un uso operativo del lenguaje, que ofrece características muy especiales.

1.3.1.4 El Lenguaje Jurídico

Si bien el lenguaje jurídico puede considerarse como técnico (en la división tripartita de vulgar, técnico y literario), lo cierto es que el pueblo necesariamente debe conocerlo puesto que expresa la norma jurídica, ya que se aplica un principio general, según el cual "nadie puede ignorar la ley".

El lenguaje técnico jurídico se toma del lenguaje vulgar y de aquellos otros lenguajes técnicos que entran en relación con la problemática jurídica, como son los lenguajes técnicos de la Economía, Política, Contabilidad, Moral y Sociología.

El lenguaje jurídico no es vulgar, claro está, por mucho que se generalice, es decir, que se difunda en el vulgo.

Para Castro Suriano⁵⁰ asegura que el vocabulario jurídico es un elenco de los vocablos esenciales de una rama de la ciencia jurídica o de esta en su totalidad.

Para Villey⁵¹ los romanos habrían inventado el derecho como disciplina autónoma, dotándolo de un específico lenguaje. El lenguaje jurídico, que había sido elaborado por los romanos, se mezcló, en la práctica, con otros lenguajes. Ahora bien, el lenguaje jurídico, tal como lo concibieron los romanos, habría sufrido posteriormente, en el mundo de la Europa moderna, una distorsión proveniente de otros

⁴⁵ AFTALIÓN E. op cit. p. 85

⁴⁶ RALUY P. op cit. p. 264

⁴⁷ VELARDE. Apud. CASTRO Suriano R. Lexicología Jurídica. p. 21

⁴⁸ RALUY P. op cit. p. 264

⁴⁹ NAVA. Apud. CASTRO S. op. cit. p. 21

⁵⁰ Ibid. p. 60

⁵¹ VILLEY. Apud. LACLAU. op cit. p. 212

lenguajes. Así, el lenguaje moral pasó a expresarse a través de normas que ya no traducían el estado normal de las cosas sirviéndose del indicativo, sino que asumió una función prescriptiva destinada a dirigir el comportamiento. Este lenguaje prescriptivo invadió la esfera del derecho, con lo cual ya no se buscó lo más justo en el seno de la naturaleza de las cosas. El derecho dejó de expresar en indicativo verdades sobre el ser y pasó a concebirse como un sistema de normas que prescriben comportamientos determinados.

Villoro Toranzo⁵² asegura que además de claro y accesible, el lenguaje técnico jurídico debe de ser uniforme, es decir, debe mantener sin variaciones el sentido de sus palabras, fórmulas y giros, pues sólo así los súbditos sabrán a que tenerse (principio de certeza jurídica); por lo mismo debe ser también preciso, evitando hasta donde sea posible el doble o triple uso analógico de una misma palabra o fórmula.

El lenguaje de la ciencia jurídica, apoyada ésta en el del derecho positivo, no tiene validez universal. El pensamiento doctrinario necesita normalmente de un derecho positivo o de un sistema de derechos positivos determinados para sustentarse.

Una de las manifestaciones máximas de la palabra en los dominios del derecho tiene lugar a través de la actuación oral y escrita del abogado. La palabra que en el abogado permite la exaltación, en el juez se convierte en la palabra medida; porque es la que describe los comportamientos, delimita lo realmente acontecido, puntualiza el sentido de la conducta, desvela interioridades, imputa, libera y juzga; es siempre la palabra desapasionada, portadora de decisiones que si pueden no gustar no deben ofender. Es, en suma, la palabra articulada en el lenguaje sujeto a la disciplina de la ponderación.

Los conceptos jurídicos tienen un fundamento, en general histórico y se mantienen en la tradición jurídica, lo que es de la mayor importancia para la interpretación filológica; y para su empleo en la dogmática jurídica.

El lenguaje jurídico tiene innegable importancia en la conciencia nacional y si es claro, llano y comprendido, contribuye sin esfuerzo a la unidad nacional y al respeto de la ley.

El léxico jurídico acrece en valor con la influencia del lenguaje literario y especialmente con el clasicismo.

1.3.2 Hermenéutica y Derecho

1.3.2.1 Concepto de Hermenéutica

Hermes, el dios mediador por antonomasia que pese a sus oscuros orígenes fue aceptado en el Olimpo, está, sino etimológicamente si al menos simbólicamente, en el origen de la palabra *hermeneia* que significa inicialmente expresión o interpretación. Descrito por Homero como mensajero de los dioses, Hermes traslada- traduce la voluntad de los dioses a un lenguaje accesible a los hombres.

⁵² VILLORO T. op. cit. p. 250

En un principio se utilizó en el estudio de la teología y se aplicó específicamente a la interpretación de las Sagradas Escrituras, pero su uso se ha ampliado desde el siglo XIX hasta abarcar las teorías filosóficas del significado y la comprensión, así como las teorías literarias de la interpretación textual.

Los teóricos de la hermenéutica del siglo XIX, como Friedrich Schleiermacher y Wilhelm Dilthey, entendían la comprensión como un proceso de reconstrucción psicológica, es decir, de reconstrucción, por parte del lector, de la intención original del autor. En este sentido, el texto es la expresión de los sentimientos de su autor y los intérpretes deben intentar ponerse en el lugar del autor para revivir el acto creador.

El problema de esta concepción es principalmente su exceso de fe en el género humano: presupone que todo el mundo tiene la misma capacidad para superar las dificultades que entraña todo proceso de comprensión. Se basa en la creencia de que es posible alcanzar una única interpretación correcta. Sin embargo, una visión algo más escéptica de la interpretación sostiene que no hay razones fundadas para emitir un juicio y por lo tanto se corre el riesgo de hundirse en la niebla del subjetivismo y el relativismo (el descubrimiento de que el conocimiento no es absoluto). El filósofo alemán Martin Heidegger y su discípulo Hans-Georg Gadamer describían este dilema como un círculo hermenéutico, en alusión al modo en que la comprensión y la interpretación, la parte y el todo, se relacionan de manera circular: para comprender el todo es necesario comprender las partes, y viceversa. Tal es la condición de posibilidad de toda experiencia y toda investigación humanas.

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra. Interpretar es pues, más que un proceso metodizable de un llegar a saber; despliega el comprender y vuelve a remitir hacia éste.

Javier Domínguez⁵³ asegura que para la hermenéutica la universalidad del lenguaje está en relación con la comunidad potencial de la razón, la cual es actualizable comunicativamente, y por eso la experiencia hermenéutica llega tan lejos como puede llegar la disposición para el diálogo por parte de seres racionales.

Betti⁵⁴ afirma que la hermenéutica es una teoría general de la Interpretación. Betti sostiene que en el proceso de interpretación se deslindan los siguientes momentos teóricos: 1) Filológico, propio de la actitud aperceptiva o de conocimiento; 2) Crítico, conectado con el anterior de diversas maneras; 3) Psicológico, que se consuma al sumergirse el intérprete en el espíritu del autor; 4) Técnico, según el cual el objeto no se agota en ser momento de una vida; tiene también un contenido de sentido, cuya índole ha de entenderse desde él, con independencia de redes históricas u otras tramas de condiciones.

Para Javier Domínguez⁵⁵ la hermenéutica no es por lo tanto una doctrina metodológica, un arte de la interpretación entre otros, sino filosofía; ella no reflexiona únicamente sobre los métodos que la ciencia práctica, sino también sobre las preguntas a las cuales las aplicaciones de las ciencias deben de estar subordinadas.

⁵³ DOMÍNGUEZ Javier. La Filosofía en la Perspectiva Hermenéutica. *Revista Universidad de Antioquia*. No. 213. p. 25

⁵⁴ BETTI. Apud, ALBIZU Edgardo. La Hermenéutica Filosófica y su Repercusión en la Ciencia Jurídica. *Anuario de la Filosofía Jurídica y Social*. p. 81

⁵⁵ DOMÍNGUEZ J. op. cit. p. 30

1.3.2.2 Hermenéutica Jurídica

El problema capital de la teoría de la interpretación es saber qué debe entenderse por sentido de la ley. Una solución propuesta, consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador.

Miguel Villoro Toranzo⁵⁶ establece que la hermenéutica jurídica es la disciplina que estudia y selecciona los métodos de interpretación de las leyes.

José Miguel Embid⁵⁷ establece que mediante la hermenéutica jurídica se aspira a desvelar el sentido del derecho, a hacer patentes los valores insitos en la regulación jurídica. Y considera que la hermenéutica jurídica es una operación intelectual que se mueve exclusivamente en la averiguación del sentido de las normas.

En esta tesis no se advierte, que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley. Pues lo que aquél pretende es expresar algo, que en su concepto debe ser derecho; más para expresarlo tiene que valerse de un conjunto de signos que otras personas habrán de interpretar, y cuya significación no depende, sino en muy pequeña escala, del mismo legislador.

La interpretación no es labor exclusiva del juez; cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla.

Existen tres tipos de interpretación: la interpretación auténtica: es la realizada por el legislador mediante una ley, donde establece en que forma ha de entenderse un precepto legal; interpretación judicial o jurisprudencial: es cuando un juez interpreta un concepto legal, para aplicarlo a un caso concreto; y finalmente la interpretación doctrinal o privada: es la interpretación de una disposición legislativa por parte de un abogado o un particular cualquiera.

José Miguel Embid⁵⁸ establece que desde Savigny, a quien con razón se considera el creador de la ciencia jurídica moderna, se suele aludir a una serie de criterios hermenéuticos determinados o elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Dichos criterios no constituyen, propiamente una enumeración ordenada de las pautas a emplear por el intérprete; son, más bien, un conjunto de elementos no jerarquizados entre sí que deben concurrir en todo momento en la actividad de la interpretación jurídica.

La labor hermenéutica no se refiere únicamente a los preceptos legales de general observancia, sino que puede hallarse dirigida hacia el descubrimiento de normas individualizadas.

La mayor parte de los juristas entienden hoy que la reflexión desarrollada por ellos sobre el ordenamiento jurídico puede considerarse una modalidad de actividad científica, al haber considerado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comparable del Derecho en vigor.

Karl Larenz⁵⁹ afirma que sólo podemos aprehender lo que el derecho representa haciéndonos concientes de su sentido, del significado de determinados actos y de sus objetivaciones (leyes,

⁵⁶ VILLORO T. op. cit. p. 255

⁵⁷ EMBRID. Apud. ORTIZ Osés. Diccionario Interdisciplinario de Hermenéutica. p.269.

⁵⁸ Ibid. p. 264

⁵⁹ Idem.

resoluciones judiciales, contratos). Estamos ante una ciencia comprensiva, que procura interpretar de un modo determinado el material que le es dado, a saber: normas e institutos de un derecho positivo.

La interpretación del derecho no puede considerarse exclusivamente como una operación intelectual desligada de todo tipo de consecuencias prácticas; por su propia naturaleza, la búsqueda del sentido de las normas y principios jurídicos se sitúa necesariamente en conexión con los hechos que dan sentido a tal regulación.

La hermenéutica jurídica supone las normas: éstas no son meras expresiones de juicios de valor, que se limitarían a comunicar un saber acerca de la síntesis de sujeto y predicado, sino que ofrecen herramientas de vida con el objetivo de lograr la convivencia social. Por lo tanto, compete a la interpretación jurídica indicar vías de sentido, promover una tarea a realizar, que a su vez supone integrarse en el mundo de las relaciones interhumanas, por lo que a dicha hermenéutica le es inherente el momento de su aplicación.

1.3.2.3 Métodos de Interpretación del Derecho

1.3.2.3.1 Método Exegético o Tradicional

El texto legal puede ser claro, tan claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. Algunas veces, sin embargo, la expresión es oscura e incompleta. Entonces no basta el examen gramatical y es necesario echar mano de la interpretación lógica.

Los medios auxiliares de que el intérprete debe valerse para lograrlo son los siguientes:

- 1.- Examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.
- 2.- Análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla.
- 3.- Si estos medios resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos. Entre ellos figuran en primera línea el recurrir a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho.

Los procedimientos que hemos descrito no siempre permiten, por desgracia, descubrir el sentido de la ley. Pues existen situaciones que el legislador no pudo prever. Hay entonces que utilizar los recursos que brinda al intérprete la lógica formal. Entre ellos los siguientes:

- 1.- Argumento a contrario.- cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria.
- 2.- Argumentos *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*.- estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación, lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición puede ser la misma.

Miguel Villoro Toranzo⁶⁰ establece que en el método exegético: 1) Primero, hay que acudir a la interpretación gramatical, que es aquella que se funda en las reglas del lenguaje y la gramática; 2) si la anterior no fue suficiente, habrá que reconstruir la intención del legislador al tiempo en que fue dictada

⁶⁰ VILLORO T. op. cit. p. 257

la Ley, para lo cual se deberá recurrir a las exposiciones de motivos, al texto de las discusiones parlamentarias y de los trabajos preparatorios; 3) los comentarios y notas de aquellos que participaron directamente en la elaboración legal se convierten en una guía inapreciable para el intérprete, ya que permiten reconstruir con fidelidad el espíritu de la legislación y autorizan la aplicación de leyes análogas y, 4) si los pasos anteriores no bastaren, entonces habrá que acudir a la aplicación de los principios generales del Derecho.

Geny⁶¹ establece que las conclusiones a que llega la escuela de la exégesis derivan de una falsa idea sobre la importancia y el sentido de la legislación y las codificaciones. El legislador no puede atribuirse el monopolio de la formulación del derecho, porque su actividad tropieza con una serie de barreras insuperables, que derivan de la naturaleza misma de las cosas.

Por otra parte, si se acepta que la ley emana de la inteligencia y la voluntad humanas, y que esta voluntad y esa inteligencia, por regla general colectivas, se expresan en fórmulas concebidas en el mismo lenguaje de aquellos a quienes se dirigen, no es posible dejar de admitir dos limitaciones:

- 1.- En primer lugar, deberá reconocerse que la ley, como obra humana, es forzosamente incompleta, por grande que sea la perspicacia de sus redactores.
- 2.- habrá que tener en cuenta, en segundo término, que se manifiesta siempre a través de ciertas fórmulas, que suelen ser interpretadas por otras personas.

1.3.2.3.2 La Escuela del Derecho Libre

La llamada Escuela del Derecho Libre no es, propiamente hablando, un conjunto orgánico y sistematizado de doctrinas. Tratase más bien de una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras.

Los puntos en los que sus partidarios coinciden son, de acuerdo con Reichel⁶², los siguientes:

- a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley;
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.
- c) Tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.

Es decir, la Escuela del Derecho Libre llega hasta a autorizar al juez a prescindir de la ley para llegar a la solución que él considere más justa.

1.3.2.3.3 Interpretación de Acuerdo al Derecho Positivo Mexicano

En nuestro país se establecen las reglas de interpretación del derecho en el artículo 14 constitucional, en sus párrafos tercero y cuarto que a la letra dicen:

⁶¹ GENY. Apud. GARCÍA M. op. cit., p. 337

⁶² Cfr. REICHEL la Ley y la Sentencia. Apud. GARCÍA M. op. cit. p. 347

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho”.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional no es, precisamente hablando, regla de interpretación, si no norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos.

El principio formulado en ese párrafo es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las que las mismas leyes establecen.

Eugenio Cuello Calón⁶³ establece que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (*nullum crimen sine praevia lege poenali*), no ser penado con penas ni en clase ni en medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (*nullum poena sine praevia lege poenali*).

El párrafo cuarto del artículo 14 constitucional no es sólo regla de interpretación, sino de integración. Tiene indudablemente el defecto de referirse de modo exclusivo al acto por el cual un negocio es fallado, como si los problemas hermenéuticos, en esta materia, únicamente pudieran presentarse cuando el juez dicta sentencia.

Las cuestiones interpretativas surgen no sólo al resolver los conflictos, sino en cualquier acto de aplicación de leyes y, por ende, en cualquier momento del juicio, desde la formulación de la demanda hasta el postrer acto de ejecución.

1.3.2.4 La Hermenéutica Filosófica en la Ciencia Jurídica

La hermenéutica filosófica, es la considerada hermenéutica de las ciencias humanas, la cual se plantea inicialmente desde la perspectiva de la historicidad, como una exploración de la realidad histórica del ser humano que intenta dar cuenta de la posibilidad de comprender su sentido.

La hermenéutica de la tradición histórica, sin quedar anulada, deja el paso a una hermenéutica filosófica en la que la fusión de horizontes que caracteriza a la comprensión no es vista ya como un producto de la historia, sino como un resultado o rendimiento que tiene lugar en el lenguaje.

Javier Domínguez⁶⁴ asegura que entre la filosofía y las ciencias, el verdadero papel de la hermenéutica significa un trabajo de meditación e integración, de reflexión y aplicación, de participación y responsabilidad.

⁶³ CALÓN. Apud. Ibíd. p. 188

⁶⁴ DOMÍNGUEZ J. op. cit. p. 27

Se trata pues de interpretar el lenguaje no como un conjunto de enunciados sino desde el diálogo en el que el espíritu se encuentra ya siempre implicado con lo otro de sí (realidad y otros yos) y del que surgen, entre otras cosas enunciados.

Luis Garagalza⁶⁵ establece que nuestro pensamiento más abstracto es puesto en conexión con nuestro lenguaje, el cual se desvela ahora como llevando a cabo una previa, y a menudo inconsciente, interpretación metafórica o simbólica en la que lo real comienza a realizarse y determinarse como nuestra realidad. Nuestra realidad sería, pues el resultado de una interpretación simbolizadora que tiene una potencia ontológica en la medida en que lo real mismo se concibe como teniendo un carácter simbólico en virtud del cual necesita de la interpretación para realizarse.

Los tres rasgos característicos de la hermenéutica filosófica: 1) encontrabilidad, pues existir es, para cada existente, encontrarse, de alguna manera, en el mundo; 2) comprender o entender, debido a que existir es siempre un previo proyectarse, un poder algo, y en eso consiste en cada caso, el propio ser: mi propio ser es el proyecto de lo que soy, he sido y seré; 3) habla, por cuanto la encontrabilidad y el comprender sólo son en y como habla, como esta idiomaticidad, condición incluso del callar, el oír y el enmudecer.

La hermenéutica filosófica no consiste en permanecer en la aventura del ser impensable, sino en repensar la interpretación desde tal fondo.

El poder es el problema jurídico de la hermenéutica filosófica. La filosofía y la hermenéutica jurídica se reencuentran en nuevas condiciones tras las revoluciones metafísicas, que por cierto no han matado a la filosofía, y tras las codificaciones y tecnificaciones que aún no han agotado la creatividad de la interpretación jurídica.

Edgardo Albizu⁶⁶ establece que la hermenéutica filosófica repercute en la ciencia jurídica induciéndola a crear los conceptos adecuados para la mutación total del derecho que ya está aconteciendo. De tal modo esta ciencia repercute, a su vez, sobre aquella hermenéutica en tanto le prepara un flanco universal-concreto en el que pueda desplegarse como filosofía.

Podríamos entonces afirmar a manera de conclusión que la finalidad de la hermenéutica filosófica aplicada a la ciencia jurídica es entonces, la interpretación filosófica de los textos jurídicos.

1.3.3 Arte y Derecho

1.3.3.1 Concepto de Arte

Etimológicamente la palabra latina *ars* y la palabra griega *tekhne* tienen la misma significación: el ejercicio de un oficio determinado por reglas prácticas. Por estas dos raíces se entendía, en su sentido más amplio, la destreza adquirida mediante la práctica constante encaminada al logro de un fin determinado.

⁶⁵ GARAGALZA. Apud. ORTIZ Q. op. cit. p. 263

⁶⁶ ALBIZU E. op. cit. p.107

La Gran Enciclopedia Larousse⁶⁷ establece que el Arte es el acto o facultad mediante el cual, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando. Antonio Raluy Poudevira⁶⁸ asegura que el arte es todo lo que se hace por industria o habilidad del hombre. Conjunto de reglas para hacer bien una cosa.

Gombrich⁶⁹ dice eso que llamamos arte no es otra cosa que el dominio acabado de una tradición que singulariza – e incluso que logra realizar innovaciones- por la vía franca de la prueba y error.

Kant⁷⁰ define al arte como aquel objeto que produce una satisfacción desinteresada producto de un especial equilibrio entre las facultades, entre sensualidad e intelecto, entre deseo y conocimiento.

Aristóteles⁷¹ definía al arte como la disposición susceptible de mover al hombre a hacer una creación, acompañada de razón verdadera. Jaime Priede⁷² asegura que el arte es el triunfo sobre el caos.

El Diccionario Enciclopédico Espasa⁷³ nos dice el arte son aquellas actividades humanas que tienden a la consecución de una finalidad de orden estético.

La gran Enciclopedia Salvat⁷⁴ establece que el arte es toda actividad humana cuyos resultados y procesos de desarrollo pueden ser objeto de juicio estético, y consiguientemente, a cada una de las formas de expresión artística.

Bergson y Proust⁷⁵ establecen que el arte es la mimesis de lo particular, de lo atípico de aquello que siempre se nos escapa porque no es habitual ni clasificable según esquemas generales, y que es precisamente lo que el artista capta y enseña.

Miguel Villoro Toranzo⁷⁶ establece que en el sentido propio del arte se entiende la actividad práctica del hombre que tiende a la producción de lo bello, pero también puede concebirse como toda actividad práctica humana que implica elecciones valoradas en función del perfeccionamiento del hombre integral.

Alejandro Maldonado Aguirre⁷⁷ habla sobre la existencia de un movimiento que conduce de la investigación jurídica a la obra de arte, o del que se vale de la creación estética para servir a la investigación jurídica.

También el arte puede ser considerado un testimonio de estructuras mentales colectivas, de modos de comunicación o de formas de civilización que desbordan la ideología, el lenguaje hablado y el aspecto funcional de los objetos fabricados.

⁶⁷ GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE t. 2 Arte – Band. p. 719

⁶⁸ RALUY P. op. cit. p. 38

⁶⁹ LETRAS LIBRES, No. 38. p. 87

⁷⁰ ORTIZ O. op. cit. p. 68

⁷¹ Cf. GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE t. 2 American – Autoestable. p. 842

⁷² LETRAS LIBRES, No. 42. p. 86

⁷³ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA t. 2. p. 202

⁷⁴ GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT t. 3. p. 334

⁷⁵ ORTIZ O. op. cit. p. 68

⁷⁶ VILLORO T. op. cit. p. 135

⁷⁷ MALDONADO Aguirre. *El Delito y el Arte*. p. 10

Gombrich⁷⁸ afirma que si el arte fuera sólo, o principalmente, la expresión de una visión personal, no podría ser objeto de la historia, como tampoco habría historia si las acciones humanas individuales existieran supeditadas a esquemas o estructuras previas. El arte como entidad propiamente no existe. Existen los artistas y las obras particulares realizadas por ellos, y el historiador las debe estudiar, no como expresiones del espíritu de una época, según largamente se pensó, sino como soluciones a sus problemas específicos planteados dentro de una tradición también específica.

Niceto Alcalá - Zamora y Castillo⁷⁹ dice si el literato acude con frecuencia al derecho para trasladar a la escena o la novela problemas que su contemplación le proporciona, por su parte el jurista se vale en ocasiones de textos literarios, a falta o como complemento de las fuentes jurídicas.

Alejandro Maldonado Aguirre⁸⁰ establece que las obras de arte han enriquecido la bibliografía jurídica de autores como Enrique Ferri, Mariano Ruiz Funes, Juan Llambías de Azebedo, Fausto Costa, Gustav Radbruch y muchísimos más, que en aquellas han encontrado una fuente inagotable de inspiración científica y exuberante material para la divulgación de sus doctrinas.

1.3.3.2 Teorías del Arte

1.3.3.2.1 El Arte como Imitación o Representación

El arte como imitación o representación^{**} de la naturaleza es la teoría más antigua del arte, formulada por el filósofo griego Platón; ha sido hasta la actualidad una de las formas más extendidas de entender la función del arte.

⁷⁸ LETRAS LIBRES, No. 38 p. 86

⁷⁹ Cfr. Estampas Procesales de la Literatura Española. Apud. MALDONADO. op. cit. p. 10

⁸⁰ Ibid. p. 11

* Por sólo mencionar algunas señale las siguientes: Ferri Enrique, los delincuentes en el Arte, Rojas de la Vega Heliodoro, Juicio Crítico de las obras de Calderón de la Barca bajo el punto de vista jurídico, Corominas Pedro, las ideas jurídicas en el poema del Cid; De Benito Enrique, la criminalidad en el Quijote; Aramburu Mariano, los documentos jurídicos del Quijote; Costa Fausto, Delitos y Penas en la Divina Comedia; Zaffaroni Raúl, la defensa del gaucho Marín Fierro; y muchas otras más.

** Mimetismo, semejanza física o de comportamiento que adopta una especie que imita a otra y que beneficia a la primera o, algunas veces, a ambas especies. Por ejemplo, varias especies de polillas y moscas carentes de defensa evitan la depredación por parte de las aves imitando el color de las bandas y el zumbido de ciertas abejas con agujón. Los animales o plantas más imitados son por lo general especies abundantes, cuyas características nocivas dejan una impresión duradera en los depredadores. En vez de evitar ser localizados por los depredadores por medio del camuflaje, las especies que se mimetizan exhiben las mismas señales o conductas llamativas de advertencia que tienen las especies peligrosas a las cuales imitan. El mimetismo fue descubierto en 1862 por el naturalista británico Henry Walter Bates, quien encontró dos familias de mariposas de las selvas brasileñas que, aún sin estar relacionadas, compartían ciertas marcas similares. Observó que las mariposas de una de las familias eran venenosas para las aves y dedujo que las mariposas comestibles habían conseguido sobrevivir desarrollando marcas de aviso similares. Este concepto, el mimetismo de Bates, se utilizó en la demostración de la teoría de la selección natural que propuso Charles Darwin. Según esta teoría, las aves desempeñaban el papel de agentes de la selección natural, al eliminar aquellas mariposas comestibles que eran menos parecidas a las mariposas venenosas. Otra clase de mimetismo, llamado mimetismo de Müller, se encuentra sobre todo en ciertas especies de insectos. Estos insectos, a pesar de ser todos venenosos por igual, desarrollan marcas similares para reducir la mortalidad. De cada una de estas especies, que adoptan marcas distintivas, se sacrifican algunos miembros para enseñar a las aves a evitarlas. Después, otras muchas especies adquieren marcas de advertencia similares. De esta manera, las aves necesitan aprender la lección sólo una vez, para evitar a todas las especies del grupo.

El arte consistía en la habilidad de reproducir con la máxima fidelidad el aspecto externo de la realidad visible. En el Renacimiento, el arte como representación pasa a significar el arte como forma de conocimiento, puesto que el artista debe investigar la realidad mediante la observación y la experimentación, para poder imitarla.

En el siglo XVII, el filósofo Kant⁸¹ desarrolló la noción de arte como forma de conocimiento al asimilar la creación de belleza a la formulación de la verdad: el arte pasaba a ser la forma más elevada de conocimiento intelectual.

Pero el arte no puede ser sólo la reproducción de la realidad; siempre conlleva la transformación de la realidad para ser representada. La realidad es una referencia básica sobre la cual los artistas trabajan cada uno a su modo.

1.3.3.2.2 El Arte como Expresión

En el siglo XIX la teoría del arte como representación fue sustituida por la del arte como expresión.

La función del arte no era ya reproducir el aspecto externo del mundo, sino el mundo interior del artista. La teoría expresionista^{***} fue defendida por el romanticismo, que asimilaba la creación artística con la expresión del sentimiento. Pero resulta muy difícil establecer con exactitud en que consiste la actividad mental del artista durante el proceso creativo: algunos artistas siguen una vía intuitiva, otros siguen unas pautas muy estrictas para conseguir un objetivo determinado.

Razón por la cual es imposible que el acto de creación sea siempre un acto de expresión de los sentimientos.

1.3.3.2.3 El Arte como Forma

En el siglo XX se ha desarrollado la teoría formalista^{****}, como oposición a las anteriores.

Los formalistas afirman que la función del arte consiste en la creación artística en sí misma -el arte por el arte-, es decir que el arte existe para disfrutarlo como tal, y no porque represente o exprese algo distinto.

⁸¹ Cfr. GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT L. 3, p. 334

^{***} Expresionismo, corriente artística que buscaba la expresión de los sentimientos y las emociones del autor, más que la representación de la realidad objetiva. El movimiento expresionista apareció en los últimos años del siglo XIX y primeros del XX como reacción frente a los modelos que habían prevalecido en Europa desde el Renacimiento, particularmente en las anquilosadas academias de Bellas Artes. El artista expresionista trató de representar la experiencia emocional en su forma más completa, sin preocuparse de la realidad externa sino de su naturaleza interna y de las emociones que despierta en el observador. Para lograrlo, los temas se exageran y se distorsionan con el fin de intensificar la comunicación artística.

^{****} Formalismo, escuela lingüística que se centra en la noción de forma, tanto de las palabras como de las estructuras lingüísticas y literarias, reparando menos en otros aspectos, como puede ser la función, la significación, la sincronía o la diacronía. Generalmente, el término se asocia al formalismo ruso, una escuela de crítica literaria que surgió del Círculo Lingüístico de Moscú en la década de 1920, y que algunos de sus postulados fueron recogidos por el Círculo Lingüístico de Praga, de la que a su vez surgió la corriente estructuralista del funcionalismo. Según esta escuela, una obra literaria debe verse y entenderse en sí misma sin connotaciones ni relaciones con otra obra, el autor, la historia o cualquier otro aspecto exterior a la obra en sí. Por lo tanto, cada texto, cada frase hay que contemplarlos como un conjunto de elementos ordenados sintácticamente y nada más. Estudiando las estructuras formales de los cuentos tradicionales rusos, Propp, en su obra *Morfología del cuento* (1928), descubrió el paradigma narrativo de los mismos.

La función del arte consiste entonces en explorar la riqueza de la forma, su unicidad y su complejidad, su equilibrio y sus variaciones.

1.3.3.3 El Derecho como Arte Liberal

Tradicionalmente se suele distinguir entre Bellas Artes y Artes Liberales. Las artes liberales engloban toda actividad que requiera habilidad en la expresión oral y el razonamiento. Las bellas artes son aquellas actividades que tienen fines propiamente estéticos.

Se puede entonces afirmar que las artes liberales son aquellas que requieren el ejercicio del entendimiento.

En la edad media las artes liberales eran consideradas como el conjunto de estudios que comprendían el *trivium* y el *cuadrivium*.

Dante Alighieri⁸² establece que las ciencias del trivio son la gramática, la dialéctica y la retórica, así como señalar que las ciencias del cuadrivio son la aritmética, la música, la geometría, la astrología, la física, la metafísica, la moral y la teología.

La Gran Enciclopedia Salvat⁸³ establece que las artes liberales son aquellas que requieren unos estudios superiores y que el individuo suele o solía practicar con mayor o menor independencia: DERECHO, medicina, etc.

Las relaciones entre el arte y el saber se prolongan a través de la edad media con la distinción entre artes liberales que apelan a la libertad de espíritu (gramática, retórica, dialéctica, geometría, música, aritmética, astronomía, DERECHO), y artes mecánicas, es decir manuales, que no requieren conocimientos profundos.

Juan Manuel Terán⁸⁴ asegura que las manifestaciones del mundo jurídico no son un juego de imágenes. La aplicación de los códigos tienen un sentido rígido, no es obra de la fantasía. Las normas no son manifestaciones recreativas para el sentimiento. No tiene el derecho su origen en esa fantasía creadora que tiende a embellecer el mundo que nos rodea. El jurista no persigue lo bello. Claro que puede haber una exposición estética en un escrito judicial, conforme al lenguaje literario, pero ese reflejo estético no proviene del sentido regulativo y normativo, sino de las armonías de las expresiones del lenguaje; por eso autores como Gustavo Radbruch hablan de una estética del derecho, pero esta estética no es un conocimiento ni una norma jurídicos. Por lo tanto, el derecho se excluye del orden cultural con respecto a las ciencias y a las artes, aun cuando puede haber una bella expresión de los principios normativos y un conocimiento científico de ellos.

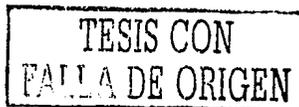
Miguel Villoro Toranzo⁸⁵ dice que son requisitos del arte: 1) el conocimiento teórico de los principios y posibilidades científicas aplicables al caso; 2) el talento (o intuición artística) que permite valorar cada medio posible en función del fin propuesto; y, 3) la prudencia en el seleccionar los medios de acuerdo con el fin y las circunstancias.

⁸² ALIGHIERI Dante. *La Divina Comedia*. p. 285

⁸³ GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT t. 3. p. 334

⁸⁴ TERÁN Juan. *Filosofía del Derecho*. p. 48

⁸⁵ VILLORO T. op. cit. p. 135



Por consiguiente puede afirmarse que el derecho es un arte, ya que siguen en su método de interpretación – aplicación, los requisitos antes mencionados, confirmando con ello que el arte es una búsqueda valorada de la mejor solución posible, además de concebirla como la actividad que requiere un aprendizaje y puede limitarse a una simple habilidad técnica o ampliarse hasta el punto de englobar la expresión de una visión particular del mundo.

1.3.4 Literatura y Derecho

1.3.4.1 Concepto de Literatura

El término Literatura se deriva del latín *Litterara-ae* y éste, a su vez, encuentra su raíz en el término *Littera* (letra), con lo que, un concepto etimológico, vincula la *litteratura* a la *littera*, es decir a toda expresión que tiene su origen en la letra.

Antonio Raluy Poudevira⁸⁶ establece que la literatura es el arte bello que emplea como instrumento el lenguaje. Técnica de la composición literaria. Conjunto de producciones literarias de una nación, de una época o de un género. Conjunto de obras que versan sobre un arte o ciencia.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia⁸⁷ establece que la literatura es el arte bello que emplea como instrumento la palabra. Comprende no solamente las producciones poéticas, si no también todas aquellas en que caben elementos estéticos, como las oratorias, históricas y didácticas. Además puede ser considerada como el conjunto de obras que versan sobre un arte o ciencia: literatura médica, literatura jurídica.

Juan García Ponce⁸⁸ dice ética y estéticamente, la literatura debe abrir el campo de la experiencia, y por eso su ámbito obligado es el de la trasgresión de lo que la sociedad establecida impone como normas de conducta.

El Diccionario de Uso del Español de María Moliner⁸⁹ establece que la literatura es el arte que emplea como medio de expresión la palabra hablada o escrita.

El narrador y ensayista argentino Ricardo Piglia⁹⁰ señala en crítica y ficción, la mejor literatura surge porque el escritor mantiene un desacuerdo desafortunado fundamental con el mundo.

En su estudio para la definición del término literatura, Robert Escarpit⁹¹ distingue seis grupos semánticos que abarcan distintas acepciones del término en la actualidad: la cultura; la condición del escritor; las bellas letras; las obras literarias; la historia literaria; la ciencia literaria.

La Gran Enciclopedia Larousse establece que la literatura es un conjunto de producciones literarias compuestas en determinada lengua o en determinado periodo.

⁸⁶ RALUY P. op. cit. p. 269

⁸⁷ Apud. ORTIZ O. op. cit. p. 471

⁸⁸ LETRAS LIBRES. No. 37. p. 40

⁸⁹ MOLINER. Apud. ORTIZ O. p. 472

⁹⁰ PIGLIA. Apud. GARCÍA Ponce. LETRAS LIBRES. No. 37. p. 42

⁹¹ ESCARPIT. Apud. ORTIZ O. op. cit. p. 472

Wellek y Warren⁹² esbozan algunas respuestas a la pregunta qué es la literatura desde una perspectiva teórico- crítica: repasando el panorama crítico, recogen tres definiciones del término: 1.- la literatura es lo que está en letra de molde. 2.- la literatura se suscribe a las grandes obras, sea cual sea su asunto, notables por su forma o expresión literaria. 3.- el término literatura se suscribe al arte de la literatura, es decir, a la literatura imaginativa, a la literatura de fantasía.

José Ortega y Gasset⁹³ establece que la literatura genuina de un tiempo es una confesión general de la intimidad humana entonces.

La característica esencial de la literatura, lo que la diferencia del resto de las actividades consideradas como artes, es el tener como materia prima el lenguaje, es decir, la palabra; el escritor puede elaborar estas formas verbales, usuales en la relación cotidiana, y crear una síntesis expresiva que les dé un alcance mucho mayor, pero en el fondo sigue irremisiblemente vinculado todo a un sistema de signos que, al margen de la literatura, tienen un valor propio y una función bien definida.

Juan Manuel Terán⁹⁴ afirma que la literatura no maneja juicios abstractos, exactos y rígidos: maneja las palabras con un sentido afirmativo. Por esto no puede ser considerada arte, porque las obras de arte no se crean en conceptos o juicios enunciativos. ...

1.3.4.2 Efectos de la Literatura

1.3.4.2.1 Ideologización

La Ideología es un amplio sistema de conceptos y creencias, muchas veces de naturaleza política, que defiende un grupo o un individuo. El término fue acuñado por el filósofo Antoine Destutt de Tracy, uno de los llamados ideólogos que intentó reformar la sociedad posevolucionaria mediante una "ciencia de las ideas" pragmática.

David Easton⁹⁵ señala que las ideologías son las interpretaciones y principios éticos explícitos y elaborados que definen los objetivos, la organización y los límites de la vida política y ofrecen una interpretación del pasado, una explicación del presente y una visión del futuro. Clasifica las ideologías en partidarias: dirigidas a organizar el consenso hacia tipos particulares de líneas políticas y de prácticas de gobierno; legitimantes: dirigidas a sostener o a impugnar el régimen político y el derecho de los gobernantes a gobernar, y; comunitarias: dirigidas a apoyar la persistencia o la transformación de la comunidad política en su conjunto.

Antonio Raluy Poudevira⁹⁶ establece que la ideología es un conjunto de ideas, concepciones o doctrinas de una clase social o de un partido político.

Zbigniew K. Brzezinski⁹⁷ propone que la ideología debe ser entendida por un programa apto para la acción de masas, derivado de determinados asuntos doctrinales sobre la naturaleza general de la

⁹² Ibid. p. 473

⁹³ ORTEGA y Gasset. Meditaciones del Quijote. p. 230

⁹⁴ TERÁN. op. cit. p. 47

⁹⁵ EASTON. Apud. STOPPINO. BOBBIO. op. cit. p. 757

⁹⁶ RALUY P. op. cit. p. 235

⁹⁷ BRZEZINSKI. Apud. STOPPINO. BOBBIO. op. cit. p. 757



dinámica de la realidad social, y que combina ciertas afirmaciones sobre la inadecuación del pasado o del presente con ciertos rumbos explícitos de acción para mejorar la situación y ciertas nociones sobre el estado de cosas final y deseado.

La literatura produce efectos literarios como obra de relaciones materiales determinadas, como proceso de multiplicación de la ideología dominante y por lo tanto, en sí misma, como efecto de dominación ideológica.

El texto literario es portador y también operador de una reproducción de la ideología; es más también puede decirse que como discurso, completa el equipo de medios para la transmisión y la introducción de la ideología en la sociedad.

A diferencia de muchos otros instrumentos de la lucha de clases, cuyo surgimiento y cuya vida son coyunturales, la literatura tiene una vigencia ideológica mucho más amplia que su tiempo; en cualquier momento se revaloran las obras del pasado, o se declaran permanentes, para usos concretos.

Por eso la literatura como tal y la ideología estética juegan un papel decisivo en la lucha contra la ideología dominante, cualquiera que ésta sea; así, la literatura que fue buena contra la semiaristocracia feudal, más tarde golpeó poderosamente al clero católico durante la revolución liberal y ahora sirve contra la burguesía.

1.3.4.2.2 Proyección Política

La proyección es un mecanismo de defensa que consiste en atribuir a otros, y en general al mundo exterior, motivaciones que se rechazan o no se reconocen en uno mismo. Al comparar pensamientos, intenciones, afectos o conflictos internos con los demás, justificamos nuestros propios deseos. Considerar que los demás presentan un nivel ético deficiente nos lleva a aceptar nuestra propia conducta inmoral: el egoísta, el avaro o el mentiroso se escudan pensando que todos los demás son egoístas, avariciosos o que mienten.

La proyección como mecanismo de defensa, común en todos los individuos, es causa de errores de juicio que se corrigen mediante una sana autocrítica, aunque como patología mental está presente en los delirios alucinatorios y en las paranoias. Los métodos proyectivos para analizar la personalidad son muy utilizados. Uno de los más conocidos es el test de las manchas de tinta de Hermann Rorschach.

La politización de la literatura se debe también a los usos que hacen de ella quienes tienen designios extraliterarios. Por otro lado, ya aludimos también al hecho de que la clase dominante esteriliza los textos políticos peligrosos convirtiéndolos en literatura.

Reconocer en la literatura una forma de ideología determinada no es, ya no puede ser, reducir la literatura a las ideologías morales y religiosas y aun estéticas que son definibles fuera de ella. En éste deslinde previo y obligado para conjugar la práctica de la literatura y la de la política en la sociedad.

1.3.4.2.3 Utilización de Contradicciones Ideológicas

Cuando hacemos referencia a la Contradicción nos referimos a un concepto lógico que significa la afirmación y la negación simultánea de un mismo objeto o de una misma propiedad. Se expresa en el

llamado 'principio de contradicción', que afirma que no es posible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido. Este principio ha ocupado un papel importante en la lógica desde Aristóteles: como tal principio, puede ser considerado un axioma que se encuentra en la base de toda demostración y no precisa ser demostrado. De ahí que uno de los elementos más importantes de la lógica fuera la necesidad de detectar las contradicciones para eliminarlas. Sin embargo, algunos filósofos, como Hegel, han hecho de la contradicción y de la posibilidad de su superación, un componente esencial de su filosofía. El tratamiento formal del principio de no contradicción se encuentra en la lógica matemática y es uno de los principios fundamentales de la deducción lógica.

Las contradicciones ideológicas no pertenecen a la literatura: proceden de todas las de la lucha de clases y, por lo tanto, son irreconocibles con prescindencia del montaje que las acompañe para sustraerlas de los procesos cognoscitivos y de sus consecuencias.

Lo que genera el texto literario es, fundamentalmente, la presentación eficaz de las contradicciones, con el máximo rédito posible para la clase hegemónica o, en su caso, para los sectores oprimidos.

Porque el lenguaje de la literatura siempre es un contexto de muchos factores, principalmente sociales y culturales: desde la prueba de la existencia del hombre en la tierra y su presencia social, hasta la representación más recóndita de su vida interna; desde el reflejo de la realidad inmediata hasta el de la imaginación.

1.3.4.2.4 Los Personajes como Modelo

Desde el punto de vista sociológico, los personajes literarios cuenta menos como *alter ego* del autor que como componentes del libro en concepto de producto social; esta representatividad corresponde a la del lenguaje, y por las mismas razones objetivas.

Desde el punto de vista del mecanismo ideológico, el personaje está destinado a proporcionar identificación; mediante ésta, debe producirse un ensamble entre la conciencia ficticia del personaje y la conciencia ideológica del lector.

No se trata de trasladar a aquél a la vida diaria y a éste a la sustancia literaria, sino homologar dos posibilidades no dialécticas: la de la ficción y la de la ideología.

En el campo de la ética y de la política, la persona siempre puede devenir en peor o mejor de lo que es; el personaje constituye un tipo y hasta un arquetipo, un modelo para tomar o dejar.

Isaías Berlín⁹⁸ dice que no fue Stalin sino el conde Saint – Simón quien concibió al escritor como un "ingeniero de almas", es decir, como un intelectual encargado de educar al pueblo sobre las verdades del Estado a través de sus libros y fantasías literarias.

Benjamín Federov⁹⁹ asegura si la ficción no nos enseña algo de la realidad, entonces estamos perdidos".

⁹⁸ BERLÍN. Apud. VARGAS Llosa. LETRAS LIBRES. No. 42. p 22.

⁹⁹ Personaje del cuento intitulado "Sin Título" de Rodrigo Fresán. LETRAS LIBRES. No. 38. p. 49

Mario Monteforte Toledo¹⁰⁰ asegura que una obra literaria se constituye tanto contra una ideología como a partir de ella. Siempre implícitamente contribuye a denunciarla, o cuando menos a fijar sus límites, de ahí el absurdo de toda tentativa de desmitificación aplicada a las obras literarias, las cuales se definen a sí mismas por esta empresa.

¹⁰⁰ MONTEFORTE Toledo. Literatura, Ideología y Lenguaje, p. 267

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO II

EL AUTOR Y SU OBRA

2.1.- DATOS BIOGRÁFICOS GENERALES DE MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA

En este capítulo analizaremos primeramente algunos datos biográficos de Miguel de Cervantes Saavedra para efectos de ubicarnos en la época que vivió el autor de la obra que es motivo de éste estudio, a efectos de demostrar la manera en que sus vivencias se ven reflejadas en su concepción de algunos conceptos y figuras jurídicas, para posteriormente, señalar la concepción que sobre Don Quijote de la Mancha tienen algunos literatos, a fin de entender la complejidad e importancia de esta obra de la literatura universal, así como mencionar cual es la influencia que algunos de los principales juristas de la época tienen en la concepción de Cervantes, para observar la manera en que él interpreta sus doctrinas jurídicas, señalando asimismo algunos de los aspectos que rodeaban al autor, entre ellos la estructura del Estado Español del siglo XVI, para en su momento poder entender la crítica que éste realiza al mismo Estado y los dos principales cuerpos jurídicos de la época del mismo, para observar cuales son las figuras jurídicas que el mismo retoma.

Uno de los rasgos más característicos del Príncipe de los Ingenios fue el valor, hecho no insólito en un siglo de gigantes que abrió Colón y que cerró Cervantes, en afortunados versos de un poeta del siglo XVI.

José María Fernández¹⁰¹ asegura que esta especie rara es que el hombre en singular, en un mundo donde abundan los plurales, nació en Alcalá de Henares, en un día ignorado (probablemente el 29 de septiembre, festividad de San Miguel, aunque la fecha exacta no ha podido ser esclarecida), cuarto hijo, el menor, de Rodrigo de Cervantes, cirujano, y de Leonor de Cortinas, siendo bautizado el 9 de octubre de 1547 en la parroquia de Santa María la Mayor, hecho incuestionable que anula las pretensiones de Madrid (capital), Sevilla, Lucena, Toledo, Esquivias, Alcázar de San Juan y Consuegra. En esta versión también coincide Américo Castro.

Otros tres hermanos más habrán de venir tras Miguel. La penuria económica de la familia Cervantes les hace trasladarse en 1551 a Valladolid, sede de la Corte, habiendo puesto en venta la casa de Alcalá. Antes de salir de apuros, al año siguiente de su llegada, el padre es encarcelado por unas deudas y permanece dos años en prisión. La pobreza familiar será una constante de incuestionables consecuencias, en la infancia de Miguel en su vida futura y, por tanto, en su producción literaria.

Después un nuevo traslado, esta vez a Córdoba, donde vivía el abuelo, Juan de Cervantes. Estos años siguen permaneciendo oscuros para la historia. Es probable que en Córdoba comenzase a ir a la escuela de un pariente lejano de la familia y que estudiara posteriormente dos cursos de gramática con los jesuitas. El fallecimiento del abuelo paterno obligaría a la familia a trasladarse a Cabra y a Sevilla, ciudad esta última donde pudo cursar también estudios con los jesuitas.

¹⁰¹FERNÁNDEZ José, Obras Selectas de CERVANTES (Introducción). p. 7

A partir de sus veinte años los datos sobre la Vida de Miguel de Cervantes parecen más fiables. A esa edad, la familia se encuentra en Madrid y él estudia retórica y arte poético con López de Hoyos, aunque por breve tiempo.

Américo Castro¹⁰² asegura que nada seguro se sabe sobre la niñez y primera mocedad del futuro gran escritor. Aparece éste, en 1568, como alumno de Juan López de Hoyos, maestro del colegio de la villa de Madrid. En aquel año falleció la reina Isabel de Valois, mujer de Felipe II, y el ayuntamiento madrileño encargó a aquel maestro una crónica de los actos celebrados en honor de la difunta soberana. El estudio de la Villa participó en aquellas solemnidades con unas poesías de Miguel de Cervantes, compuestas en nombre del colegio y como amado y caro discípulo de López de Hoyos. Las poesías no poseen un gran mérito; pero su autor, a los veintinueve años, nacía súbitamente a la vida pública en forma muy señalada.

José María Fernández¹⁰³ asegura que en el año 1576, y a petición del maestro López de Hoyos, Cervantes se daría a conocer como poeta, con un soneto escrito con motivo de la muerte de doña Isabel de Valois, esposa de Felipe II, y que se incluiría en la relación verdadera de la enfermedad, felicísimo tránsito y sumptuosas exequias fúnebres de la Serenísima Reina de España Doña Isabel de Valois, Nuestra Señora. Con los sermones, letras y epitafios a su túmulo.

En 1569 marcha a Italia y sirve de camarero al cardenal Guilio Acquaviva y Aragón legado del papa Pío V, para los funerales en memoria del príncipe Carlos, y elevado a cardenal el 17 de mayo de 1570. ¿A que responde tan extraña marcha? Bien pudiera hablarse de huida. Miguel había sostenido un duelo con un tal Antonio de Sigura, causándole algunas heridas, y la pena establecida por la justicia real era extremadamente severa: cortarle la mano derecha y diez años de destierro.

Con el cardenal recorre Italia: Milán, Florencia, Palermo, Venecia, Parma, Ferrara, Roma; la Italia renacentista de la que Cervantes aprenderá algo más que su idioma. La influencia de esa Italia en ebullición, de sus escritores, de sus diseños arquitectónicos, sobre el futuro escritor es decisiva.

Algunas descripciones de este viaje a Italia pueden encontrarse en La Galatea, primera obra que publicó después de su cautiverio en Argel.

Poco tiempo dura su servicio al cardenal. En 1570 se enrola en el ejército, ante el llamamiento general efectuado para dar un golpe mortal a los turcos. Posiblemente intervino en la expedición a Chipre, pequeña y breve campaña; sin embargo, es Lepanto la batalla que recordará durante el resto de su vida.

Cervantes marcha en la compañía de Diego de Urbina, a bordo de la galera Marquesa. Casualmente, su hermano Rodrigo había asistido también al llamamiento y ambos se encuentran en el mismo barco. El 7 de octubre de 1671, la flota española al mando de Don Juan de Austria consigue uno de los mayores triunfos del Imperio. Miguel, que había enfermado poco antes de la batalla, se incorpora y mantiene una actitud heroica, muy consecuente con sus principios de soldado español.

Recibe dos arcabuzazos en el pecho y otro en la mano izquierda, que le quedara inutilizada para el futuro. Junto con el resto de los heridos, es conducido a Mesina, donde se instaló un hospital. Durante seis meses convalece de sus heridas, al cabo de los cuales, en 1572, se traslada a Nápoles con el tercio

¹⁰² CASTRO Américo. El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha (Esquema Biográfico). p. LI

¹⁰³ FERNÁNDEZ J. op. cit. p. 9

de Lope de Figueroa. Toma parte en las campañas de Corfú, Ambarino y Túnez, y regresa a Palermo como soldado aventajado.

Durante su estancia en Nápoles tiene lugar uno de los pocos episodios sentimentales que se conocen del genial español. Ella se llamó Silena, que por su puesto era un nombre literario. Fruto de aquellos amores es un hijo llamado Promontorio. Poco más se sabe; el hermetismo de Cervantes, no solo en este tema, sino en todos los que atañen a su vida afectiva, es total, para desesperación de sus biógrafos.

A finales de septiembre de 1575 sale de Nápoles, con destino a España, la galera Sol, llevando a bordo a los hermanos Cervantes: Miguel y Rodrigo. Miguel llevaba una carta de recomendación de don Juan de Austria para su hermano, el rey; una carta que le permitiría obtener la graduación de capitán. Cerca de Marsella, la sol fue apartada del resto de la escuadrilla por la tempestad y, en solitario, atacada por varias naves turcas. Las cartas de recomendación, la de don Juan de Austria y otra más del duque de Sessa, hicieron pensar a los atacantes que habían dado con un personaje importante. Llevando a los prisioneros a Argel, pusieron un alto precio a su cabeza: 500 escudos de oro.

En Argel, Miguel realizaría cuatro tentativas de fuga. La primera fracasó por la delación de un moro al que le había confiado la idea. El rescate de algunos cautivos permitió a la familia Cervantes conocer el paradero de sus hijos; sin embargo las gestiones de la madre para obtener la fuerte suma pedida resultaron infructuosas. En 1577 es liberado Rodrigo, gracias al pago de 30 escudos por los padres mercedarios. Él y Miguel habían quedado de acuerdo para que el primero fletara un barco que, esperándoles en algún lugar de la costa africana, les permitiera la huida. Cervantes y algunos cautivos escapan y esperan en una cueva de la costa la llegada de la galera. Pero son nuevamente traicionados y conducidos en presencia del rey de Argel, quien ordena el traslado a su baño de Miguel, que se había confesado autor del plan. Allí compartió su cautividad, en mejores condiciones, otros dos mil cautivos.

Dos nuevos intentos de fuga fracasaron como los anteriores. Por fin, el 29 de mayo de 1580 el padre trinitario Fray Juan Gil llega a Argel decidido a liberarle, una vez conseguidos los 500 escudos, que fueron aportados por los trinitarios y por los comerciantes españoles en Argel. El momento no pudo ser más oportuno, pues Miguel se encontraba ya a bordo de un barco que le habría de conducir a Constantinopla.

Américo Castro¹⁰⁴ señala que rescatado por los padres trinitarios en 1580, Cervantes regresó a su patria, en donde sus servicios no le procuraron ninguna recompensa proporcionada por sus justas esperanzas. En la Corte de España pululaban a la sazón multitud de héroes en solicitud de mercedes, y nadie tomó en serio las pretensiones de quien ya se sabía grande dentro de su bien razonada fantasía. Los funcionarios de la corte de Felipe II no supieron percibir en Miguel de Cervantes lo que muy bien habían notado sus compañeros de armas en Lepanto; y, los del cautiverio en Argel. La estupidez burocrática tuvo muy dichosas consecuencias para la civilización española.

Poco después de su liberación, se embarca con destino a Denia. De allí, marcharía a Valencia para participar en una procesión de ex cautivos y a finales de año se encuentra en Madrid. Su amigo Mateo Vázquez, secretario del rey, se encontraba en Lisboa y allí viaja Cervantes para pedirle algún trabajo. Ironías del destino, su antiguo amigo le encarga una misión diplomática frente al rey de Argel. Vuelta

¹⁰⁴ CASTRO A. op. cit. p. LII

a Lisboa, donde la inactividad le lleva a pedir un empleo en las Indias, que no es atendido. Finalmente, regresa a Madrid.

José María Fernández¹⁰⁵ afirma que un año importante en su vida fue 1583. Acaba de escribir la *Galatea* y se representan en los corrales de la ciudad del Manzanares algunas de sus comedias: Los tratos de Argel, la destrucción de Numancia y otras más. Ese mismo año conoce a Ana Villafranca, casada con el representante de comedias Alonso Rodríguez. De sus amores es buena prueba una hija, bautizada con el nombre de Isabel de Saavedra.

Al año siguiente un asunto literario le lleva a Esquivias, donde conoce a otra mujer, Catalina de Salazar y Palacios, de diecinueve años y de una cierta nobleza de sangre. Cervantes pide en matrimonio y el 12 de diciembre de 1584 se celebra la boda en Esquivias. Luna de miel en Madrid y vuelta al pueblo, donde viven en casa de la madre de Catalina. De momento, por la estimable dote aportada, viven sin agobios económicos: dote a la que habría que añadir algunos dineros provenientes del estreno de comedias en los corrales. El nombre de Miguel de Cervantes Saavedra comienza a sonar.

En 1585, año de publicación de *La Galatea*, muere su padre. Durante los años siguientes, Cervantes viajará por toda Andalucía a consecuencia del cargo que obtiene de comisario para proveer víveres a la Armada Invencible que por esos años Felipe II prepara contra Inglaterra. Este cargo le habría de proporcionar más amarguras que satisfacciones, en base a razones muy complejas.

En 1587 está en Écija. Tenía órdenes de recoger todo el grano que pudiera tanto de los campesinos como de las propiedades eclesiásticas. Pero estás órdenes chocaban con otras disposiciones legales según las cuales el grano debería ser pagado antes de la expropiación. La burocracia impuesta por Felipe II hizo de tales pagos un laberinto de papeles y una prueba de fuego para la paciencia de los campesinos. La situación era, a todas luces injusta. Añádase que él, Cervantes, desde su infancia ha vivido la pobreza. es uno de los directamente encargados de mantener la injusticia. La primera de las amarguras de estos años es la misma razón de su cargo.

En Écija se le plantea el primero de los dos conflictos que tiene con la iglesia. Cumpliendo órdenes, toma bienes que pertenecen a ella. El provisor del Arzobispo de Sevilla dictó contra él sentencia de excomunión. En 1588 consigue que la sentencia sea anulada. Pero ese mismo año encarcela al sacristán de Castro del Río por negarse a entregar trigo eclesiástico; el provisor del Obispado de Córdoba hará caer sobre él la excomunión. Mal año, el de 1588, la Hacienda Pública le adeudaba sus honorarios; la situación de pobreza en que vive es tal que habrá de pedir fiado para comprarse ropa y, por si fuera poco, circulan constantemente rumores sobre la honorabilidad de su actuación.

Cervantes se convierte en la víctima de una situación. La mayor parte de los historiadores coinciden en señalar 1588, derrota de la invencible como el año del principio del fin de la decadencia española. A partir de 1560 la situación económica del país es agobiante. Los Países Bajos en guerra, el dominio de los mares por la flota española es cuestionado por los ingleses e incluso por los turcos; Lepanto no pudo acabar con la piratería. La defensa a ultranza del Imperio se convierte en una sangría económica y convierte al país en un campo de mutilados de guerra. Aunque no hubiera existido Lepanto, España no podría haber mantenido por mucho tiempo su hegemonía. Con este panorama las Indias se ven como un paraíso de paz y bienestar.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ J. op. cit. p. 10

En 1590, pide de nuevo un cargo en las Indias. Petición denegada. Va de cuando en cuando a Madrid. Un año de profunda depresión personal es 1590. En 1592 el corregidor Francisco de Moscoso le recluye en la cárcel de Castro del Río, acusándole de haber robado 300 fanegas de trigo. Comprobada su inocencia es puesto rápidamente en libertad.

Al año siguiente, queda sin empleo y, para colmo de males, muere su madre. En 1594 obtiene empleo de cobrador de ciertos tributos (alcabalas) en la provincia de Granada. El cargo necesitaba una cierta garantía financiera y Catalina, su mujer, se la proporciona. El dinero recaudado lo pone Cervantes en la Banca de Simón Freire de Lima. Más desgracias. La banca quiebra, pero la Hacienda se hace oídos sordos y le exige la entrega de lo recaudado. Este asunto habrá de dejar secuelas durante bastantes años.

En 1597 se le encarcela en Sevilla por unos meses. Todavía en 1598 ha de seguir presentando cuentas para justificar las cobranzas de 1591 y 1592. Parece probado documentalmente que Cervantes no cometió fraude alguno en sus tiempos de recaudador y la sospecha de que le hicieron cabeza de turco de una situación desastrosa puede ser perfectamente válida. Cierto es que hubo varios llamamientos incumplidos de presentación ante el juez, pero la burocracia existente, por la que un presunto delincuente podía pasar varios años en prisión antes de ser juzgado, bien pudiera ser una causa para desatender el aperebimiento de la justicia.

En 1602, Lope de Vega se encuentra en Sevilla, tras su Camila Lucinda nombre poético de Micaela de Luján. En los ambientes literarios de la ciudad bética, donde el nombre de Miguel de Cervantes es conocido, hay un revuelo con la llegada del fénix. Sus seguidores se congratulan; sus enemigos se moñan. Cervantes está, por aquellas fechas, más cerca de los segundos.

José María Fernández¹⁰⁶ asegura que ese mismo año ingresa en la cárcel de Sevilla, donde permanecerá hasta el siguiente. En tal ocasión debió de escribir la primera parte del Quijote, pensaba en un principio como novela corta al estilo de Rinconete y Cortadillo y el Celoso Extremeño, escritas por las mismas fechas. Sospechar que fue en este momento y no en otro cuando escribe El Ingenioso Hidalgo.. no es una simple intuición. El prólogo de esta primera parte de su inmortal obra es un agudo ataque a Lope de Vega, que por aquellos tiempos, como se ha señalado se encuentra en la ciudad del Betis. En 1604, Cervantes se encuentra en Valladolid; la ciudad del Pisuerga es desde 1601 sede de la Corte, aunque por poco tiempo.

Por el contrario Américo Castro¹⁰⁷ señala que no es demostrable que el Quijote comenzara ser escrito en la cárcel de Sevilla; parece en cambio, seguro que en estas postrimerías del siglo Cervantes concibió la idea – o más bien tomó la actitud- que haría posible formas de literatura hasta entonces ignoradas – se distanció, procuró no acordarse de lo zahiriente, mientras lanzaba al mundo en torno miradas irónicas y al sesgo.

En ese año de 1604, entabla contacto con Francisco de Robles, librero del rey, quien cuenta el argumento del Quijote. Entusiasmado por la idea, el librero le compra los privilegios de publicación. A mediados de enero de 1605 el libro sale a la calle, habiendo sido el impresor Juan de la Cuesta. La edición se agota rápidamente.

¹⁰⁶ Ibid. p. 11

¹⁰⁷ CASTRO A. op. cit. p. LIV

Pero en la vida de Cervantes no hay año de sosiego, ni aun el del comienzo de su fama. En Valladolid, cerca de su casa, el 27 de junio de 1605 aparece el caballero navarro Gaspar de Ezpeleta gravemente herido. Al día siguiente falleció sin haber delatado a su agresor. Las sospechas recaen sobre la familia de Cervantes, por lo que son encarcelados. Poco tiempo duró esta injusticia y son puestos en libertad con cierta rapidez.

En 1606 la Corte se traslada a Madrid, Cervantes había acabado ya el Coloquio de los Perros y el Casamiento Engañoso cuando sigue a la Corte. Ese mismo año, en Toledo, acaba la Ilustre Fregona. Tras recoger a su mujer en Esquivias, fija su residencia definitiva en la ciudad de Manzanares.

La Gitanilla quedará lista en 1607. El Quijote comienza a ser traducido a otros idiomas; es el mejor de los síntomas: Cervantes ya puede vivir de sus libros. Todavía algunas secuelas del turbio asunto de las recaudaciones de Granada distraen su ánimo.

En los años siguientes, Cervantes ingresa en la Congregación de indignos esclavos del Santísimo Sacramento, una cofradía a la que ya pertenecían Lope de Vega, Espinel y otros; asimismo profesa en la orden Tercera de San Francisco. Todavía habrá de intentar obtener un cargo de relevancia. El Conde de Lemos fue nombrado Virrey de Nápoles y el inmortal escritor solicitará puesto en la pequeña Corte. Petición denegada.

En 1613 se publican las Novelas Ejemplares, en número de doce, cediendo los derechos de publicación al mismo Francisco de Robles, ya gran amigo de Cervantes. En 1614 concurre al certamen poético organizado con motivo de la beatificación de Santa Teresa y obtiene el tercer premio. En ese año se publica el Viaje al Parnaso y el falso Quijote de Avellaneda le hará apresurarse para acabar la segunda parte del Quijote, de la que ya había escrito bastantes capítulos. En 1615 sale a luz esta segunda parte y ocho comedias y ocho entremeses nuevos.

Con gran serenidad otorgó testamento, nombrando albaceas a su mujer y al licenciado Francisco Núñez, convencido de la misma casa de la calle de León. Mandó que le enterraran en las monjas Trinitarias y, luego de otras disposiciones, entregó su alma a dios el 23 de abril de 1616, día en el que también perdió Inglaterra a su escritor Universal, William Shakespeare.

Américo Castro¹⁰⁸ establece que las últimas palabras escritas por Cervantes mantiene vivo el conflicto entre tener que abandonar la vida y el desear continuarla, no para gozar de ella, sino la posibilidad de ejercitar actividades, por muchos reconocidas como importantes. Ni pavor ni sentimentalidad. Se enfrentan y alegan sus respectivos derechos la vida corporal y la vida humanamente gloriosa.

En 1633 y por traslado de las Trinitarias a la calle de Cantarranas, se le llevaron allí los huesos de las religiosas fallecidas, suponiéndose que se hizo del mismo modo con los de don Miguel de Cervantes, el gran hombre que vivió en pobreza e incomprensión en un pueblo que parece complacerse en mermar la gloria de sus hijos vivos.

El conocimiento de los principales datos biográficos de Miguel de Cervantes, para efectos de nuestro trabajo de investigación, nos ayuda a entender la manera en que sus vivencias personales influyen en su concepción personal del poder y de la manera en que concibe a la libertad, pero sobre todo en la manera que él considera adecuada para establecer un gobierno más justo y racional.

¹⁰⁸ Ibid. p. LVIII

2.2.- CONCEPCIÓN LITERARIA SOBRE DON QUIJOTE DE LA MANCHA

La obra literaria de Don Quijote de la Mancha, es concebida como una de las obras cumbres de la literatura universal, es por ello que en este apartado de manera particular, trataremos de establecer la idea, que sobre ella han tenido diversos escritores, a efectos de conocer la visión literaria de la misma y con ello creamos una idea clara sobre esta obra en particular.

José Ortega y Gasset¹⁰⁹ afirma que se trata de meditar sobre el Quijote. No por capricho, no solo por placer, ni siquiera por curiosidad, ni aún por simple deseo de conocer. Se trata de saber a que atenerse.

José Echeverría¹¹⁰ afirma que no queda igual el mundo después de que Cervantes publica su libro; no quedamos nosotros iguales después de leerlo, si lo leemos bien. Don Quijote logra, a la postre alterar el mundo y la sociedad, aunque de un modo diferido y más secreto, complejo y difícil, que aquel que creyó factible.

Ludovik Osterc¹¹¹ establece que el Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, constituye la primera gran novela social – filosófica de la literatura universal, en la cual se espeja, pintada con la mano maestra del arte realista cervantino, la sociedad española de fines del siglo XVI y principios de la centuria XVII, a la par de todo aquel período de transición entre la Edad Media y la Moderna de la historia de España con sus problemas candentes.

Carlos Fuentes¹¹² asegura que Cervantes escribe el Quijote a contratiempo, desautorizado por la historia inmediata. Respondiendo no tanto a lo que está allí sino a lo que hacía falta; potenciando la imaginación para hablamos menos de lo que vemos que de lo que no vemos; de lo que ignoramos más de lo que ya sabemos.

Pierre Menard¹¹³ establece que el Quijote fue ante todo un libro agradable; ahora es una ocasión de brindis patrióticos, de soberbia gramatical, obscenas ediciones de lujo. La gloria es una incomprensión y quizá la peor.

Carlos Fuentes¹¹⁴ afirma que Michel Foucault ve en la figura del Quijote el signo del divorcio moderno entre las palabras y las cosas.

Pero no sólo es el divorcio entre las palabras y las cosas, es la ruptura de todo el status quo de la época.

Eduardo González Di Pierro¹¹⁵ asegura que la prosa de Miguel de Cervantes es una de las expresiones más acabadas de lenguaje auténtico; entendemos por tal, la expresión que permite la separación, la constatación de la diferencia, la posibilidad de la puesta en común; se trata de un nivel lingüístico no-retórico y por ende generoso.

¹⁰⁹ ORTEGA y Gasset. op. cit. p. 23

¹¹⁰ ECHEVERRÍA. Apud. GONZÁLEZ Di Pierro. Eduardo. La Alteridad en el Quijote. *Babel*. No. 22. p. 26

¹¹¹ OSTERC Ludovik. *El pensamiento Social y Político del Quijote*. p. 290

¹¹² Cfr. Discurso de Carlos Fuentes en la entrega del Premio Cervantes de Literatura (1987). ORTEGA Julio. *Retrato de Carlos Fuentes*. p. 71

¹¹³ BORGES Jorge Luis. *Ficciones*. Pierre Menard, Autor del Quijote. p. 63

¹¹⁴ FUENTES, Carlos. *En Esto Creo*, p. 198

¹¹⁵ GONZÁLEZ E. op. cit. p. 30

José Ortega y Gasset¹¹⁶ establece que no existe libro alguno cuyo poder de alusiones simbólicas al sentido universal de la vida sea tan grande, y, sin embargo, no existe libro alguno en que hallemos anticipaciones, menos indicios para su propia interpretación.

Es por ello que González Di Pierro¹¹⁷ afirma que lo meritorio del Quijote radica justamente en que intenta, a pesar de todo, llevar a cabo la intención de expresar la pureza de las experiencias vitales humanas más allá de la simple descripción, pero más acá del engañoso misticismo; es decir, colocar al lenguaje en su justo nivel, reprimarlo, volverlo palabra magistral, el verbo del maestro que enseña auténticamente sin trampas ni mala fe.

Carlos Fuentes¹¹⁸ apunta que Don Quijote: abarca: picaresca y épica; pastoril y amorosa, novela morisca y novela bizantina, interpolada e interrumpida: indefinición de las categorías perfectas y cerradas; conflicto y contagio perpetuo del lenguaje.

Franz Kafka¹¹⁹ dice que Sancho Panza, cosa de la que nunca se jactó, consiguió con el paso de los años, mediante el empleo, por la tarde y por la noche, de un buen número de novelas de caballería y ladrones, apartar de tal manera de sí el demonio, al que más tarde daría el nombre de Don Quijote, que éste representó, sin el menor recato, las acciones más alocadas, pero que en ausencia de un predeterminado elemento, que debía haber sido Sancho Panza, no dañaron a nadie. Sancho Panza, un hombre libre, siguió serenamente, tal vez a causa de un cierto sentimiento de responsabilidad, a Don Quijote en sus correrías, de lo que obtuvo un gran y provechoso entretenimiento hasta su final.

A través de la historia moderna se han dado algunos intentos por rescribir el Quijote uno de ellos es el de Pierre Menard; pero Jorge Luis Borges¹²⁰ asegura que Menard no quería componer otro Quijote – lo cual es fácil– sino el Quijote. Inútil agregar que no encaró nunca una transcripción mecánica del original; no se proponía copiarlo. Su admirable ambición era producir unas páginas que coincidieran – palabra por palabra y línea por línea– con las de Miguel de Cervantes.

Pierre Menard aseguraba que el Quijote era un libro que podría ser perfectible, se da a la tarea de perfeccionarlo, rescribirlo, eliminando con ello los posibles errores que Cervantes cometió al escribirlo, pero cual fue su sorpresa, lo rescribió igual, al texto que había escrito Cervantes, confirmando con ello el Quijote, es un libro perfecto.

Carlos Fuentes¹²¹ asegura que el Quijote es una novela en diálogo activo consigo misma. Además de considerarla la paradoja de la paradoja.

Con esto se confirma, el Quijote es un libro que rompe hasta consigo mismo, es decir, el Quijote se opone. hasta con lo argüido en el propio Quijote, presentando las dos perspectivas, el lado racional con don Quijote y la parte del uso del sentido común con Sancho Panza.

Miguel de Unamuno¹²² señala que a Sancho le sacó de su casa la codicia, así como la ambición de gloria a Don Quijote, y que así tenemos en amo y escudero, por separado los dos resortes, que juntos en uno han sacado de sus casas a los españoles.

¹¹⁶ ORTEGA y Gasset. op. cit. p. 167

¹¹⁷ GONZÁLEZ E. op. cit. p. 30

¹¹⁸ ORTEGA J. op. cit. p. 72

¹¹⁹ KAFKA Franz. *Obras Selectas (Meditaciones)*. p. 73

¹²⁰ BORGES. op. cit. p. 55

¹²¹ FUENTES Carlos. op. cit. p. 199

José Ortega y Gasset¹²³ establece que en las *Meditaciones del Quijote* intenta hacer un estudio del quijotismo. Pero hay en esta palabra un equívoco. Mi quijotismo no tiene nada que ver con la mercancía bajo tal nombre ostentada en el mercado. Don Quijote puede significar dos cosas muy distintas: Don Quijote es un libro. Y Don Quijote es un personaje de ese libro. Además el mismo José Ortega y Gasset dice que Don Quijote es el libro-escorzo¹²⁴ por excelencia.

Pierre Menard¹²⁴ asegura que el Quijote es un libro contingente, el Quijote es innecesario.

Lo difícil de entender entonces, es como sería una vida sin Don Quijote, ese personaje, que se volvió loco, para volver loco, a todo aquel que desea analizar sus locuras, es por ello que podemos asegurar, sin Don Quijote, esto sería un mundo de Quijotes.

Miguel de Unamuno¹²⁵ dice que Don Quijote mal puede ser llamado idealista, pues no combatió por las ideas, y que fue espiritualista, pues luchó por el espíritu.

Finalmente sólo queda por recuperar lo establecido por Carlos Fuentes¹²⁶ quien citando a Dostoyevski afirma que Don Quijote es el libro más triste que se ha escrito, pues es la historia de una ilusión perdida.

Así como asegurar que la lengua española, no es lengua del imperio sino de la imaginación, del amor y de la justicia; lengua de Cervantes, lengua del Quijote¹²⁷.

2.3.- EL ESTADO ESPAÑOL EN EL SIGLO XVI

Las estructuras de poder a las que se enfrentó Miguel de Cervantes Saavedra, son aquellas que conformaban al Estado Español del siglo XVI, la relevancia de conocer los órganos integrantes del mismo, es primeramente entender en que consiste y cual es la función que realizaban aquellos órganos en los que Cervantes prestó sus servicios, pero fundamentalmente con posterioridad analizar, el porque Cervantes considera se deben de cambiar, estableciendo como sabemos órganos distintos y una manera también distinta de gobernar en su obra, lo que nos ayudará a obtener como resultado entender como se daba la creación de las normas jurídicas que regían en el periodo de Cervantes.

¹²² UNAMUNO Miguel. *Vida de Don Quijote y Sancho*. p. 25

¹²³ ORTEGA y Gasset. op. cit. pp. 84 y 85

¹²⁴ Julián Marías asegura que Ortega llama escorzo a "la superficie que, sin dejar de serlo, se dilata en un sentido profundo. Es decir, la confluencia de la materialidad de una superficie (según la cual es superficial) con una segunda vida virtual (consistente en que en ella se presenta una profundidad)". *Ibid.* pp. 118 y 119

¹²⁵ BORGES. op. cit. p. 58

¹²⁶ UNAMUNO. op. cit. p. XIII

¹²⁷ FUENTES. op. cit. p. 202

¹²⁸ Cfr. Discurso de Carlos Fuentes en la entrega del Premio Cervantes de Literatura (1987). ORTEGA. op. cit. p. 74

2.3.1 Órganos Centrales del Estado

2.3.1.1 Los Consejos

La Monarquía se regirá por un sistema polisinodial, con unos Consejos de carácter consultivo, que ayudan al Rey a gobernar, tanto en las diversas materias – justicia, política exterior, hacienda – como en las distintas áreas – dentro de España y fuera de España.

La Monarquía sólo montará dos organismos que superan el ámbito castellano: la Inquisición, que abarca toda España, y el Consejo de Estado que, como responsable de la política exterior, será el único a nivel del mismo Estado.

El secreto de aquel enorme cuerpo que es la Monarquía católica, estriba en que desde el primer momento monta un sistema que le permite ir incorporando cuerpos extraños, mediante la fórmula de respetar sus estructuras internas (ordenamiento jurídico, lengua y costumbres).

2.3.1.1.1 Consejo Real

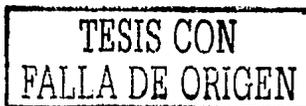
Uno de los momentos decisivos en la estructuración del Estado moderno por los Reyes Católicos es cuando proceden a la reorganización del Consejo Real en las Cortes de 1480. Reorganización, por cuanto que el Consejo Real ya existía en la Baja Edad Media; conforme a una habilidad política de estos Reyes, probada en caos similares, no se trata de crear *ex novo* sino de hacer eficaz un instrumento de gobierno que hasta entonces se mostraba inoperante.

En las Cortes de Toledo de 1480 los Reyes proceden a la reorganización del Consejo Real, según las directrices de 1459, pero dándole todo su apoyo, con lo que consiguen su afianzamiento, como instrumento de la Corona para el gobierno de Castilla. El estamento eclesiástico queda reducido a la figura de un prelado, que actuaba como presidente y la de la nobleza a dos o tres caballeros; en su correspondencia, los letrados pasan a ser entre ocho y nueve. El predominio de los juristas se hace notar aún más desde el principio, por cuanto que se indica obligatoria su presencia, para que los acuerdos del Consejo Real fueran válidos. El Consejo podía reunirse sin el presidente y sin los caballeros, pero jamás sin alguno de sus letrados.

Bajo Felipe II el Consejo Real estaba desglosado en cuatro salas, ceñidas todas a Justicia civil y criminal, de mil y quinientas, Sala de Gobierno y Sala de Provincias, por lo tanto, dos salas dedicadas a la justicia y otras dos a Gobernación.

Ramón Pidal Menéndez¹²⁸ asegura que el Consejo Real tenía funciones judiciales, ejecutivas y legislativas. Judiciales, por cuanto que podía recabar para sí, por propia decisión o por mandato regio, aquellos asuntos civiles o criminales que por su importancia así se considerase necesario, aparte que ya tenía encomendados aquellos pleitos que obligaban a una fianza de 1500 doblas (1. 125. 000 maravedíes). Además, fallaba en los juicios de residencia de los altos funcionarios como los Corregidores, y tenía a su cargo las vistas a chancillerías y audiencias. Asimismo, entendía en segunda instancia de los juicios de los Alcaldes de Casa y Corte, que por sus especiales características escapaban al control de los Tribunales Superiores de Justicia (Chancillerías y Audiencias). Por último,

¹²⁸ PIDAL Menéndez. Historia de España Tomo XIX. pp. 548 y 550



debía vigilar la acción señorial, para impedir sus intromisiones frente a la jurisdicción regia. En cuanto a la gobernación, el Consejo Real entendía en todo lo que fuera el desarrollo de la economía del reino, viniendo a ser como un ministerio que en nuestro siglo se llamó de fomento; así en lo referente al comercio, a la circulación de la moneda, a la fabricación de paños e incluso a la repoblación forestal. Por último, hay que recordar que el Consejo Real tenía también un papel importante en el orden legislativo, pues era de su incumbencia preparar las leyes nuevas, así como fijar la interpretación adecuada de las que fueran equivocadas. Debía revisar las peticiones de las Cortes, fuente legislativa indirecta.

2.3.1.1.2 Consejo de Estado

Con la creación del Consejo de Estado el emperador afronta la cada vez más compleja política exterior. Y dado que esa política exterior, de la que depende la paz o la guerra, la llevará en la mano, ese Consejo estará bajo su control directo. Es el único que no tiene presidente, porque esas funciones viene a realizarlas el Rey y por eso se reúne siempre con él o con su lugarteniente (cuando está ausente), en la época de Carlos V.

Felipe II establecerá una innovación: que se reúna el Consejo de Estado sin su presencia. Lo temas planteados y las consultas realizadas irán de la cámara del Rey a la del Consejo, llevadas por el secretario de turno, cuyo papel crece en importancia, incluso teniendo ocasión de posibles infidelidades.

Las funciones del Consejo de Estado son muy claras y precisas: dirigir la política exterior. El Consejo de Estado además entendía sobre los nombramientos de los altos personajes que dirigían las piezas asociadas, así como sobre las embajadas.

Ramón Pidal Menéndez¹²⁹ establece que era un órgano consultivo, que trataba preferentemente sobre política exterior, aunque también sobre otros aspectos que podían considerarse de interés primordial para la Corona, un Consejo estrechamente vinculado con el de Castilla, cuyos escasos miembros eran escogidos entre el Clero y la Alta Nobleza. Es Felipe II el que incorpora en ellos a los letrados.

2.3.1.1.3 Consejo de la Inquisición

El Consejo de la Inquisición fue uno de los más importantes de la monarquía católica y ello es comprensible, dado el carácter confesional del Estado. Por ello es también uno de los más significativos y de los que dan rasgos más peculiares a aquella época.

La Inquisición nace bajo los Reyes católicos con un doble signo político y religioso, provocado por el temor a la minoría judía, en el siglo XVI ese temor se trasladará a los luteranos.

En la cuestión procesal, se admitía el tormento, siempre y cuando se diera con moderación; pero se rechazaban las crueles novedades que se achacaban a la Inquisición.

En cuanto a los presos, debían ser tratados con más humanidad, teniendo derecho a recibir visitas de familiares y amigos, teniendo pronta noticia de qué se les acusaba.

¹²⁹ *Ibid.* p. 563

Se recusaba el que los reos pudieran ser sentenciados por vía de sospecha, así como que la infamia alcanzase a los descendientes.

En los conflictos de jurisdicción entre la autoridad civil y la inquisitorial, la Corona apoyaba los privilegios de la Inquisición, incluso en caso de asesinato.

El inquisidor general era la persona más allegada al Rey y, como tal, asume otras muchas funciones políticas.

Ramón Pidal Menéndez¹³⁰ asegura que la inquisición no fue un instrumento de la alta nobleza. Lo fue de la Corona, que al comprobar el poderío que podía alcanzar, ya no quiso prescindir de sus servicios.

2.3.1.1.4 Consejo de la Hacienda

En 1523 Carlos V crea el Consejo de Hacienda, imitando un modelo existente en los países bajos. Estaba compuesto por un presidente, dos consejeros y un secretario.

Este tenía como atribuciones controlar la tarea de las dos contadurías mayores (hacienda y de cuentas) y, por lo tanto, la revisión de los ingresos y gastos a principios de cada año; aparte de la confrontación, con su firma, de los documentos que emanasen de la hacienda. Así como, buscar nuevos ingresos con los que hacer frente al incremento de los gastos. Serán los arbitrios extraordinarios. préstamos de particulares, venta de oficios, incluso trata negra.

El Consejo de Hacienda venía a sustituir a la Contaduría Mayor de Hacienda de la época de los Reyes Católicos, teniendo bajo ella a la Contaduría Menor de Cuentas. A su frente estaban los Contadores Mayores, que eran los funcionarios mejor pagados de la Corona. Otros cargos de este cuerpo hacendístico eran los Recaudadores y Arrendadores.

Ramón Pidal Menéndez¹³¹ establece que el Consejo de Hacienda controlaba cuatro tipos de ingresos: a) los derechos reales; b) los servicios votados en Cortes; c) las rentas de gracia pontificia; y, d) los ingresos extraordinarios.

2.3.1.1.5 Los demás Consejos de la Monarquía

Los demás Consejos de la Monarquía tienen bastante menor importancia, entre ellos:

- a) El Consejo de Guerra: no parece que tuviera un quehacer metódico, sino de emergencia, y en todo caso se le marca su signo de filial del Consejo de Estado.
- b) El Consejo de Cámara: encargado de entender en las mercedes y en los memoriales de peticiones al Rey, era, a su vez, una filial del Consejo Real; solía estar integrado por dos consejeros letrados, actuando de secretario el mismo del Consejo Real y bajo la presidencia del presidente del Consejo Real.

¹³⁰ Ibid. p. 578

¹³¹ Ibid. p. 583



- c) El Consejo de las Órdenes tenía a su cargo el doble cometido de vigilar el buen gobierno de las tierras de las Órdenes Militares castellanas de Santiago, Calatrava y Alcántara y de controlar sus rentas; también por supuesto, las propuestas a las vacantes de caballeros.

2.3.1.2 Las Cortes

2.3.1.2.1 Corte de Castilla

Las Cortes en su etapa nómada, residen habitualmente en Castilla, donde se forma al heredero, salvo en el anómalo periodo de Carlos V.

La composición de las Cortes castellanas no varía a lo largo del siglo XVI. Siguen siendo dos procuradores por cada una de las diecisiete ciudades y villas que ya en los tiempos bajo medioevos tenían voz y voto en Cortes, a las que habría añadido Granada, desde su conquista en 1492. La única reforma que se pretendió por las comunidades de Castilla es que los procuradores pasaran a ser tres, para representar cada uno a los tres estamentos urbanos principales: caballeros, clérigos y ciudadanos del común.

Los cabildos municipales eran los que elegían sus procuradores, dándoles al tiempo sus instrucciones de aquello que habían de tratar.

Las Cortes dentro de sus atribuciones tenían la jura del príncipe heredero, y por el que las Cortes se convertían en el guardián de la pureza de la línea sucesoria y otras dos atribuciones que tenía eran la votación de los servicios con los que el estado pechero servía a la Corona y la presentación del cuaderno de peticiones, que contenían las quejas de los pueblos, con petición de su remedio por parte de la Corona.

2.3.1.2.2 Corte de Navarra

Las Cortes de Navarra constan de tres brazos: eclesiástico, militar – o nobiliario- y universidades o urbano. Sus atribuciones eran vigilar los contrafueros posibles del poder central. También asumen funciones legislativas.

Por supuesto, se consideraban obligadas a velar por la pureza de la sucesión y porque el nuevo soberano jurase guardar los fueros, usos y costumbres del Reino, como Felipe II en 1551.

2.3.1.2.3 Corte de la Corona de Aragón

En las Cortes de la Corona de Aragón se reúnen los tres brazos: nobleza, clero y estado llano, con la representación de las ciudades y villas y tres brazos que en el reino Aragonés serán cuatro, pues el estamento nobiliario se subdivide en dos: magnates y caballeros. Cada uno de estos brazos se reúne a su vez por separado, después de la primera asamblea general en que escuchan el discurso de la Corona: la cual las hace muy lentas.

Con atribuciones parecidas a las castellanas (vigilancia del orden sucesorio, concesión de servicios y promoción de nuevas formas legales) tienen otro muy particular: la denuncia de los contrafueros; de

hecho, es mucho más problemático obtener de ellas la concesión de ayudas económicas que no se empleasen en necesidades de aquellos Reinos, especialmente la defensa.

2.3.2 El Gobierno Territorial y la Administración Local

2.3.2.1 La Corona de Castilla: Chancillerías y Audiencias

En la Corona de Castilla nos encontramos con dos regiones regidas por los Gobernadores que aquí tienen una doble función: civil y militar. Como representante del Rey, son cabeza del poder ejecutivo, gobernando con el auxilio de la Chancillería o Audiencia; como máxima autoridad en una zona alejada y fronteriza, tienen también el mando militar.

El Gobernador – Capitán General detenta el poder ejecutivo en la región donde ha de gobernar con asistencia de la audiencia respectiva; y también el supremo poder militar.

En la Corona de Castilla existían en la Edad Moderna dos Chancillerías y una Audiencia de nivel superior; las dos Chancillerías estaban radicadas en Valladolid y Granada (la capital del conflictivo reino granadino que se necesita castellanizar), mientras la audiencia mayor estaba en Sevilla. Las dos audiencias menores ayudaban a gobernar dos zonas particularmente difíciles dentro de la Corona castellana, Galicia y Canarias, siendo sus redes respectivas Santiago de Compostela (después, la Coruña) y las Palmas de Gran Canaria. La audiencia gallega estaba subordinada a la Chancillería de Valladolid, mientras la canaria a la Audiencia de Sevilla.

La Chancillería de Valladolid estaba integrada por un presidente, dieciséis oidores, tres alcaldes del crimen, dos alcaldes de hijosdalgos, dos procuradores fiscales y el llamado juez mayor de Vizcaya. La categoría superior de estos magistrados era la de los oidores, personaje de particular relieve en la España del antiguo régimen. Ellos administraban justicia en lo civil en cuatro salas. En cuanto a la sala de hijosdalgos atendían a los numerosos conflictos derivados de las hidalguías, unas ciertas pero otras de dudosa legitimidad.

La Chancillería de Granada seguía el modelo de la de Valladolid; pero, como más moderna, su proyección social era menos. El presidente de la Chancillería tenía en la misma Granada otra alta autoridad con jurisdicción propia: el Capitán General, alcalde de la Alambra, era un cargo de alto rango, cubierto muy frecuentemente por un personaje de alta nobleza.

Entre las audiencias la más importante era, sin duda, la de Sevilla, que atendía en grado de vista y de revista, y a la que se podía apelar de las sentencias de la audiencia canaria; su régimen por tanto era muy similar al de las Chancillerías.

Las funciones de los Alcaldes Mayores eran dobles por un lado las gubernativas, asistiendo al gobernador que presidían la Audiencia, en cuestiones de obras públicas, pero también atendían en el orden del reino o la recluta de soldados.

En cuanto atribuciones judiciales, los Alcaldes Mayores tenían la doble función (civil y criminal), en primera instancia y en grado de revista de los demás jueces del reino, fuesen regios o de señorío. De

* Recuérdese el empaque social del que nos describe Cervantes a su llegada a la venta donde estaba Don Quijote.

sus sentencias se podía apelar a la Chancillería de Valladolid, cuando en lo criminal era la pena de muerte y cuando en lo civil pasaba de una cierta cuantía.

2.3.2.2 Los Corregimientos

El Corregidor, como figura permanente, representante del Rey en una ciudad y en su tierra, o en su provincia, es algo que arranca de los Reyes Católicos, constituyendo así una de las tramas más eficaces del Estado Moderno.

Al tener funciones ejecutivas y judiciales, el Corregidor podía pertenecer al sector social de los caballeros de media talla^{**} y de los letrados.

Como representante del Rey en su corregimiento, debía velar por el orden interno, y por el cumplimiento de las disposiciones regias, emanadas del Consejo Real.

En sus funciones de juez actuaba en primera instancia, tanto en lo civil como en lo criminal, en la capital del corregimiento y su término, delegando en lugartenientes para que lo hiciesen en las principales ciudades y villas de su corregimiento.

Su nombramiento solía ser por un año, aunque podía prorrogarse por alguno más. Estaba sujeto a los demás altos magistrados territoriales, al juicio de residencia

2.3.2.3 El Municipio en Castilla y Aragón

Los municipios principales mantienen el binomio la ciudad y su tierra; el término rural o alfoz donde la ciudad o villa tenía su jurisdicción, reconocido, en su fuero, y que venía a ser un reconocimiento regio a su labor repobladora.

El gobierno de las ciudades del antiguo régimen, existía una doble realidad: el burgo y su tierra. El burgo, o núcleo urbano, esta regido por un Cabildo municipal o regimiento, presidido por un alcalde e integrado por unos regidores, cuyo número oscila entre la docena y las dos docenas. La tierra dividida en sexmos^{***}, por cuartos^{****}, estaba regida por los sexmeros, que eran los encargados de que se cumplieran los acuerdos del cabildo en el sexmo respectivo.

Al cabildo municipal correspondía el buen abastecimiento de la ciudad, la vigilancia del orden en el ámbito urbano, las posibles apelaciones sobre sentencias dictadas por el Corregidor o su teniente, la administración de los bienes concejiles y de sus propiedades, además de la higiene pública.

2.3.2.4 Gobierno y Justicia en la Corona de Aragón

La primera diferencia que encontramos en el Gobierno de la Corona de Aragón está en que generalmente no está regida directamente por el Rey – como ocurre en Castilla- sino por Virreyes.

Estamos sin duda, ante los más altos funcionarios de la corona de Aragón, los *alter ego* del Rey; y sus funciones radican. Muy preferentemente en la defensa del reino respectivo; también caía bajo su

^{**} Esta expresión era utilizada por los clásicos del Quinientos.

^{***} Aunque no era regla general que estuviere dividida en sextas partes, como por ejemplo Sevilla.

^{****} Este es el caso de Salamanca.

competencia el orden interno y, en ese sentido, la represión del bandolerismo; tenía a su cargo la fortificación de los puestos fronterizos y de los principales puertos, así como la fábrica de galeras.

2.3.2.5 Los Alcaldes de Casa y Corte

Era la Corte, aquel lugar donde la justicia tenía que aplicarse con mayor eficacia, como garantía mayor del orden. Surgen así los Alcaldes de Casa u Corte, para entender en los delitos que se cometiesen en su ámbito y en todo caso, en la proximidad el Rey.

Su misión era en el fondo contribuir a la seguridad de la Monarquía en su centro vital: allí donde estaba el Rey. Sobre el común de la gente adquirieron un poder formidable por actuar rigurosamente, sin que se pudiera apelar de sus sentencias ante tribunal alguno.

2.4 BREVE PANORAMA DE LA REALIDAD HISTÓRICA DE LA ÉPOCA DE CERVANTES

2.4.1 Aspecto Económico - Social y Político

En el siglo XVI se inicia en los países de Europa Occidental el período de desintegración del feudalismo y la acumulación primitiva de capital. El crecimiento de la producción artesana y agrícola en esos países y el desarrollo de la producción mercantil, que significó la desintegración de la economía natural, dan lugar a lazos económicos cada vez más amplios y estrechos entre las diversas partes de los diferentes países y conducen finalmente a la formación de mercados nacionales. Se efectúa la descomposición de las artesanías gremiales feudales. Aparecen las primeras empresas capitalistas, las manufacturas.

En dicho siglo, no cambia la situación social del tiempo de los Reyes Católicos, excepto algunas importantes modificaciones en el reparto de los bienes inmuebles a favor de los encumbrados. A esto hay que agregar la equivocada política agraria, que consistía en toda suerte de impuestos que agobiaban a los campesinos; así como en los préstamos hipotecarios o censos consignativos, que facilitaban a los labradores los fondos necesarios para acrecentar las explotaciones del agro.

La expulsión de los judíos primero y de los moriscos, después agudizó hasta lo extremo la crisis económica del país.

Ludovik Osterc¹³² asegura que el sostén principal del poder político en España, lo representaba, fuera de los feudales, la Iglesia Católica. A ella le incumbía cuidar la unidad y la seguridad de la nación, con lo cual asumía una gran parte de funciones de Estado. Para sus fines políticos se servía de la Inquisición, una de las más crueles instituciones policíacas. Éste órgano del poder perseguía, sin reparar en medios, a todo individuo que se opusiera a las autoridades reales o eclesiásticas. De tal suerte que se había transformado en el más potente instrumento del absolutismo. Sus métodos de procedimiento usuales eran diversas torturas y exterminación físicas de sus adversarios por medio de hogueras, y la confiscación de sus bienes, cuyas dos terceras partes eran traspasados al Estado, y una tercera parte a la iglesia.

¹³² OSTERC L. op. cit. p. 38



No podemos olvidar que Cervantes una de las instituciones que más cuestiona es a la iglesia, sólo que tiene la inteligencia de poner en voz de un morisco, todo aquello que argüía en contra de la iglesia católica.

2.4.2 Aspecto Ideológico – Religioso

Habiéndose fundido la iglesia con el feudalismo en la Edad Media, la religión católica extendió sus dominios sobre las demás formas de la conciencia social, sobre el resto de su superestructura ideológica. El clero era la única clase instruida en aquella época, que además sabía el latín y el griego. De este modo lo que de la antigüedad clásica conocía la Edad Media, quedaba subordinado a la Iglesia y puesto a su servicio. Se sobreentiende pues, que los dogmas religiosos fuesen, entonces, el punto de partida y la raíz de toda ideología. El contenido de la filosofía, de las ciencias, de la jurisprudencia, se hallaba en consonancia con las doctrinas de la iglesia.

Esto es lo que se conoce como Derecho Natural, que no podemos olvidar es el tipo de Derecho que Don Quijote defiende, ya que establece que todas las personas tenemos una serie de derechos por el simple hecho de serlo.

La iglesia católica no estaba dispuesta a renunciar sin luchas a sus privilegios. Perseguía la literatura progresista incluyendo en el índice de libros prohibidos las mejores obras del genio humano. Condenó como heréticas las teorías de Copernico, Galileo y Giordano Bruno. Nada podía sin embargo detener el desenvolvimiento progresivo de la ciencia y de la filosofía renacentista.

Sabemos que Don Quijote no tuvo problemas para su publicación porque fueron consideradas las posiciones de un loco, es decir, eran locuras y como eso fueron tomadas y además fue considerada como una crítica a la literatura caballeresca que prevalecía en la época.

Sin embargo, el Humanismo y el Renacimiento no significan sólo la admiración y estudio sistemático de la lengua y literatura, del arte y culturas griegas y latinas y la imitación de sus modelos, como sostienen los críticos y teóricos de arte y literatura burgueses.

Ludovik Osterc¹³³ establece que en realidad, este vasto movimiento extendió sus alas sobre el terreno del pensamiento religioso, social y político. Erasmo de Róterdam, destacada figura del humanismo, no discurre sólo sobre la filosofía y la religión, sino también sobre los problemas morales, sociales, políticos de su tiempo. Lo mismo ocurre con los españoles Luis Vives y Alfonso Valdés, Tomas Moro en Inglaterra, y Tomas Campanella en Italia.

Aquí debemos cuestionarnos ¿No es está la función del Quijote o de Cervantes?, Como a quedado demostrado; la función del Quijote de la Mancha es el cuestionamiento del *establishment* que prevalecía en el período de vida de Miguel de Cervantes.

2.4.3 Aspecto Cultural y Literario

La arquitectura y la escultura renacentistas han dejado en España obras de excepcional valor, comparables a muchas de Italia. Uno de los introductores de la arquitectura renacentista en la península ibérica, fue Lorenzo Vázquez, del siglo XVI. Su obra más notable es el Castillo de la Calahorra,

¹³³ Ibid. p. 44

Granada. Pertenece al mismo siglo uno de los más grandes arquitectos españoles, Juan Herrera G. De la Vega, quien terminó el monasterio de san Lorenzo de El Escorial. Se le deben, además, la construcción de la casa de contratación de Sevilla, la fachada de la Catedral de Valladolid, el puente de Segovia en Madrid y otras.

Alonso de Berruguete, fue escultor de Cámara de Carlos V, y director del Alcázar de Madrid y del palacio episcopal de Granada. Sus creaciones más importantes son: "el Job" de la catedral de Toledo, "la Piedad" del retablo de los irlandeses, y el retablo de "San Benito" en Valladolid, que constituye su obra más completa.

En la música del periodo del Renacimiento sobresalió Tomás L. De Victoria. Pertenecía a los polifonistas y compositores de música religiosa más ilustres de su época, junto con Palestrina y Orlando de Lasso.

La pintura, en cambio, no alcanzó tan grandes alturas. Pedro de Berruguete de formación italiana, fue el iniciador del renacimiento pictórico español en el siglo XV y estuvo al servicio de Felipe el Hermoso, como pintor de cámara.

De las novelas cortas italianas de carácter satírico surgió el Decamerón de Boccaccio, y de los relatos realistas y humorísticos ingleses se desarrollaron los Cuentos de Canterbury de Chaucer. El Roman du Renard, y Gargantua et Pantagruel de Rabelais, nacieron de la misma manera.

Ludovik Osterc¹²⁴ asegura que existían entonces en España, dos focos culturales más importantes: la Corte napolitana de Alfonso V, el magnánimo de Aragón, y la de Juan II de Castilla. Así en la primera, el Príncipe de Viana tradujo las Éticas de Aristóteles, y escribió la crónica de los Reyes de Navarra; y en la segunda, Pedro Díaz de Toledo vertió el Fedro y el Fedón de Platón, Enrique de Aragón tradujo a Virgilio, y López Ayala a Tito Livio.

Mientras tanto, Antonio de Nebrija publica en 1492 la primera gramática de la lengua castellana, y la primera impresa de un idioma vulgar, fijando el habla española, que servirá de vehículo cultural e instrumento de unidad del futuro imperio.

Fue precisamente en aquel entonces, es decir, en la segunda mitad del siglo XVI, cuando se encontraba España, más que cualquier otro país, bajo el influjo potente de la estrambótica literatura caballeresca. Las tradiciones caballerescas se convirtieron en el código de la moral nacional, y los libros de caballerías. Reflejo de uno de los aspectos de la ideología de la nobleza, como clase dominante, fueron por espacio de más de un siglo el principal pasto espiritual del país.

En este tipo de obras no podemos olvidar es donde Cervantes encuentra el fundamento de la locura del Quijote, o de Cervantes, o de Alonso de Quijano o de Sancho Panza. O quizá de todo aquel lector que se acerca a la obra.

En 1554 vio la luz la vida del Lazarillo de Tormes, donde su anónimo autor sometió todo el organismo social de la España de aquel entonces a una violenta y maliciosa crítica.

¹²⁴ Ibid. p. 57

2.5.- LA TRADICIÓN JURÍDICA QUE INFLUYE EN CERVANTES

2.5.1 Montaigne y Charron

Guido Fassó¹³⁵ afirma que el subjetivismo propio del humanismo conduce a posiciones escépticas a uno de los autores que mejor lo representan, el francés Miguel Montaigne (1533- 1592), quien intenta investigar, a través de la meditación propia y basada en la experiencia de los antiguos, la conciencia del hombre.

Su escepticismo, que se remonta a los griegos, encuentra además argumentos en la observación de la diversidad, en los tiempos y lugares distintos, de las normas de conducta, consuetudinarias o legales.

De ello deriva la negación de una ley natural: las leyes de la conciencia que nosotros decíamos que nacían de la naturaleza, nacen de la costumbre; juzgamos fuera de los límites de la razón lo que está sencillamente fuera de los límites de la costumbre. Para él la regla de la regla y ley general de las leyes es que cada uno observe la del lugar en donde esté.

El Quijote difiere en este sentido, él encuentra el fundamento de la ley en la naturaleza, es por ello que en este caso, la influencia es en sentido negativo ya que su doctrina nos permite entender la posición de Cervantes al respecto.

Pedro Charron (1541 – 1603), también profesa un subjetivismo escéptico, igualmente (sobre todo en política) radical, volviendo de nuevo al tema de la variedad y contrariedad de las leyes en los diferentes pueblos.

Él afirma que la regla de la moralidad y la naturaleza misma que exige al hombre ser bueno es la equidad y la razón universal que resplandece en cada uno de nosotros. En Charron, se observa efectivamente cómo la ley natural, sin ser entendida como principio jurídico objetivo, va a subsistir como principio moral individualista, permitiendo de esta forma al relativismo jurídico, asentado en la observación empírica y justificada por la constatación de la variedad y mutabilidad de la ley, no devenir en relativismo ético, negación de un valor moral universal. En el terreno jurídico- político, Charron insiste en el relativismo utilitarista.

Don Quijote realiza algo muy similar a lo argüido por Charron, ya que racionaliza la naturaleza o naturaliza la razón, estableciendo a la razón como el motor de la convivencia de todos los pueblos, es decir, fundamenta el bienestar general en el uso de la razón.

2.5.2 Moro, Campanella y Erasmo

Escaso interés por el derecho presenta el humanista inglés Tomás Moro (1480 – 1535) en su obra Utopía, en la que bosqueja una forma de Estado ideal concebido racionalmente.

En la imaginaria isla Utopía no se conoce la propiedad privada y en ella reina, según una de las más fuertes aspiraciones humanas, la equidad de los jueces.

¹³⁵ FASSÓ Guido. Historia de la Filosofía del Derecho, p. 29

Antonio Truyol y Serra¹³⁶ establece que la utopía consiste tradicionalmente en la descripción de una sociedad perfecta, ideal, que puede incluir o no elementos novelescos, y que, independientemente de que aparezcan globalmente irrealizable, suele implicar, a la vez que una crítica de la sociedad existente, un deseo de reformarla o transformarla en el sentido del modelo propuesto.

Campanella (1568 – 1639) en la Ciudad del Sol, registra un Estado perfecto gobernado por sabios según la ley de la naturaleza. Para él la ley es entendida como consenso de la razón común de todos, escrita y promulgada para el bien común y conforme a la razón eterna.

El ideal político – religioso de Campanella es el gobierno de la humanidad por Jesucristo, ejercido a través del Sumo Pontífice como Vicario suyo y cabeza de la Iglesia, a la cual debe estar directamente sometido todo poder temporal.

La idea fundamental de la Monarquía del Mesías es que ningún hombre puede gobernar a sus prójimos en cuanto hombre, sino en cuanto lugarteniente de Dios.

Igualmente, presta poca atención al derecho el más insigne de los humanistas del ultramontano, Desiderio Erasmo de Róterdam (1466- 1536).

Para Erasmo¹³⁷ el principio jurídico político de la subordinación del príncipe a la ley tiene en su doctrina principio de orden moral; las leyes que son óptimas bajo un príncipe óptimo, harán feliz al Estado cuando el príncipe sea obedecido por todos y ellos mismos obedezcan la ley que, a su vez, debe corresponder al modelo ideal de justicia, no teniendo otro fin que el de tomar las medidas que sean mejores para la cosa común.

Erasmo afirmaba que la moral común obliga a todos, pero que esta idea debe ser completada en el sentido de que la obligación está proporcionada a la función que desempeñe.

Inmediatamente cabe preguntarse ¿ Quién es más utopista, Moro, Campanella, Cervantes o Don Quijote?. Acaso la Isla Barataria no es el lugar en donde Don Quijote, ubica el gobierno perfecto, pero a diferencia de ellos, aquí gobierna un hombre, basándose en el sentido común, su nombre es Sancho Panza, o ¿ Será acaso que lo que Don Quijote refleja en su gobierno es algo realizable y por ello no puede ser considerado una utopía ?.

2.5.3 Lutero

La doctrina de Martín Lutero (1483 – 1546) se inspira en las enseñanzas paulinas y agustinianas, de aquí que se tenga, al menos inicialmente, un carácter netamente antilegalista.

Lutero niega la organización jurídica y jerárquica de la Iglesia, ya que la Iglesia está constituida por los verdaderos cristianos, que no tienen necesidad de leyes; pero la negación del juridicismo eclesiástico no comporta la del Estado y su derecho, necesarios, puesto que en realidad los hombres no siempre son verdaderos cristianos.

¹³⁶ TRUYOL y Serra. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, p. 32

¹³⁷ Cfr. *Institutio principis christian.*, Apud. FASSO. op. cit. p. 32.



El fundamento del poder legítimo, no es, por consiguiente, sólo el Derecho, sino el uso de la fuerza por el Estado para hacerlo respetar.

El poder político, que Lutero ve ante todo como superioridad e individualizado en los príncipes y en las ciudades y los magistrados, es así una institución querida por Dios, cuya función consiste en asegurar que puedan satisfacerse las necesidades de la persona temporal y en última instancia reprimir sus desórdenes.

Truyol¹³⁸ establece que una consecuencia fundamental de la teoría de los dos reinos o regímenes de Lutero afecta al derecho de resistencia de los súbditos frente a los príncipes que se exceden en el ejercicio de su poder.

Cabe deliberar quien cuestiona más las estructuras de la iglesia y del status quo religioso y del mundo Lutero o Calvino o Don Quijote, no debemos de olvidar lo que éste último le dice a su escudero, Con la Iglesia hemos topado Sancho. Quien más anticlerical que Don Quijote quien se pasó cuestionando el poder que se le atribuía a la jerarquía católica.

2.5.4 Zuinglio y Calvino

Ulrico Zuinglio (1484 – 1531) se ocupa de la distinción entre el plano de la conciencia individual interior, que es la que actúa la libertad del cristiano, y el plano societario, en el que es necesaria la subordinación a la ley objetiva; esta distinción se formula de modo particularmente preciso, diferenciando entre los imperativos que actúan en el interior de la conciencia, y no miran sino al sujeto particular, y los imperativos que se refieren a las relaciones con los demás hombres.

Zuinglio establece que si es verdad que toda potestad viene de Dios, lo es también que se debe obedecer a Dios antes que a los hombres, con lo cual se establece un límite a la validez de la justicia humana.

Juan Calvino (1509 – 1564) afirma la libertad del cristiano ante la ley, fundándose en la distinción entre una justicia humana y una justicia que viene de Dios. El Estado y su orden son por ello necesarios al hombre, incluso para mantener el otro orden, el religioso, a fin de eliminar a los idólatras, la blasfemia contra el nombre de Dios y su verdad, y demás escándalos contra la religión; el Estado y su Derecho se convierten de esta forma en instrumentos necesarios de la religión, del inicial antilegalismo y la afirmación de la libertad de conciencia se pasa a la teorización de la teocracia.

Calvino afirma que la ley de Dios obliga, ciertamente al gobernante lo mismo que al súbdito, pero sólo a Dios compete su castigo en caso de infracción de la misma por quien ejerza el poder.

Por el contrario Don Quijote encuentra el fundamento de la ley y del origen del convencimiento de bienestar general en la razón, es decir, Don Quijote racionaliza el poder, aunque también lo cuestiona con el gobierno de Sancho, donde éste gobierna basándose en una comprensión tradicional de las cosas, o sea, a veces hasta la razón es innecesaria, o quizá hasta la tradición y la costumbre sean racionales.

¹³⁸ TRUYOL. op. cit. p. 53

2.5.5 Melantone

Felipe Melantone (1497 – 1560) elaboró la doctrina protestante del Derecho Natural, que habrá de tener un importante papel en la filosofía moral y jurídica. Con él persiste la identificación de la ley natural con el Decálogo, pero ya la causa no se reducirá más, voluntaristamente, a la ley revelada, sino, como se contenía en los primeros padres de la iglesia griegos, porque el Decálogo está proyectado como compendio de Derecho Natural, cuyo principal motivo de validez es ser expresión de la razón.

Para Melantone, la naturaleza caída conserva la facultad de conocer ciertos principios universales, de los que es posible extraer, mediante el razonamiento reglas prácticas de un recto vivir. En ellas han de inspirarse las leyes positivas humanas, cuyo objeto es, a diferencia de la ley divina, dirigida a las obras internas, la prescripción o prohibición de obras externas, o sea, del comportamiento.

Existe coincidencia entre lo que establece y lo afirmado por Don Quijote, quien afirma que las leyes deben de ser creadas por los mismos hombres, utilizando la razón y no deben de tener un origen religioso, ya que regulan conductas humanas.

2.5.6 Vitoria y Soto

Francisco de Vitoria (1492- 1546), para él el problema del Derecho internacional y el de su fundamento se estructura de esta forma en los términos modernos planteados por la realidad de la pluralidad de Estados soberanos, fuera ya de la concepción medieval de una comunidad política universal. Aparece ya en Vitoria la teoría contractualista, desarrollada en relación con el origen, no de la sociedad, sino de la forma de gobierno. Vitoria¹³⁹ establece que el poder es confiado al Rey por la República de la comunidad, y el Rey posee la facultad de hacer las leyes, se encuentra vinculado por las leyes que él mismo ha hecho.

Vitoria ve en la comunidad política una institución de derecho natural, autónoma en el ámbito del fin temporal del hombre. La *respublicae* nace de una sociabilidad natural del hombre que, según Vitoria, rebasa, por la complejidad de las necesidades que permite satisfacer, el ámbito de la familia.

Para Vitoria el poder reside inmediatamente en la comunidad como tal. Esta constituye sobre sí al gobernante, el cual queda sometido no sólo al derecho divino y natural, sino también el derecho positivo mientras no proceda a su derogación.

Domingo de Soto (1494- 1560), confiere notable importancia a la distinción tomista entre los dos modos en que el derecho positivo se une a la ley natural.

Soto divide al derecho humano en *ius gentium* y *ius civile* configurado el, *ius gentium* como el que contiene los preceptos derivados de los primeros principios de la ley natural *per modum conclusionis*, mientras el *ius civile* procede de dichos principios *per modum determinationis generis per speciem*.

El gobierno de Sancho Panza es derivado no del convencimiento de la sociedad sobre la que ejercerá su poder, sin embargo por los actos ejercidos por éste, la sociedad establece su convencimiento posterior y por ello Sancho es invitado a quedarse gobernando en la insula.

¹³⁹ Cfr. Relectio de Protestae Civili. p. 7. Apud FASSÓ. op. cit. p. 58

2.5.7 Molina, Bellardino y Mariana

Luis de Molina (1535 – 1600) en su doctrina filosófico-jurídica el aspecto más importante es el acento que pone sobre la posibilidad de que el derecho natural varíe adaptándose al objeto, que cambia según las circunstancias históricas. El derecho natural nace de la naturaleza del objeto, y varía por esto por la variación de éste. Su variabilidad es distinta de la del derecho positivo, ya que consiste no en una mutabilidad de la ley, que en sí es inmutable, sino en la de la circunstancia en que se aplica.

Truyol¹⁴⁰ afirma que la necesidad del concurso de la razón y de la voluntad para su génesis, tratando de superar el antagonismo entre intelectualismo y voluntarismo con la referencia a la prudencia política, es parte importante de la filosofía de Molina.

Roberto Bellardino (1542- 1621), establecía que la ley, natural o positiva, divina o humana, es siempre participación de la ley eterna, y así quien viola cualquier especie de la ley peca siempre contra la ley eterna. La ley obliga siempre en conciencia, incluso si, por una imposible hipótesis, existiese una ley que no proviniera de Dios.

Él establece que la iglesia es por su fin la sociedad más perfecta. Gobernada por el Papa, su forma monárquica de gobierno es de derecho divino. Este consagra la primacía del poder papal, por un lado sobre el concilio y, por otro, sobre el poder civil en cuanto afecte al bien espiritual. También el poder civil tiene origen divino, aunque mediato, pero se halla condicionado en su ejercicio por el bien espiritual de los súbditos, encomendado a la Iglesia.

Juan de Mariana (1536 – 1623) asegura que la ley se origina por la duda del pueblo acerca de la equidad e imparcialidad del príncipe, a quien en un primer momento los hombres, en la construcción del Estado, se confiaron.

Él asegura que la sociedad civil surgió de un estado de naturaleza primitivo, caracterizado por la precariedad: dada su indignidad y su debilidad, los hombres están constreñidos a la sociedad civil y un poder que instaure entre ellos la paz y la justicia. La legitimidad del poder real descansa en el consentimiento de los ciudadanos.

2.5.8 Fernando y Gabriel Vázquez

Fernando Vázquez de Menchaca (1512 – 1569) afirma que el Derecho natural es la recta razón innata en el género humano, haciendo de tal razón, un mero instrumento de notificación al hombre de los decretos del absoluto arbitrio de Dios.

Vázquez de Menchaca adopta la definición del derecho natural de Ulpiano, que lo hace extensivo a todos los animales, a los irracionales como a los racionales. Dentro de este concepto amplio, acota a otro, estricto, privativo de la especie humana: el *ius gentium naturale, primaevum o primum*, que fue dado al hombre desde un principio, caracterizado por la indefectibilidad y la irrenunciabilidad. Hay además un *ius gentium secundarium*, producido por la humanidad y que no participa de las dos notas del primero: es un derecho positivo, desarrollando históricamente a partir del *ius civile* de los distintos

¹⁴⁰ TRUYOL, op. cit. p. 171

pueblos, por vía de progresiva difusión, campo propio de instituciones como la propiedad, la guerra y la compraventa.

Gabriel Vázquez (1551 – 1604) reconoce que la ley positiva, tanto divina como humana, es esencialmente un acto de voluntad, de la ley natural escribe que a veces no está fundada en voluntad alguna.

Para él la ley es un acto del entendimiento que supone otro acto de la voluntad, radicando su carácter formal de ley en imperar o mandar. Configura al derecho de gentes como un derecho entre sociedades diferenciadas de hombres.

2.5.9 Suárez

Francisco Suárez establece que la ley consta de un acto que es a la par del intelecto y de la voluntad, no pudiendo no remontar a un legislador el carácter obligatorio que la ley por su propia esencia comporta.

Según Suárez el poder político, como todas las cosas, tiene su primera fuente en Dios; pero inmediatamente, deriva de la voluntad y del consentimiento del pueblo. Es decir, la autoridad gubernativa o política puede transferirse a un jefe y determinarse de varios modos, sobre la base del gobierno común.

La ley para Suárez es un acto intelectual, en cuanto contiene determinaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero considerada en el legislador, la ley supone, además del momento intelectual, un acto de voluntad por virtud de la cual obliga a aquellos a quienes va dirigida.

Don Quijote afirma que el poder político tiene su origen en la razón, con ello se confirma la racionalización de poder o de darle poder a la razón, que sostiene Don Quijote.

2.5.10 Bodin

Juan Bodin (1530 – 1596) trata de la organización del Estado con método racional no dogmático. Él afirma que en todo estado debe haber un poder supremo, uno e indivisible, no hay Estado sin poder soberano. Los caracteres esenciales de la soberanía, consiste en que sea absoluta o perpetua.

Bodin establece que la existencia de una pluralidad de sociedades políticas igualmente soberanas introduce una nueva limitación de la soberanía en sus relaciones recíprocas, por cuanto el derecho natural impone el respeto de las promesas, sin excluir las que el soberano hace a los súbditos u a los demás soberanos.

Para él existe un condicionamiento geográfico – físico del carácter de los pueblos y de sus instituciones, esto es lo que se conoce como teoría de las revoluciones.

Giorgio Del Vecchio¹⁴¹ establece que la soberanía en Bodin comprende en primer lugar las leyes. Pero aquel que hace las leyes, dice, no puede estar sometido a ellas, sino que permanece como superior a las mismas; el soberano, por consiguiente, está sólo sometido a las leyes divinas y naturales. Pero en el

¹⁴¹ DEL VECCHIO Giorgio. Filosofía del Derecho, p. 45



orden jurídico positivo, la soberanía es necesariamente absoluta; frente al soberano el pueblo tiene solamente deberes, pero no derechos. La libertad es así sacrificada a la autoridad.

No debemos desatender que Cervantes en otra de sus obras, el Licenciado Vidriera utiliza al igual que Bodin, el término República como sinónimo del concepto Estado. Pero a diferencia de Bodin, en el Estado que concibe Don Quijote los gobernantes también deben de ajustarse a lo dispuesto por las leyes.

2.6.- EL DERECHO EN LA ÉPOCA DE CERVANTES

El derecho en la época de Miguel de Cervantes Saavedra, es decir, en el siglo XVI, principalmente estaba comprendido en lo que se conoce como las partidas de Alfonso X, a quien se presenta como el sabio; y la otra obra es lo que se introduce con el nombre de Leyes de Indias, de las cuales haremos referencia a continuación.

Las siete partidas, atribuidas al Rey sabio de Castilla, Alfonso X, fue el cuerpo legislativo más relevante de la época, así como el máximo exponente de la recepción del derecho común en España.

España precedió a todas las naciones de Europa en la redacción del Código más acabado que tenemos, superior a todos los de la Edad Media: Las siete partidas.

Las partidas inician con un prólogo donde después de invocar a Dios, se exponen los fines de la obra, el primero de los cuales es ilustrar a los reyes, sus sucesores, para que sean capaces de gobernar manteniendo a los pueblos en justicia y paz, y el segundo ilustrar a los súbditos para que conozcan las verdades que les atañen en lo religioso y en lo jurídico.

La primera partida: trata del estado eclesiástico e cristiana religión. El rey legislador temporal en la primera ley, se arroga la atribución de legislar sobre materia religiosa y moral.

Octavio Bunge¹⁴² dice que la partida I, es a la par la más extensa, la más defectuosa por su forma, y la que por su fondo provocó más dificultades en su aplicación y motiva hoy el más adverso juicio de la historia.

La segunda partida: que habla de los Reyes, e de los grandes señores de la tierra, que la han de mantener en justicia e verdad.

Está dedicada al Derecho político y en tal sentido puede considerarse un extraordinario aporte a la ciencia política donde a través de las instituciones medievales y de la fusión inmadura y a veces contradictoria de todos los factores que convergían a su formación, se logran establecer principios de permanente vigencia.

La tercera partida: que habla de la justicia e como se ha de hacer ordenadamente en cada lugar, por palabra de juycio e por obra de fecho, para desembargar los pleytos.

¹⁴²Cfr. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA t. XXI, p. 552



El derecho procesal civil está incluido en esta partida: por no decir que casi está dedicada a él. Es decir, en esta partida están contenidas las principales reglas procesales. Incluso se ocupa de los recursos de revisión y nulidad, de la ejecución de sentencias.

La cuarta partida: que habla de los desposorios e de los casamientos.

Se legisla sobre la familia siguiendo los moldes del derecho romano y canónico y desdeñando la tradición española manifiesta en el derecho foral, donde se encuentran gérmenes de una más avanzada concepción del lugar de la mujer en la vida social.

La quinta partida: que habla de los Empréstitos e de las vendidas, e de las compras e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre sí, de la cual natura quier que sean.

La sexta partida: que habla de los testamentos e de las erencias.

La setena partida: que habla de todas las acusaciones, e maleficios, que los omes fazen; e que pena merecen auer por ende.

Es decir, esta partida se ocupa del derecho penal y de los procedimientos penales. Las penas dispuestas en las leyes de partidas son: muerte, perdimiento de algún miembro, trabajos forzados, cárcel, destierro, confiscación de bienes, pena pecuniaria o multa.

En resumen podemos establecer que la primera partida trata de las fuentes del derecho y de la santa fe católica; organización de la iglesia y demás aspectos del derecho canónico; la segunda de derecho público: el poder de los reyes, emperadores y autoridades de menor rango, sus obligaciones para con el pueblo y la lealtad de éste para con sus gobernantes. Se ocupa también de cuestiones militares; la tercera contiene el derecho procesal. esto es, la organización de los tribunales y el procedimiento; la cuarta del matrimonio; la quinta de los contratos y otras instituciones del derecho privado; la sexta de las sucesiones; y la séptima del derecho penal y penitenciario.

Debemos de recordar que muchas de las figuras jurídicas que eran reguladas por éste cuerpo normativo, son retomadas por Miguel de Cervantes para hacer referencia a ellas en sus obras literarias.

Beatriz Bernal¹⁴³ establece que las partidas contienen derecho común (romano y canónico) y en menor grado derecho feudal, relegando al mínimo el derecho real castellano. Tienen más carácter doctrinal que legal, aunque se nota la importancia que conceden a la ley sobre los usos, costumbres y fueros, siguiendo con esto el sistema romano - canónico. Su redacción, artística y literaria, y su avanzada sistematización, fueron causas, en buena parte, del gran éxito que obtuvieron entre los juristas.

Otro de los documentos jurídicos importantes en la época de Cervantes era lo que se conoce como Leyes de Indias, las cuales siguieron en su estructura los principios establecidos en el *Corpus Juris Civilis* del emperador Justiniano y en la Nueva Recopilación de Castilla.

Guillermo Cabanellas¹⁴⁴ dice que puede afirmarse que las leyes de indias es aquél conjunto de leyes dictadas y puestas en vigencia por España, para el gobierno de sus territorios de ultramar.

¹⁴³ BERNAL. Cfr. *NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO Mexicano* P.-Z. p. 3464

¹⁴⁴ CABANELLAS Guillermo. Cfr. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA I. XVIII* p. 367

Beatriz Bernal¹⁴⁵ establece que debemos de entender como leyes de indias el conjunto de disposiciones legislativas indianas reunidas y promulgadas como cuerpo legal, para regir en las indias occidentales.

Arzeno y Durant¹⁴⁶ asegura que las leyes de indias significaron un conjunto de disposiciones legales dictadas por España para la protección y tutela del indígena, inspirándose en el benevolente tratado que debería darse al indio.

Desde los comienzos del siglo XVI y ante la nueva realidad del descubrimiento y colonización de América, surgió la necesidad de elaborar un derecho especial para gobernar tan bastos y diversos territorios.

Se asegura que la finalidad de estas leyes era la defensa del indio. Por ello se puede afirmar que las leyes de indias representan la expresión concreta, total, eficaz y lograda del espíritu de la España colonizadora, que se condensa en leyes que dan forma y relieve y categoría a un generoso sentimiento de humanidad.

Algunos autores mexicanos¹⁴⁷, entre ellos Trueba Urbina señala que las leyes de indias constituyen verdaderos monumentos jurídicos y eran muy sabias y muy humanas; en tanto que De la Cueva afirma que es una lástima que el esfuerzo de las leyes de indias se hubiese perdido y que la revolución de 1910 encontrara a México, desde el punto de vista de la reglamentación del trabajo aún más atrasada que en la colonia.

Entonces podemos deducir que en la materia que mayor reglamentación hubo en las leyes de indias es, la materia laboral ya que tenía reglamentado entre otras cosas: a) el trabajo de las mujeres y los menores; b) la libertad de trabajo; c) Disposiciones contra la vagancia; d) el régimen de salarios: estableciendo entre ello: un justo salario y salario mínimo; limitación al salario; prohibición del pago de salarios en especie; e) jornada de trabajo y descansos; f) accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; g) limitación a los precios; h) otras cláusulas de protección y i) algunas sanciones.

Recordar el pasaje donde Don Quijote exige que le sean cubiertos los salarios que se le adeudaban a aquel trabajador que estaba siendo maltratado por su patrón, nos hace ver cual fue la relevancia que este tipo leyes tuvieron sobre Miguel de Cervantes, ya que Don Quijote demuestra que tiene una concepción clara de la defensa de los derechos laborales.

Por todo lo anterior se puede señalar que en esa legislación se encuentra, por primera vez, la doctrina de la justicia social como fin del Estado.

Capitán y Lorin¹⁴⁸ afirma que es bien sabido que no son suficientes las leyes si no son seguidas de un sistema adecuado que lleve a su cumplimiento. Las leyes de indias proveyeron de los órganos necesarios a fin de hacer efectiva su ejecución, siendo el principal el Consejo de Indias, creado ya por Fernando el Católico en 1511 y reorganizado por Carlos V en 1524, estando compuesto por altos dignatarios, laicos y eclesiásticos, presididos por el propio Rey. Tenía por función el Consejo en nombrar los virreyes y los principales funcionarios; ordenaba las investigaciones sobre el terreno

¹⁴⁵BERNAL. Cfr. NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO Mexicano P- Z, p. 3192

¹⁴⁶ARZENO y DURANT. Cfr. Notas Sobre Legislación Industrial y Obrera. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA t. XVIII, p. 373

¹⁴⁷Cfr. Ibid. 371

¹⁴⁸Cfr. Impresión General Acerca de las Leyes de Indias. Ibid. p. 384

donde surgían luego los reglamentos leales, y actuaba como tribunal supremo, recibiendo las apelaciones de los juicios fallados por las audiencias en las indias, velando además por mantener entre los magistrados y gobernantes una mutua independencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO III

ALGUNOS CONCEPTOS Y FIGURAS JURÍDICAS CONTENIDAS EN DON QUIJOTE DE LA MANCHA Y SU VINCULACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO

3.1 CONCEPTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTENIDOS EN DON QUIJOTE DE LA MANCHA

3.1.1.- El Poder Primera Parte Capítulo LII y Segunda Parte Capítulos II, III, XIII, XXXIII

De manera introductoria señalaremos, previamente lo que debemos entender por los valores, ya que los conceptos antes mencionados deben de ser considerados valores del Derecho.

Para Scheler¹⁴⁹ los valores son cualidades irreales de las cosas. Luis Villoro¹⁵⁰ establece que podemos entender por valor aquellas características por las que un objeto o situación es término de una actitud favorable.

La polaridad o bipolaridad de los valores, es el hecho que estos se dan siempre en una graduación bipolar, están entre un polo positivo y uno negativo, y entre estos polos hay una gradación de matices imperceptibles, por lo que resulta imposible determinar exactamente cuál es el punto medio entre ambos polos, o sea, cuál es el momento en que pasamos del polo positivo al polo negativo.

Paralelamente o independientemente a esta característica de la bipolaridad, esta lo que Scheler denomina la jerarquía de los valores. En un solo ámbito de sentido o en distintos ámbitos de sentido se da la jerarquía como una especie de altura de los distintos valores.

Un valor, no es un estado: es una cualidad puede realizarse más o menos pero nunca llega, es fuente de sentido; no determina un futuro, sino que, por el contrario, abre a la existencia humana el futuro indeterminado¹⁵¹.

De manera doctrinal, los valores se entienden en dos sentidos: como valores objetivos o como valores subjetivos, dependiendo si se los estudia de acuerdo a las cualidades del objeto o del sujeto.

El objetivismo, cuyo máximo representante de la corriente fenomenológica sería Scheler, en forma muy sintética puede expresarse de la siguiente manera: nosotros apreciamos los valores porque los valores valen.

Planteado como relativismo histórico, el antiobjetivismo se hace más difícil de refutar porque, a primera vista no se ve razón alguna que otorgue a una época mayor predicamento o en autoridad respecto de otra, en las diferentes valoraciones que, a través del tiempo han tenido. No se comprende

¹⁴⁹ Cf. AFTALIÓN. op. cit. p. 769

¹⁵⁰ VILLORO Luis. El Poder y el Valor. p. 13

¹⁵¹ El futuro indeterminado, abierto por el valor, no tiene otro límite que el horizonte de la muerte. De ahí que, según Carlos Cossio, el valor es una categoría de futuridad de la plenaria existencia humana. Carlos COSSIO. La Teoría Ecológica. p. 240

cómo puede calificarse de errada a una civilización e incluso algunos de nosotros, pueden sostener que la valoración adecuada no es la nuestra sino, precisamente, la que calificamos como equivocada.

Luis Villoro¹⁵² llama a lo que en este trabajo se denomina valores objetivos, valores intrínsecos, que son aquellos que se reconocen en la aprehensión directa, en la experiencia vivida, del objeto valioso y se realiza cuando se hace presente. Es decir aquel que apreciamos por el mismo.

Max Müller¹⁵³ dice que objetivamente los valores son los que en el ente mismo (una persona o una cosa) representa la razón de un precio legítimo, lo que por tanto permite que tal ser sea constituido en meta o fin de un querer justificado, no sólo fáctico.

Scheler¹⁵⁴ afirma que la apreciación de un querer, de un obrar, etcétera, no encuentra en los actos un valor que esté puesto por sí mismo en ellos, ni tampoco en que regirse aquella apreciación por ese valor, sino que el valor moral está dado tan sólo en o mediante aquella apreciación, cuando no es producido por ella.

Finalmente sólo queda por señalar que lo antes expuesto encuentra utilidad cuando la teoría absolutista sostiene que el valor es el fundamento de todos los actos.

Don Quijote al respecto, toma la posición de que los valores a los que él hace referencia, entre ellos el poder, la libertad y la justicia, por sólo mencionar algunos, deben de ser considerados en sí mismo, es decir, que ellos valen en cuanto justicia, poder y libertad.

El subjetivismo, en cambio, hace una formulación inversa: para él los valores valen porque nosotros los apreciamos.

El subjetivismo plantea así un relativismo en materia de valores, ese relativismo, cuando pretende ser absoluto, se supera poniendo de manifiesto que, en definitiva se vive en comunidad, se comparte coexistencialmente un sujeto cultural y hay una objetividad que resulta de esta intersubjetividad, en la cual se puede compartir el mismo sentido o valor.

Pero hay un relativismo más refinado y menos absoluto que no supedita los valores al arbitrio de cada individuo, sino que sostiene la relatividad de los valores respecto a cada comunidad histórica, a cada civilización.

Max Müller¹⁵⁵ establece que subjetivamente es aquella propiedad que corresponde a un ente (una persona o una cosa) por el hecho de que sea apreciado, apetecido, querido fácticamente por alguien o por un grupo de personas, que sea por tanto reconocido como meta de la voluntad propia o ajena.

José Ferrater Mora¹⁵⁶ asegura que el valor es fundado en la subjetividad, en el agrado o desagrado, en el deseo o repugnancia, en la atracción o repulsión, que son actitudes necesariamente vinculadas al valor, pero que no puedan constituir la esencia del mismo valor.

¹⁵² VILLORO L. op. cit. pp. 16,17

¹⁵³ MÜLLER Max. Breve Diccionario de Filosofía. p. 443

¹⁵⁴ Esta es conocida como teoría de la apreciación. FERRATER Mora. Diccionario de Filosofía Tomo IV O- Z. p. 3375

¹⁵⁵ MÜLLER Max. op. cit. p. 443

¹⁵⁶ Esta doctrina se conoce como el nominalismo de los valores. FERRATER M. op. cit. p. 3374

Luis Villoro¹⁵⁷ establece que los valores subjetivos (a los que él llama valores extrínsecos), son aquellos que se conocen por su propiedad de propiciar la realización de otra situación o la presentación de otro objeto provistos de valor intrínseco y sólo se realiza en la medida en que se tenga esa propiedad. Es decir, concedemos valor extrínseco, no sólo a aquello que produce actualmente algo con valor intrínseco, sino a lo que tiene las propiedades de producirlo o de ayudar a su realización, aunque no lo haya hecho.

Todo lo anterior encuentra su explicación en la teoría relativista de los valores que sostienen que los actos de agrado y desagrado son el fundamento de los valores.

Por el contrario a las anteriores posiciones, Don Quijote aprecia los valores, pero los aprecia porque sabe que los conceptos ya mencionados, tienen validez en sí mismos, no porque él lo sepa apreciar o tenga agrado por ellos.

El primero de los conceptos a analizar, es el poder, Antonio Raluy Poudevira¹⁵⁸ establece que el poder es el dominio, imperio, facultad y jurisdicción, para mandar o ejecutar una cosa.

Mario Stoppino¹⁵⁹ asegura que en su significado más general, la palabra poder designa la capacidad o posibilidad de obrar, de producir efectos; y puede ser referida ya sea a individuos o grupos humanos como objetos o fenómenos de la naturaleza. Sin embargo entendido en sentido específicamente social, esto es en relación con la vida del hombre en sociedad, el poder se precisa y se convierte, de genérica capacidad de obrar, en capacidad del hombre para determinar la conducta del hombre.

Maurice Hauriou¹⁶⁰ define al poder diciendo que es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho.

El poder es pues, el elemento de la libertad, fuerza y superioridad en el Estado. A él le toca crear, definir y mantener el orden jurídico.

Es por ello que Don Quijote¹⁶¹ establece que *Y por ahora estad contenta, que siendo Dios servido de que otra vez salgamos en viaje a buscar aventuras, voz me veréis presto conde, o gobernador de una insula, y no de las de por ahí, sino la mejor que pueda hallarse.*

Aquí se nota la felicidad de Sancho Panza, ya que por su carácter humanista, no sabe doctrinalmente pero intuye, que en el momento que detente el poder, tendrá en sus manos la felicidad o buen desarrollo de todas aquellas personas que se sometan a su poder, lo que sí sabe, es que con sus actos lo puede lograr.

Un modo de medir el poder es el de determinar las diferentes dimensiones que puede tener la conducta que es su objeto. Una primera dimensión del poder está dada por la probabilidad de que el comportamiento deseado se verifique. Una segunda dimensión está constituida por el número de hombres sometidos al poder. Una tercera dimensión consiste en lo que se ha llamado esfera de poder, con base en una escala de valores prevaleciente en una cierta cultura se puede decir que un poder que

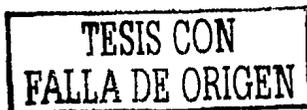
¹⁵⁷ VILLORO L. op. cit. p. 17

¹⁵⁸ RALUY P. op. cit. p. 345

¹⁵⁹ STOPPINO. Apud. BOBBIO. op. cit. p. 1217

¹⁶⁰ HAURIUO. Apud GONZÁLEZ Uribe. *Teoría Política*. p. 220

¹⁶¹ CERVANTES. *Don Quijote de la Mancha*. p. 338



concierno a una cierta esfera tiene un peso mayor o menor que otro concerniente a una esfera diferente.

*Yo – replicó Sancho- ya he dicho a mi amo que me contento con el gobierno de la insula: y él es tan noble y tan liberal, que me le ha prometido muchas y diversas veces*¹⁶².

Principalmente se puede hablar de que existen tres tipos de poder: poder legal: que es especialmente característico de la sociedad moderna se funda en la creencia de la legitimidad de ordenamientos estatuidos que definen expresamente el papel del detentador del poder (fuente del poder la ley); poder tradicional: se basa en la creencia del carácter sacro del poder existente desde siempre (fuente del poder la tradición); el poder carismático: se basa en la sumisión afectiva a la persona del jefe y al carácter sacro, la fuerza heroica, el valor ejemplar o la potencia del espíritu y del discurso que lo distinguen de manera excepcional.

Existen tres métodos de investigación del poder: el método posicional: consiste en identificar las personas más importantes en aquellos que tienen una posición formal de vértice en las jerarquías públicas y privadas más importantes de la comunidad; el método estimativo: se funda esencialmente en el juicio de algunos miembros de la comunidad estudiada que, por las funciones o misiones que desempeñan, son considerados buenos conocedores de la vida política de la comunidad misma; el método decisional: se basa en la observación o en la reconstrucción de los comportamientos efectivos que se manifiestan en el proceso decisional del público.

El poder en general se divide en poder político y poder de derecho. Primeramente se hará referencia al poder político. Eduardo García Máynez¹⁶³ asegura que el poder político se manifiesta a través de una serie de normas y de actos normativamente regulados, en tanto que la población y el territorio constituyen los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico.

Para Maurice Haoriou¹⁶⁴ el poder político es a la vez, una libertad, una energía y una superioridad. El poder político realiza una empresa, esa empresa es de gobierno y el gobierno es de un grupo humano y finalmente el poder político gobierna por la creación continua del orden y del derecho.

Eduardo García Máynez¹⁶⁵ asegura que el Estado constituye una unidad, de aquí deriva como consecuencia necesaria el principio de la indivisibilidad de su poder. El principio de la indivisibilidad puede aplicársele tanto a los Estados soberanos como a los no soberanos.

El filósofo inglés Hobbes¹⁶⁶ sostuvo ya con gran énfasis, en el siglo XVII, la tesis de que la divisibilidad del poder político conduce a la disolución del Estado.

La justificación del poder político se complementa, por su parte, con el principio de legitimidad y el fenómeno de la legitimación. Uno se refiere al modo de transmisión del poder, y otro al ejercicio actual del mismo. Se dice que el poder es legítimo cuando su constitución y transmisión se realizan conforme a la ley, independiente de cuál sea la forma de gobierno, monárquica o republicana que adopte el Estado.

¹⁶² *Ibid.* pp. 402, 403

¹⁶³ GARCÍA M. *op. cit.*, p. 98

¹⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ U. *op. cit.* pp. 360, 361

¹⁶⁵ GARCÍA M. *op. cit.* p. 105

¹⁶⁶ Cfr. *Ibid.* p. 106

Este poder político tiene una serie de funciones y de órganos que le permiten cumplir con sus tareas respectivas. Es decir, el Estado siendo una persona moral y jurídica no tiene una conciencia y una voluntad propias, sino que llega al conocimiento de las cosas y toma sus decisiones a través del conocimiento y de la voluntad de las personas físicas que lo integran. En otras palabras, el Estado tiene órganos que lo representan.

El órgano del Estado, en su estructura más simple, consta de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El primero está constituido por un conjunto de atribuciones y poderes que la ley señala; en tanto que el segundo no es sino la persona que ejercita esa competencia estatal reconocida por la ley, a este segundo elemento se le llama titular del órgano.

Es decir *No es de comer – replico Sancho-, sino de gobernar y regir mejor que cuatro ciudades y que cuatro alcaldes de corte*¹⁶⁷.

Es impresionante lo revelador que resultan las situaciones y gestos de Sancho guiados la gran mayoría de las veces por el sentido común sin teorizar y plantear paralelos a grandes teorías políticas. Él admite claramente que el gobernar es una actividad que tiene un cierto grado de complejidad, pero claramente se percató de que con una actitud humanista, puede lograr realizarlo bien.

Jellinek¹⁶⁸ clasifica a los órganos en inmediatos y mediatos. Órganos inmediatos son aquellos que determinan la existencia misma de la asociación estatal; si desaparecen, ésta se desorganiza por completo o se transforma fundamentalmente. Los órganos mediatos son aquellos cuya situación no descansa de un modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual.

Los órganos inmediatos del Estado admiten varias subdivisiones. Hay ante todo, órganos creadores y órganos creados. A los primeros toca dar nacimiento jurídico, a otros órganos inmediatos. La actividad de los órganos de creación está limitada jurídicamente al acto de creación.

Otra distinción divide a los órganos en primarios y secundarios. Estos últimos son los que se encuentran, con respecto a otros, en una relación orgánica y lo representan de un modo inmediato. Los órganos primarios sólo pueden manifestar su voluntad a través del órgano secundario.

También existe la distinción entre órganos simples y potenciados. Es simple el que por su cualidad misma de individuo se ve llamado a ser titular de un órgano y potenciado aquel que por razón del oficio que desempeña, resulta también parte de otro órgano estatal.

Se dividen también en sustantivos o independientes. Independientes son aquellos que pueden exteriorizar una voluntad que y tiene fuerza para obligar inmediatamente al Estado y a sus súbditos; dependientes son aquellos que carecen de fuerza obligatoria.

Otra distinción que puede hacerse entre órganos normales y extraordinarios. Los primeros son aquellos que ejercitan sus funciones, dentro del orden constitucional ordinario, en un ambiente de paz, de un modo permanente y continuo. Los segundos son los que sólo entran en acción en circunstancias extraordinarias.

¹⁶⁷ CERVANTES. op. cit. p. 357

¹⁶⁸ JELLINEK. Apud. GONZÁLEZ U. op. cit. p. 367

Hay órganos independientes y dependientes, simples y de competencia múltiple. De especial importancia es la distinción entre órganos facultativos y necesarios, que corresponde a la organización del Estado de Derecho. Los facultativos son los que puede crear a su arbitrio, el jefe del Estado. Son órganos necesarios los que instituye el Jefe de Estado en cumplimiento de preceptos constitucionales y legales.

Héctor González Uribe¹⁶⁹ asegura que la teoría política suele hacer otras, se habla así de órganos simples (individuales o burocráticos) y órganos colegiados, atendiendo a su constitución íntima: de órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativo – ejecutivos, según la materia y el contenido de su potestad; de órganos ordinarios y extraordinarios, de acuerdo con su duración; de órganos centrales y locales, mirando el ámbito espacial de competencia.

Eso de gobernarlos bien – respondió Sancho- no hay para qué encargármelo, porque yo soy caritativo de mío y tengo compasión de los pobres¹⁷⁰.

Con esto Sancho demuestra la ideología humanista que rige su vida, ya que sabe que siguiendo los principios que regulan a la misma, podrá realizar un buen gobierno y con ello lograr la prosperidad de la comunidad que se somete al poder que él pudiese llegar a ejercer.

Por el contrario a lo antes señalado por poder de Derecho debemos entender lo siguiente: Poder legal para Max Weber¹⁷¹ es aquel que recibe su propia legitimidad por el hecho de ser ejercido en conformidad y en el ámbito de las reglas preconstituídas, y por lo tanto presupone órganos adecuadamente delegados a la producción y la continua modificación de estas reglas.

Para Maurice Haoriou¹⁷² el poder de derecho es aquel cuyos elementos internos están de tal manera dispuestos que, subordinándose el poder de dominación a la autoridad y a la competencia, resulta el poder dueño de sí mismo y pueda así consagrarse a su función.

La superposición. características de las teorías políticas y jurídicas, que acompañan la formación del Estado moderno, de la imagen del derecho como ordenamiento normativo relativamente centralizado con la del Estado como aparato para el uso de la fuerza concentrada, ha dado lugar a la persistente imagen del Estado de derecho, en la cual las dos ideas del derecho y del Estado están estrechamente ligadas al punto de constituir un solo cuerpo.

Respecto de dicha doctrina se pueden formular dos interpretaciones: una teórica y una ideológica. Teóricamente, expresa, la exigencia meramente científica de describir al Estado como ordenamiento jurídico y probaría que una teoría no ideologizada no puede ser construida sino como teoría jurídica.

Ideológicamente expresa el ideal del constitucionalismo moderno, es decir, el ideal del Estado limitado por el derecho, cuyos poderes actúan en el ámbito del derecho. Y cuya legitimidad depende del hecho de que su actuación se desarrolla dentro de los límites de reglas preconstituídas.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ U. op. cit. p. 369

¹⁷⁰ CERVANTES. op. cit. p. 516

¹⁷¹ WEBER. Apud. BOBBIO. op. cit. p. 457

¹⁷² HAURIU. Apud. GONZÁLEZ U. op. cit. p. 362

Para que se logre realizar el estado de derecho se requieren pues dos condiciones esenciales: el reconocimiento de la primacía de los valores éticos del derecho, con la consiguiente voluntad de someterse a ellos, y una técnica o conjunto de técnicas que hagan hacedera y práctica esa sumisión.

La figura del estado de derecho contemporáneo para que tenga una existencia no basta establecer una serie de técnicas para mantener al Estado en los límites del derecho e impedirle toda acción arbitraria y abusiva, sino que hay que señalarle una tarea positiva de servicio de los valores fundamentales de la persona humana y del bien común.

Cuando el derecho se ve envejecido y anquilosado, y deja de regir con justicia las relaciones sociales, el poder recobra su espontaneidad y dinamismo y trata de incorporar las nuevas ideas objetivas brotadas en el medio social en un ordenamiento jurídico que responda mejor a las aspiraciones y necesidades de los tiempos.

El poder del derecho se justifica, pues, por el origen de donde provienen sus dos elementos, minoritario y mayoritario, pero además por su estructura, que le da la posesión de sí.

A manera de conclusión debemos de establecer aquello que asegura Cervantes¹⁷³ acerca del poder *Es una ciencia- replicó Don Quijote- que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo.*

Queda claro que la concepción que tiene Don Quijote sobre el poder, y con ello de la labor de gobernar, es totalmente distinta a la noción que tiene de ello Sancho Panza, de éste último su concepción tiene su origen en el sentido común, exclusivamente regida por la concepción humanista de la vida, por el contrario la concepción de Don Quijote tiene su origen en la racionalidad del poder, es decir mientras la decisiones que toma Sancho respecto del poder son basadas en el conocimiento que tiene por la simple experiencia que le ha dado el transcurso de su vida, Don Quijote racionaliza sus decisiones, las cuales encuentran fundamento en algunas de las teorías políticas y jurídicas operantes en la época.

3.1.2 La Justicia Primera Parte Capítulo XI y Segunda Parte Capítulos XVIII y LX

Otro de los conceptos analizar es la Justicia de la cual suele afirmarse que es el fin al que tiende el derecho. Ya que el concepto clásico de justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo.

Antonio Raluy Poudevira¹⁷⁴ dice que la justicia es la virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo. Felix E. Oppenheim¹⁷⁵ establece que a la justicia se le debe considerar como noción ética fundamental y no definida.

Aristóteles¹⁷⁶ establecía que la justicia puede ser considerada como la virtud plena y excelencia en el verdadero sentido de la palabra. Para Carlos Cossio¹⁷⁷ la justicia es la creación de igualaciones de libertad.

¹⁷³ CERVANTES, op. cit. p. 430

¹⁷⁴ RALUY P. op. cit. p. 258

¹⁷⁵ Cfr. BOBBIO, op. cit. p. 847

¹⁷⁶ Cfr. Ética. Apud. Ibid. p. 847

¹⁷⁷ ARISTÓTELES. Apud. AFTALIÓN, op. cit. p. 820

John Rawls¹⁷⁸ establece que se presentan problemas de justicia cuando se proponen reivindicaciones puestas en la proyección de una actividad y cuando se da por descontado que cada uno insistirá, hasta donde sea posible, en lo que considera su derecho.

Hume¹⁷⁹ dice que la justicia tiene su origen únicamente en el egoísmo y en la limitada generosidad de los hombres, junto con los escasos recursos que la naturaleza ha dispuesto para sus necesidades.

San Agustín¹⁸⁰ sostenía que la justicia no se iba a alcanzar nunca en la tierra, y tenía razón, porque la justicia está fuera de las posibilidades de ser alcanzada por la historia humana ya que no es un fin.

El orden natural de la justicia se integra mediante cuatro géneros de justicias. La desaparición de alguno de estos tipos desarticula todo el orden natural y engendra la injusticia.

Por todo lo anterior es valido afirmar aquello establecido por Don Quijote¹⁸¹ *La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen.*

A Don Quijote le queda muy claro, que la justicia es uno de los valores que deben de regir a las sociedades, dejando a un lado lo que en su época se concebía como justicia divina y haciendo referencia a la justicia humana, ya que lo que se regulan son la conducta de los hombres y que son éstos mismos aquellos que logran aquejarla, desquiciarla u oprimirla.

Estos cuatro géneros son la justicia general; la justicia distributiva; la justicia social y la justicia conmutativa.

Santo Tomás¹⁸² establece que la justicia general es aquella que todos los miembros – ricos y pobres- deben a la comunidad.

Es aquella que los hombres buscan en orden a la convivencia. En consecuencia el objeto formal terminativo de la justicia general es constituir el todo comunitario. La comunidad antes de esto sólo esta prefigurada en la esencia común de cada uno; por ello de modo inteligente y libre, los hombres deben darle forma y actualizarla.

El sujeto beneficiario es aquel al cual se debe justicia es el todo social, la persona abstracta. Y los sujetos obligados a constituirarla son los hombres concretos.

La razón por la cual los singulares deben dar forma a la comunidad es la necesidad que ellos mismos tienen de que se constituya y funcione en su beneficio.

Las gentes no se reúnen en sociedad por el puro gusto de hacer derecho; lo que decimos es que si no hacen no podrán hacer todo lo demás que de hecho quieran hacer. Esta juridicidad convierte a una agrupación de hecho en un estado de derecho.

¹⁷⁸ RAWLS John. *Teoría de la Justicia*. p. 39

¹⁷⁹ Cfr. *A Treatise of human nature* libro tercero, parte segunda, segunda sección Apud. BOBBIO. op. cit. p. 847

¹⁸⁰ SAN AGUSTÍN. Apud. AFTALIÓN. op. cit. p. 793

¹⁸¹ CERVANTES. op. cit. p. 62

¹⁸² Él también la llama justicia social o legal. Cfr. AFTALIÓN. op. cit. p. 801



Edgardo Fernández Sabaté¹⁸³ asegura que cada género de justicia ha de tener un tipo, específico de norma. La norma propia que guía hasta la justicia general es la estatutaria, fundamental o constitucional.

Si se exalta la justicia general sobre las demás, todo el sistema cae en el totalitarismo. Si se suprime la justicia general queda suprimida la comunidad misma.

Aristóteles¹⁸⁴ establece que la justicia distributiva es la que se manifiesta en la distribución de cargas, de bienes materiales o de cualquier otra cosa que pueda dividirse entre los que toman parte en el sistema político.

Rescher¹⁸⁵ asegura que la tarea de una teoría de la justicia distributiva consiste en proporcionar la maquinaria en cuyos términos se puedan evaluar los méritos y deméritos relativos a una distribución, efectuando esta evaluación desde un punto de vista ético o moral.

Santo Tomás¹⁸⁶ advierte que la justicia distributiva es aquella que es debida por la comunidad a sus miembros.

La finalidad de una comunidad no queda en sí misma. El fin último es el de los miembros, no en tanto que individuos, sino en tanto que socios. Ese bien común se hace realmente común cuando es distribuido y administrado a todos los miembros.

El sujeto beneficiario es el hombre concreto en tanto que socio. La comunidad, por medio de los gerentes del bien común, tienen el deber de repartir lo que es de todos.

La razón suficiente por la cual la sociedad debe lo común a los socios es que éstos no pueden conseguir ciertos bienes sino mediante la vida en común. Aquello que se debe a los socios es lo que se consiguió por medio de la asociación a título de bien común.

Edgardo Fernández Sabaté¹⁸⁷ establece que la justicia distributiva usa un tipo de norma a la cual llamamos ley, incluyendo en tal denominación todas las resoluciones de los superiores respecto de los inferiores.

La primacía absoluta de la justicia distributiva conduce al vaciamiento del bien común. Si se elimina la distribución de lo común, la comunidad pierde su razón de ser.

Santo Tomás¹⁸⁸ asegura que la justicia conmutativa es aquella que los particulares se deben entre ellos. Por supuesto que el hombre es un individuo muy especial. Individuo es todo pedazo de materia recortado o sellado por la cantidad. La finalidad de la justicia conmutativa es regular el intercambio de bienes y de valores.

Las finalidades de la justicia conmutativa son individuales y singulares. El hecho de que muchos seres humanos estén vinculados por relaciones individuales no cambia la naturaleza de esta relación, es

¹⁸³ FERNÁNDEZ Sabaté Edgardo. Filosofía del Derecho. p. 308

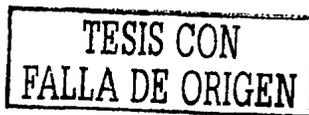
¹⁸⁴ Cfr. Ética. Apud. BOBBIO. op. cit. p. 847

¹⁸⁵ Ibid. p. 848

¹⁸⁶ SANTO TOMÁS. Apud. AFTALIÓN. op. cit. p. 800

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ S. op. cit. p. 112

¹⁸⁸ El llama justicia sinalagmática. Cfr. AFTALIÓN. op. cit. p. 800



decir, no convierte al conjunto en una relación común. En la conmutación o intercambio quien se beneficia es un hombre concreto en tanto que individuo.

Hay dos razones por las cuales una persona puede deber algo a otra: una por naturaleza y la otra por convención. Una persona debe algo por naturaleza cuando la otra así lo exige por el mero hecho de existir como ser humano. Una persona debe algo a otra por convención cuando ha prometido cumplir un acto determinado. Por esto lo debido a otro individuo es lo que señala la naturaleza o el contrato.

Edgardo Fernández Sabaté¹⁸⁹ establece que la norma que rige las convenciones es la que surge de los contratos, que son como la ley parcial.

Si se concede primacía absoluta de la relación de coordinación y la supresión de los demás. Sólo permanecen las relaciones de individuo a individuo. Si la supresión es total desaparecen todas las transacciones individuales.

Al respecto Don Quijote¹⁹⁰ afirma que *Ha de ser jurisperito, y saber las leyes de la justicia distributiva y conmutativa, para dar a cada uno lo que es suyo y lo que le conviene.*

Don Quijote sabe que el concepto de justicia puede ser entendido en distintos alcances, entre ellos sabe que todas aquellas personas que deseen ejercer una función gubernativa tendrán que conocer lo que se refiere a la repartición de los bienes dentro de una determinada comunidad, ya que si se ignora esto o se deja de lado, la comunidad puede llegar a perder su estabilidad interior.

Edgardo Fernández Sabaté¹⁹¹ establece que la justicia social es aquella que busca apoyar a la parte débil para ponerla en paridad de condiciones con la parte fuerte, evitando con ello el individualismo.

Desde muy antiguo los juristas se dieron cuenta de que la fuerza no puede prevalecer por sobre la justicia. Pero de hecho la fuerza existe bajo diversas formas. Como fuerza física, como fuerza económica, como fuerza intelectual, como fuerza autoritaria, el derecho debe de proteger a los hombres contra tales tipos de competencias. Esta protección es la finalidad propia de la justicia social.

Esta justicia es debida a la parte débil en las relaciones individuales, es decir, la protección es debida a la persona en tanto que individuo, y no en tanto que socio. La razón por la cual se debe algo al débil es su misma debilidad. Lo que se debe en razón de la equiparación es la asistencia necesaria para lograrla. Un exceso en dicha asistencia puede invertir la relación transformando al débil en fuerte.

Edgardo Fernández Sabaté¹⁹² establece que la norma propia de la justicia social, es la llamada ley de orden público. Una norma es de orden público, no cuando la ley positiva lo dice o no, sino cuando su finalidad es apoyar al débil.

La tiranía de los débiles convertidos en fuertes es peor que la de los otros, pues a la brutalidad agregan resentimiento. La supresión de la justicia social origina el individualismo crudo y la prepotencia del más fuerte.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ S. op. cit. p. 314

¹⁹⁰ CERVANTES. op. cit. p. 430

¹⁹¹ FERNÁNDEZ S. op. cit. p. 315

¹⁹² Idem.

Existen diversas teorías que han intentado dar una explicación de la función de la justicia y del mismo concepto, pero de ellas sólo haremos referencia a dos, la de Gustav Radbruch y la de John Rawls.

Gustav Radbruch¹⁹³ continúa las investigaciones de Lask que ven a la justicia como un tema propio de la axiología, como un valor. Él acepta las conclusiones de Aristóteles, según las cuales la justicia es un valor de alteridad en el cual se da, de algún modo, la nota de igualdad. Acepta también la división de justicia en distributiva y sinalagmática. Pero señala que todo ello peca de ser excesivamente formal. ¿De dónde habrá de venir un contenido que nos permita salir de un concepto de justicia puramente formal? La respuesta es – para Radbruch- que siempre hay, detrás del aspecto puramente formal de la justicia, un aspecto vital y concreto que consiste en la adecuación de un fin. El dar a cada uno lo suyo va estar completado siempre por un fin a satisfacer. Con los fines entramos ya en el aspecto no racional de la justicia, porque el último fundamento de su instauración como fin es irracional. En los niveles más profundos no hay una decisión racional, lo que hay es una decisión que emerge de las profundidades del alma en virtud de la cual se toma posición frente a distintas posibilidades.

Radbruch señala que son tres las posibilidades de las finalidades que se van a aparear a la idea de justicia: 1) La teoría individualista que pone como fin supremo los fines individuales; 2) La teoría supraindividualista, que pone como fin supremo los valores de la comunidad, no ya al individuo aislado sino al conjunto o grupo social; 3) La teoría transpersonal, en la cual el fin supremo es la obra que va a desarrollar la sociedad o el individuo.

Según Radbruch la idea del derecho se compone de tres elementos: 1) el principio formal de la justicia, es decir la igualdad; 2) la adecuación al fin (librada a la batalla de las opiniones partidarias) y 3) la seguridad jurídica, es decir, la exigencia de algún orden positivo, cuya existencia es más importante que su justicia y su finalidad.

La otra teoría es la de John Rawls¹⁹⁴ que establece que el concepto justicia se rige por unos principios a saber son los siguientes:

- 1) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertad básica que sea compatible con una libertad similar para los demás.

Este principio rige las libertades básicas (como por ejemplo las libertades políticas de votar y ser elegido, la libertad de expresión y de conciencia, la libertad personal, etcétera).

- 2) Las desigualdades sociales y económicas habrían de ser conformadas de tal modo que cumplan las siguientes condiciones: a) que se espere razonablemente que sean ventajas para todos; y, b) se vinculen a cargos y empleos asequibles para todos.

Este principio se aplica haciendo asequibles los puestos y teniendo en cuenta esta restricción, disponiendo las desigualdades económicas y sociales de modo que todos se beneficien.

Rige entre los principios lo que Rawls ha denominado orden lexicográfico de prioridad: el esquema de libertades básicas debe ser igual para todos aunque en un esquema distinto pudiese favorecer a todos en la distribución de bienes. También el segundo principio ofrece, dentro del mismo, un orden de prelación, ya que la igualdad de oportunidades prevalece sobre la ventaja general.

¹⁹³ Cfr. AFTALJÓN, op. cit. p. 912

¹⁹⁴ RAWLS J. op. cit. pp. 194, 196, 207, 216, 223 y 234

La idea principal de la teoría de Rawls, es que el objeto del acuerdo original lo constituyen los principios de justicia. Es decir: éstos son los principios que personas libres y racionales, interesadas en promover sus propios intereses, aceptarían en una posición inicial de igualdad. Esta posición inicial de igualdad ha sido caracterizada como la posición original.

En la posición original los individuos conocen las leyes generales de la naturaleza, la economía y la sociedad; pero en todo lo que respecta a su propia situación debe escoger los principios de justicia tras un velo total de ignorancia. De esta forma se garantiza su imparcialidad a la hora de elegir tales principios.

Una sociedad que satisfaga los principios de la justicia, así entendida como imparcialidad, se acerca a todo lo posible a un esquema de asociación voluntaria ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales bajo condiciones de imparcialidad. En este sentido sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas.

Rawls denomina equilibrio reflexivo al método que usa para elaborar su teoría de la justicia. Este método tiene en cuenta nuestras intuiciones comunes respecto de situaciones o conductas justas o injustas pero no se basa solamente en ellas.

Vale decir que el método funciona a dos puntas pues permite correcciones tanto en la periferia de nuestro conocimiento, constituida por la experiencia (tal como se da en las instituciones éticas y políticas sobre lo justo), como que están en juego. Rawls sostiene que el proceso de ajuste mutuo de los principios y de los juicios (bien) considerados no es algo peculiar de la filosofía moral.

Finalmente sólo me queda por afirmar aquello dispuesto por Sancho Panza¹⁹⁵ *Según lo que aquí he visto, es tan buena la justicia, que es necesario que se use aun entre los mismos ladrones.*

Sin la racionalidad que caracteriza a Don Quijote, Sancho Panza esta plenamente convencido de la bondad de la justicia, pero lo esta porque sabe que, los hombres deben de disfrutar de una igualdad dentro del sistema jurídico y social en el que vivan, para lo cual esta absolutamente sugestionado de que ello sólo se logra en un sistema justo, es decir, dentro de un régimen que tenga como eje principal la justicia.

3.1.3 La Libertad Primera Parte Capítulos XXII y LII y Segunda Parte LIV y LVIII

Antonio Raluy Poudevira¹⁹⁶ establece que la libertad es la facultad natural del hombre de obrar de una manera o de otra, o de no actuar. Hume¹⁹⁷ establece que la libertad debe ser entendida como el poder de actuar o no actuar, de acuerdo con la determinación de la libertad.

Laski¹⁹⁸ dice que la libertad se puede definir como la afirmación por parte de un individuo o de un grupo de su propia naturaleza. Enrique Aftalión¹⁹⁹ asegura que la libertad es el supuesto de toda normación.

¹⁹⁵ CERVANTES. op. cit. p. 644

¹⁹⁶ RALUY P. op. cit. p. 266

¹⁹⁷ HUME. Apud. OPPENHEIM. BOBBIO. op. cit. pp. 941-942

¹⁹⁸ Ibid. p. 944

¹⁹⁹ AFTALIÓN E. op. cit. p. 393



Por libertad jurídica²⁰⁰ entendemos que es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos, esto en sentido negativo. En sentido positivo debemos entender que es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos. cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

Dentro de la libertad se da algo llamado determinismo e indeterminismo* por lo cual decimos que en un proceso no hay libertad cuando los estadios anteriores en el tiempo determinan en forma total y absoluta lo que va ocurriendo en los estadios posteriores.

El libre albedrío planteó la libertad como la posibilidad de opción como un ser racional, sin limitaciones consciente e inteligente, que elige en forma serena y racional entre el bien y el mal. Pero ahora sabemos bien que las cosas no son así, y comprendemos cómo es que nunca podría alcanzarse una superación o un acuerdo: los partidarios del determinismo se cansaron de demostrar cuáles son los factores que efectivamente determinan en cierto grado la conducta humana, mientras que los partidarios del libre albedrío se cansaron de mostrar cómo, a pesar de todo el hombre tenía libertad.

Aquí es donde adquiere relevancia aquello que señalaba Don Quijote²⁰¹ *En resolución – replicó Don Quijote-: como quiera que ello sea, esta gente, aunque los llevan, van de por fuerza y no de su voluntad.*

Don Quijote distingue que parte fundamental de la libertad, es la voluntad, es decir, para que podamos hablar de que alguien es libre, todos sus actos deben de ser regidos por su voluntad, o sea, el arranque de todos aquellos actos que se consideran libres debe de ser la voluntad.

Explicada la libertad como esa forma del tiempo en la cual hay una novedad en el futuro que no viene impuesta por el pasado, interesa todavía advertir antes de adentrarnos en la descripción de la libertad que si bien no podemos demostrar que ella exista en el universo tampoco puede demostrarse que no exista.

Es conocido el principio de indeterminación de Heisemberg: puede saberse qué posición ocupa una partícula si se renuncia a saber a qué velocidad se mueve o puede saberse a qué velocidad se mueve si se renuncia a saber que posición ocupa, pero no ambas cosas a la vez. Resulta de lo dicho que la observación completa del estado del universo al tiempo subcero es imposible y como éste es un presupuesto, como hemos visto de la noción misma de la necesidad, la tesis determinista resulta indemostrable.

²⁰⁰ GARCÍA M. op. cit. pp. 219 y 222

* Es la doctrina filosófica que afirma que cualquier acontecimiento, mental o físico, responde a una causa, y así, una vez dada la causa, el acontecimiento ha de seguirse sin posible variación. Esta teoría niega cualquier posibilidad al azar o a la contingencia. Se opone con la misma radicalidad al indiferentismo o indeterminismo, que mantiene que en aquellos fenómenos relacionados con la voluntad humana, los acontecimientos precedentes no determinan de un modo definitivo los subsiguientes. Dado que el determinismo es aceptado en líneas generales como verdadero para considerar todos los acontecimientos si se exceptúan los relacionados con la voluntad, la doctrina es de la mayor importancia en su aplicación a la ética.

²⁰¹ CERVANTES. op. cit. p. 128

La causalidad^{***} bien entendida constituye por lo tanto una hipótesis epistemológica: la hipótesis epistemológica fundamental que acompaña en cada caso a las hipótesis concretas que el científico lanza sobre los fenómenos para desentrañar las regularidades que se dan en ellos (leyes).

La causalidad debe ser entendida, pues, como una regla epistemológica fundamental (al menos para el campo de las ciencias no normativas) que dice más o menos: supongamos que el curso de los acontecimientos está determinado en forma necesaria.

Podemos afirmar que la libertad tiene una serie de límites^{****}. En primer lugar tenemos ciertos límites ontológicos que si son absolutos, la libertad choca contra ellos y nada puede hacer por superarlos. El pasado de cada uno funciona como un límite absoluto en la medida en que es inmodificable. También nuestra inserción en un momento determinado de la historia es una determinación absoluta.

Una vez que hemos señalado los pocos límites a la libertad que hemos visto, tenemos que la casi totalidad de los demás límites son relativos, es decir: si bien en un momento dado pueden aparecer como infranqueables, son superables por el ejercicio mismo de la libertad que parecen limitar.

Algo muy importante dentro del concepto de libertad y que nos ayuda a tener una visión más clara de su significado; son lo que se conoce como decisión^{****}, preferencia y opción. Las posibilidades

^{***} En la filosofía occidental, designa la relación entre una causa y su efecto. El gran filósofo griego Aristóteles enumeró cuatro tipos de causas diferentes: la material, la formal, la eficiente y la final. La causa material es aquella de la que está hecha cualquier cosa, por ejemplo, el cobre o el mármol es la causa material de una estatua. La causa formal es la forma, el tipo o modelo según el cual algo está hecho; así, el estilo de la arquitectura será la causa formal de una casa. La causa eficiente es el poder inmediato activo para producir el trabajo, por ejemplo la energía manual de los trabajadores. La causa final es el objeto o el motivo por el cual el trabajo se hace, es decir, el placer del propietario. Los principios que Aristóteles perfiló forman la base del concepto científico moderno de que estímulos específicos producen resultados modelados y generalizados bajo condiciones sometidas a control. Otros filósofos griegos, de forma relevante el escéptico del siglo II Sexto Empírico, criticaron los principios de causalidad.

^{****} Como es lógico, el reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual. La libertad se define como el derecho de la persona a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.

La naturaleza y extensión de las restricciones a la libertad, así como los medios para procurarlas, han creado importantes problemas a los filósofos y juristas de todos los tiempos. Casi todas las soluciones han pasado por el reconocimiento tradicional de la necesidad de que exista un gobierno, en cuanto grupo de personas investidas de autoridad para imponer las restricciones que se consideren necesarias. Más reciente es la tendencia que ha subrayado la conveniencia de definir legalmente la naturaleza de las limitaciones y su extensión. El anarquismo representa la excepción a todo esto, al considerar que los gobiernos son perversos por su propia naturaleza, y sostener que es preferible su sustitución por una sociedad ideal donde cada individuo observe los elementales principios éticos.

El equilibrio perfecto entre el derecho del individuo a actuar sin interferencias ajenas y la necesidad de la comunidad a restringir la libertad ha sido buscado en todas las épocas, sin que se haya logrado alcanzar una solución ideal al problema. Las restricciones son en no pocas ocasiones opresivas. La historia demuestra que las sociedades han conocido situaciones de anarquía junto a periodos de despotismo en los que la libertad era algo inexistente o reservado a grupos privilegiados. Desde estas situaciones hasta su evolución hacia los estados de libertad individual cristalizados en los gobiernos democráticos, conocidos en algunos círculos como 'la menos mala de las soluciones' respecto a ese deseo natural del hombre por ser libre.

^{****} La Teoría de decisión, es un estudio formal sobre la toma de decisiones. Los estudios de casos reales, que se sirven de la inspección y los experimentos, se denominan teoría descriptiva de decisión; los estudios de la toma de decisiones racionales, que utilizan la lógica y la estadística, se llaman teoría preceptiva de decisión. Estos estudios se hacen más complicados cuando hay más de un individuo, cuando los resultados de diversas opciones no se conocen con exactitud y cuando las probabilidades de los distintos resultados son desconocidas.

absolutamente incompatibles entre ellas encerradas en una situación cualquiera – siempre las hay- se admiten en cambio presentando limpiamente y hasta didácticamente en el tema de la libertad como preferencia que es una opción entre las alternativas.

Lo único que tenemos para esclarecer el proceso de la decisión libre es la preferencia que se otorga algunas alternativas con relación a otras. Pero esta preferencia puede ser, a su vez, más o menos reflexiva y deliberada y, por lo tanto, más o menos esclarecida.

Don Quijote²⁰² al respecto señaló *En una lo diré – replicó Don Quijote-, y es está: que luego al punto dejéis libre a esa hermosa señora, cuyas lágrimas y triste semblante dan claras muestras que la lleváis contra su voluntad y que algún notorio desaguizado le habedes fecho: y yo, que nací en el mundo para desfacer semejantes agravios, no consentiré que un solo paso adelante pase sin darle la deseada libertad que merece.*

La independiente disposición de cada uno de nosotros para la realización de nuestros actos es algo de lo que a Don Quijote le queda cabalmente claro, es por ello que dice lo antes mencionado, porque como lo hemos afirmado, para él la voluntad y la independencia en la decisión son dos cosas fundamentales, para el pleno disfrute de la libertad.

La reflexión al presentar un futuro como alternativa de posibles, un futuro problemático, deviene en cavilación y perplejidad en tanto este futuro sigue allí como problema. La deliberación es una nueva vuelta de tuerca de la reflexión por la cual trata el hombre de salir de esa situación.

Se trata ahora de pensar o repensar la situación, recorrer todos y cada uno de los elementos dados en la misma – presentando así quizá por primera vez algunos que no habían sido objeto de reflexión- y todo ello en función de las alternativas posibles como pros y contras de ellas.

El deseo es el atractivo o el llamado que nos hace, la apetencia que despierta en nosotros un ente cualquiera en el trato existencial plenario que podríamos tener con él, pero que este trato puede estar contenido entre las posibilidades dadas en la situación.

El deseo es un puro fenómeno interno y como tal es irrelevante, en cambio el querer se manifiesta en el ejercicio mismo de la libertad: no hay querer sin un acto externo, sin un hacer que lo manifieste.

Señala Don Quijote²⁰³ *Pase a Italia y llegue a Alemania, y allí me pareció que se podía vivir con más libertad, porque sus habitantes no miran en muchas delicadezas: cada uno vive con libertad de conciencia.*

Don Quijote no sólo enaltece la bondad de la libertad en lo que respecta a la realización de los actos, sino que además engrandece el hecho de que dentro de un sistema político, los habitantes tengan también la independencia de pensamiento, o sea, que se puedan conducir de acuerdo a lo que ellos crean o consideren que es lo apropiado para realizar o pensar, pero además aunado a la libre posibilidad de expresar lo que uno quiera, con los límites establecidos por la propia sociedad.

Existen posibilidades contenidas realmente en la situación que, sin embargo, no son posibilidades inmediatas²⁰⁴. Es decir, son posibilidades mediatas: 1) todas aquellas que no consisten

²⁰² *Ibíd.* p. 336

²⁰³ *Ibíd.* pp. 614-615

exclusivamente en un curso de mi conducta y 2) las que constituyen un curso de mi conducta para el cual no están dadas, sin embargo, todas las condiciones necesarias.

En el caso de las posibilidades contenidas solamente en forma mediata en la situación, ellas no pueden ser intencionadas por la voluntad en forma inmediata sino solamente como un fin propuesto a la misma, o, lo que es lo mismo, a alcanzar por la acción.

Finalmente sólo queda por señalar aquello asegurado por Don Quijote²⁰⁴ *La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.*

En último lugar Don Quijote concibe a la libertad no sólo como una de las condiciones para el libre desarrollo de los individuos de una sociedad, sino que la considera como un tesoro, es decir, para él no es útil que dentro de un sistema político, los gobernados no disfruten del máximo beneficio que se les puede otorgar, sino que además concibe al sistema político idóneo, como aquel en el que existen no sólo la igualdad y con ello la justicia, sino un pleno disfrute de la libertad.

3.2.- FIGURAS DE DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDAS EN DON QUIJOTE DE LA MANCHA

3.2.1- Las Penas Primera Parte Capítulo XXII y Segunda Parte Capítulos XLV, XLIX

El término pena deriva del latín *poena*, que significa castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta.

**** Hasta el siglo XX, la mayoría de los filósofos concebían la voluntad como una facultad distinta con la que toda persona nacia. Discrepaban, sin embargo, sobre el papel de esta facultad en la composición de la personalidad. Para una escuela de filósofos, notablemente representados por el filósofo alemán Arthur Schopenhauer, una voluntad universal es la realidad esencial y la voluntad de los individuos forma parte de ella. En su visión, la voluntad domina todos los demás aspectos de la personalidad del individuo: conocimiento, sentimientos y dirección en la vida. Una forma contemporánea de la teoría de Schopenhauer se halla implícita en algunas clases de existencialismo, como el enfoque existencialista expuesto por el filósofo francés Jean-Paul Sartre, quien considera la personalidad como el producto de opciones, y los actos como demostraciones de la voluntad encaminadas a conferir sentido al universo. Otros filósofos han estimado la voluntad como similar o secundaria a otros aspectos de la personalidad. Platón creía que la psique se dividía en tres partes: razón, voluntad y deseo. Para filósofos racionalistas, como Aristóteles, santo Tomás de Aquino y René Descartes, la voluntad es el agente del alma racional que gobierna los apetitos puramente animales y las pasiones. Algunos filósofos empíricos, como David Hume, no cuentan con la importancia de las influencias racionales en la voluntad; consideran la voluntad dirigida sobre todo por la emoción. Filósofos evolucionistas como Herbert Spencer y pensadores pragmáticos como John Dewey, conciben la voluntad no como una facultad innata sino como el producto de la experiencia que evoluciona de una forma gradual como las ideas y la personalidad individual en la interacción social.

²⁰⁴ CERVANTES, op. cit. p. 627



Antonio Raluy Poudevira²⁰⁵ asegura que la pena es el castigo impuesto al que ha cometido un delito o falta. Luis Rodríguez Manzanera²⁰⁶ establece que la pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.

Ricardo Castro Suriano²⁰⁷ dice que la pena es la disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica.

Cuello Calón²⁰⁸ define a la pena diciendo que es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

Edmundo Mezger²⁰⁹ dice que la pena en sentido estricto es, la imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido.

Guisepe Maggiore²¹⁰ afirma que jurídicamente la pena es la sanción característica de aquella trasgresión llamado delito. Pero señala que también puede definirse como un mal conminado o infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado.

Se debe separar la pena criminal como sanción punitiva, de las sanciones ejecutivas con las cuales se trata de imponer coactivamente la realización de lo establecido en el precepto correspondiente, así proceda tal realización del impedimento de la acción contraria al precepto, de un constreñimiento a la acción prescrita por él, del restablecimiento del *status quo* ante, del resarcimiento de los perjuicios causados, de la nulidad del acto viciado, o de su inoponibilidad - es decir, del desconocimiento de sus efectos- respecto de terceros. La pena criminal en cambio, hiere al delincuente en su persona e importa necesariamente un mal que significa una restricción efectiva de su esfera jurídica.

La pena, es pues, la ejecución de la punición, y se da en la instancia o fase ejecutoria. Por lo general es la autoridad administrativa la encargada de la ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los ordenamientos jurídicos.

Sancho Panza²¹¹ aplicó durante su gobierno en la isla Barataria las siguientes penas: *Fue en fragante, no hubo lugar de tormento, concluyóse la causa, acomodáronme las espaldas con cientos, y por añadidura tres años de gurapas. A este pecador le dieron tormento y confesó su delito, que era ser cuatrero, que es ser ladrón de bestias, y por haber confesado le condenaron por seis años a galeras, amén a doscientos azotes, que ya lleva en las espaldas. Paréceme que en este pleito no ha de haber largas dilaciones, sino juzgar luego a juicio de varón: y así, yo doy por sentencias que el sastrer pierda las hechuras, y el labrador el paño, y las caperuzas se lleven a los presos de la cárcel, y no haya más.*

²⁰⁵ RALUY P. op. cit. p. 331

²⁰⁶ RODRÍGUEZ Manzanera. Penología. p. 94

²⁰⁷ CASTRO S. op. cit. p. 382

²⁰⁸ Cfr. Derecho Penal. GARCÍA M. op. cit. p. 305

²⁰⁹ MEZGER Edmundo. Derecho Penal Parte General. p. 353

²¹⁰ MAGGIORE Guisepe. Derecho Penal Volumen II. p. 223 y 263

²¹¹ CERVANTES. op. cit. pp. 128, 130, 168

Sancho Panza pese a su humanismo, el sentido común le determina que dentro de un sistema político – jurídico, en donde se desee tener una buena convivencia entre los habitantes de éste, es necesario establecer una serie de correctivos para todos aquellos que rompan con la seguridad del mismo, es por ello que también dentro de su gobierno aplica una serie de castigos, lo cual hace basándose en el sentido común, pero anteponiendo ante todo la justicia, como rectora de todas y cada una de las decisiones que toma en el lapso de su gobierno, lo que le atribuye la característica de la racionalidad.

La pena encuentra legalidad, en la sentencia condenatoria. Pero para que la pena sea legítima, es necesario que haya existido previamente la comisión del delito por el sujeto penado.

La finalidad de la pena es, principalmente la prevención especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificaría como instrumento de repersonalización de individuo.

En este caso va implícita una segunda finalidad de prevención general, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar las normas.

Mezger²¹² asegura que el fin de la pena es la prevención del delito.

La prevención del delito se puede llevar por dos caminos, o sea, actuando sobre la colectividad, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o comete o ha cometido un delito. Llamamos a la actuación sobre la colectividad prevención general y a la actuación sobre el individuo, prevención especial. La pena abarca tres momentos: la conminación, la imposición y la ejecución de la pena.

La prevención general es la actuación pedagógico – social sobre la colectividad. Esta persigue dos fines: Intimidación y Consideración o respeto a la personalidad.

La prevención especial es la actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos. Esta persigue las siguientes finalidades: la Seguridad; la Corrección y las formas particulares de prevención especial de la pena.

Los límites de la pena, al igual que los de la punibilidad y de la punición, los determinan los derechos humanos en primer y principal lugar.

Es necesario recalcar la idea de respeto de los derechos humanos, ya que es en la ejecución de las sanciones, principalmente en la pena privativa de libertad, en donde mayores violaciones se han encontrado. Para los juristas, la pena debe tener como límite máximo la culpabilidad del sujeto.

Sancho Panza²¹³ señala otro de los límites de la pena ya que establece lo siguiente ; *Bueno: respondéis muy a propósito! Discreto sois, mancebo; pero haced cuento que yo soy el aire, y que os soplo en popa, y os encamino a la cárcel. ; Asidele, hola, y llevadle; que yo haré que duerma allí sin aire esta noche!*

El caso es que no me harán dormir en la cárcel cuantos hoy viven. Si yo no quiero dormir, y estarme despierto toda la noche, sin pegar pestaña.

²¹² MEZGER E. op. cit. p. 370

²¹³ CERVANTES. op. cit. p. 689

El sentido común no le permite entender a Sancho Panza que las penas, deben de tener un límite racional, es decir, no se pueden aplicar cualquier castigo, ya que el poder del Estado también tiene una serie de limitantes, y las mismas son determinadas por la razón.

Luis Rodríguez Manzanera²¹⁴ establece que los principios rectores de la pena son:

- a) Principio de necesidad.- el principio de necesidad indica que sólo se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en casos en que sea indispensable. Lo que nos da la pauta en el principio de necesidad es la finalidad o función de cada momento e instancia, en este caso, la pena no se ejecuta si no es indispensable para la prevención especial y si no se altera la prevención general.

Los avances en este terreno han sido notables, y han aparecido instituciones como la libertad condicional, la libertad bajo palabra, condena condicional etc., que interrumpen la pena privativa de libertad.

- b) Principio de personalidad.- solamente al culpable de la infracción puede ejecutarse, la pena no puede ser trascendente. Actualmente las penas ya no son trascendentes, al menos desde el punto de vista jurídico, pero penológicamente no cabe duda de que la pena trasciende, principalmente a la familia que se ve estigmatizada, empobrecida, lastimada, abandonada.

Una de las misiones más importantes de la penología moderna debe ser la búsqueda de las penas no trascendentes.

- c) Principio de individualización.- no puede ejecutarse a todos por igual, aunque dos sentencias sean iguales, en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo.
- d) Principio de particularidad.- se sanciona aun sujeto en particular y determinado, no es como la punibilidad, que sigue el principio de generalidad.

Respecto del fundamento filosófico de la pena Mezger²¹⁵ expresa que se acostumbra tradicionalmente distinguir entre las teorías absolutas y relativas del derecho penal. La teorías absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento dado "a priori", el cual existe independientemente de los fines de la pena, esto es, en sentido absoluto frente a éstos; las teorías relativas, en cambio, consideran la pena en sentido relativo en sus relaciones con fines determinados, por ella perseguidos de los cuales deduce su legitimidad

Giuseppe Maggiorè²¹⁶ señala que existen una serie de teorías que señalan un fundamento para la pena, de las cuales podemos afirmar que existen dos tipos: naturalistas y espiritualistas (o idealistas). En la primera categoría se encuentran todas aquellas doctrinas que señalan a la pena un fin de orden material o natural, es decir, común a todos los seres de la naturaleza; en la segunda caben aquellas

²¹⁴ RODRÍGUEZ M. op. cit. p. 96

²¹⁵ MEZGER E. op. cit. p. 381

²¹⁶ MAGGIORÈ G. pp. 911- p. 349.



doctrinas que dan a la pena un fin y un valor espirituales, al incluirla en un orden ético y metafísico trascendente.

Merecen sitio aparte las teorías que niegan el derecho de castigar, y que podemos llamar escépticas.

a) Teorías Escépticas

Estas provienen, por lo general, no de criminalistas y juristas propiamente dichos, sino de filósofos, sociólogos o artistas.

Entre ellos Tomás Moro²¹⁷, en su utopía, enseña que, en un Estado ordenado conforme a la justicia, debe desaparecer el delito, y por consiguiente la pena. El *ius puniendi*, según él, no es sino un privilegio de la clase rica, incompatible con una distribución más equitativa de la riqueza.

b) Teorías Naturalistas

La teoría de la defensa, se funda en el hecho natural de que todo ser se defiende cuando es perturbado en sus condiciones de existencia.

c) Teorías Espiritualistas

1.- La teoría correccional o de la enmienda que ve en la pena un medio para reeducar y redimir moralmente al delincuente pervertido por el delito.

2.- La teoría de la retribución supone un ordenamiento de leyes irrefragables (divino, moral, jurídico); una acción que se conforma a él o lo infringe; y una sanción que afirma de nuevo el orden violado, retribuyendo con el bien, el bien del cumplimiento, y con el mal, el mal de la trasgresión.

Esta se presenta como: a) retribución divina; b) retribución moral; y, c) como retribución jurídica.

Mezger²¹⁸ asegura que la justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana.

Esta figura jurídica esta contemplada en nuestro sistema jurídico. Etimológicamente sistema proviene del griego *sistema*, conjunto, reunión; a partir del siglo XVIII, serie de principios enlazados entre sí. Respecto de un conjunto de normas la palabra sistema querría decir, que esas normas tienen entre sí, algún vínculo, lazo o relación, que puede ser captado por el entendimiento.

Óscar Correas²¹⁹ asegura que cuando los juristas hacen referencia a la expresión sistema jurídico, se quiere decir que las innumerables normas válidas en un país constituyen un conjunto de elementos que mantienen entre sí una relación tal que pueden ser consideradas una unidad.

²¹⁷ Cfr. La Ciudad del sol. MAGGIORE. op. cit. p. 250

²¹⁸ MEZGER E. op. cit. p. 379

²¹⁹ NUÉVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO P.-Z. p. 3480

Hans Kelsen²²⁰ esquematiza la jerarquía del orden jurídico de la siguiente manera: a) La constitución: que regula la producción de normas generales y determina el contenido de las futuras leyes; b) Normas Jurídicas Generales: producidas por vía legislativa o consuetudinaria, realizadas por órganos legislativos especiales competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y los organismos administrativos; c) Leyes Reglamentarias: remite la formulación más precisa de las leyes generales a normas producidas por ciertos órganos administrativos, o bien cuando la misma Constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales a dictar, en lugar del Parlamento todas las normas necesarias o algunas de ellas; d) Normas Jurídicas Individualizadas: las normas generales tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello. La norma general que enlaza un hecho determinado en abstracto una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse.

Oscar Correas²²¹ establece que cuando se habla del sistema jurídico mexicano, se hace referencia al conjunto de normas que fueron dictadas por el mismo Estado mexicano.

Jorge Carpizo²²² establece que el sistema jurídico mexicano está integrado por el artículo 133, en conexión con otros artículos, especialmente el 16, 103 y el 124 se desprende la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano a saber: a) Constitución Federal; b) leyes constitucionales y tratados internacionales; y, c) derecho federal y derecho local.

Jorge Peralta Sánchez²²³ asegura que traduciendo la jerarquización piramidal establecida por Hans Kelsen, al orden jurídico mexicano, quedaría de la siguiente manera:

Constitución Federal	
Leyes Federales	Artículo 133
Tratados Internacionales	
Constituciones Locales	Artículos 42, 43 y 48
Leyes Ordinarias	
Leyes Reglamentarias	Artículo 89
Leyes Municipales	Artículo 115
Normas Jurídicas Individualizadas	

Después de haber establecido que debemos entender por sistema jurídico y como esta compuesto el sistema jurídico mexicano señalaremos el ordenamiento jurídico y los artículos en particular que hacen referencia a esta figura jurídica. Artículos 24,25, 26, 27, 29,30, 30bis,31,32, 33, 34, 35,36,37,38,39,45,46,47,48,49 y 50 del Código Penal Federal.

Artículo 24: Las Penas y Medidas de Seguridad²²⁴ son:

²²⁰ Cfr. Teoría Pura del Derecho en las páginas 232 y siguientes. PERALTA S. y ESPINOZA M. Mundos Normativos y Orden Jurídico. pp. 57 y 58

²²¹ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO P.-Z. p. 3481

²²² CARPIZO J. op. cit. p. 125

²²³ PERALTA S. op. cit. p. 58

1. - Prisión.
2. - Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. - Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. - Confinamiento.
5. - Prohibición de ir a lugar determinado.
6. - Sanción pecuniaria.
7. - (se deroga).
8. - Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
9. - Amonestación.
10. - Apercibimiento.
11. - Caución de no ofender.
12. - Suspensión o privación de derechos.
13. - Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. - Publicación especial de sentencia.
15. - Vigilancia de la autoridad.
16. - Suspensión o disolución de sociedades.
17. - Medidas tutelares para menores.
18. - Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

1. Prisión

Artículo 25: La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo

²²⁴CARRANCÁ y Trujillo clasifica como medidas de seguridad las siguientes: reclusión de locos, sordomudos, degenerados y toxicómanos.; confinamiento; prohibición de ir a lugar determinado; pérdida de los instrumentos del delito; confiscación o destrucción de cosa peligrosas o nocivas; amonestación, apercibimiento; caución de no ofender; vigilancia de la policía y medidas tutelares para menores. Las otras tienen el carácter de penas. Cfr. GARCÍA M. op. cit. p. 307

delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

Las penas de prisión impuestas se computarán de manera sucesiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Artículo 26: Los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.

2. Tratamiento en Libertad, Semiliberación y Trabajo en Favor de la Comunidad

Artículo 27: El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

La semilibertad implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa.

Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad.

La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

3. Sanción Pecuniaria

Artículo 29: La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Para los efectos de este código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad.

Cada jornada de trabajo saldrá un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.

Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión.

Artículo 30: La reparación del daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 30 bis: Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. el ofendido; 2o. en caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge superviviente o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

Artículo 31: La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Artículo 31 bis: En todo proceso penal el ministerio público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo.

Artículo 32: Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad:

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III.- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos;

IV.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V.- Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI.- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culpables.

Artículo 33: La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 34: La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el ministerio público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al ministerio público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del ministerio público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Artículo 35: El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se le aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve su importe a disposición del tribunal, para que llegado el caso se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo.

Artículo 36: Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria.

Artículo 37: La reparación del daño se mandará hacer efectiva, en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cauce ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciará el procedimiento económico-coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

Artículo 38: Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

Artículo 39: El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

4. Suspensión de Derechos

Artículo 45: La suspensión de derechos es de dos clases:

I.- La que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta, y

II.- La que por sentencia formal se impone como sanción.

En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia.

Artículo 46: La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en

quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

5. Publicación Especial de Sentencia

Artículo 47: La publicación especial de sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno o dos periódicos que circulen en la localidad. el juez escogerá los periódicos y resolverá la forma en que debe hacerse la publicación.

La publicación de la sentencia se hará a costa del delincuente, del ofendido si éste lo solicitare o del Estado si el juez lo estima necesario.

Artículo 48: El juez podrá a petición y a costa del ofendido ordenar la publicación de la sentencia en entidad diferente o en algún otro periódico.

Artículo 49: La publicación de sentencia se ordenará igualmente a título de reparación y a petición del interesado, cuando éste fuere absuelto, el hecho imputado no constituyere delito o él no lo hubiere cometido.

Artículo 50: Si el delito por el que se impuso la publicación de sentencia, fue cometido por medio de la prensa, además de la publicación a que se refieren los artículos anteriores, se hará también en el periódico empleado para cometer el delito, con el mismo tipo de letra, igual color de tinta y en el mismo lugar.

3.2.2.- Principio In Dubio Pro Reo Segunda Parte Capítulo LI

Francisco Pavón Vasconcelos²²⁵ establece que el principio *in dubio pro reo* es el principio que propala que debe de estarse a lo más favorable al acusado.

Marco Antonio Díaz de León²²⁶ asegura que el principio *in dubio pro reo* es la voz latina que significa que el proceso penal debe de estarse a lo más favorable al reo.

Desde la antigüedad se ha venido repitiendo, *in dubio pro reo o indubiis reus est absolvendus* (la duda a favor del reo) ya que en la duda es preferible la inmunidad de un culpable al castigo de un inocente, principio atribuido al emperador Trajano, y el Digesto contiene en sus preceptos: *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (en los casos dudosos siempre se ha preferir lo más conforme a la equidad). *In poenalibus causis benignius interpretandum est* (en las causas penales se ha de seguir la más benigna interpretación). *In re dubia benigniorem; interpretationem sequi, non minus iustus est, quam tutios* (según la interpretación más benigna, en los caos dudosos no es menos justo que seguro).

Guillermo Colín Sánchez²²⁷ asegura que los principios mencionados, patentizan la ideología avanzada de quienes, desde antaño, pugnaban por la humanización de las instituciones, que el abuso de poder y los sistemas extremistas negaban.

²²⁵ PAVÓN Vasconcelos, Diccionario de Derecho Penal, p. 590

²²⁶ DÍAZ DE LEÓN, Diccionario de Derecho Procesal Penal t. I, p. 1182.

Desde las leyes draconianas, era frecuente la rebelión contra los sistemas tiránicos y déspotas; y siguió acentuándose, aún en el siglo XVIII, y se tradujo en 1789 en un catálogo de principios jurídicos y filosóficos, en donde se cimentó la estructura necesaria para la consolidación de la libertad y de la dignidad del hombre, iluminando, a partir de ese entonces, los amplios horizontes del mundo entero y el fondo de las conciencias de los hombres de buena voluntad, para el logro del bien común.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció: presumiéndose que todo hombre es inocente hasta que no haya sido declarado lo contrario, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Gustavo Cosacov Velas²²⁸ afirma que este principio debe razonarse en dos ámbitos distintos, ambos en el campo penal: el de la interpretación de la ley y el de la valoración de las pruebas.

Si bien su operancia es reconocida en el ámbito del derecho procesal o instrumental, con referencia concreta a la apreciación de la prueba (en caso de duda debe absolverse) no es plenamente admitida en el campo de la interpretación de la ley.

Cuello Calón²²⁹ afirma que este principio como otros (*in dubio mitis, favorabilia sunt amplianda*) deben ser relegados al olvido, pues no es misión de la labor interpretativa de la ley penal favorecer al acusado. En igual sentido se inclina Soler, quien sostiene categóricamente la inexactitud de la validez de dicho principio en materia de interpretación de la ley, al aducir que su aplicación constante equivaldría a negar toda interpretación, pues bastaría la circunstancia de que pudieran ser varias interpretaciones para que la más favorable constituya la única solución posible para el juez, aun cuando con ella no se diera satisfacción a la voluntad de la ley.

Es decir, quienes se oponen a su recepción argumentan, en síntesis, lo siguiente: restringe en acceso la tarea del juzgador, dado que bastaría demostrar que hay varias interpretaciones posibles de un mismo texto para que siempre fuera obligatorio aplicarlo: lo que la ley quiere se descubre siempre a través de los métodos de interpretación tradicionales y no puede existir duda en su aplicación, puesto que la duda implicaría desconocimiento de la voluntad del legislador.

Por el contrario el autor español Jiménez de Asúa admite plenamente la aplicación de éste principio. Así como todos aquellos que son partidarios de su admisión afirman que la duda puede existir aún después de la aplicación de los métodos tradicionales para interpretar la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado al principio una interpretación que peca por defecto y exceso simultáneamente. Por una parte, ha restringido la cuestión a la duda acerca de la comisión del delito por parte del acusado. Por otra parte en otra resolución restringe el alcance del principio a sólo un problema de autoridad ya que establece que una cosa es la ausencia de prueba plena respecto a la responsabilidad del imputado, situación que lleva necesariamente a un fallo absolutorio por falta de pruebas suficientes, y muy otra el que por existir versiones contradictorias deba concederse valor probatorio a la que favorece al procesado.

²²⁷ COLÍN Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, p. 319

²²⁸ DICCIONARIO JURÍDICO I-O, p. 1687

²²⁹ CALÓN, Apud. PAVÓN V. op. cit. p. 590

Gustavo Cosacov Velau²³⁰ afirma que en primer lugar, no se trata de un aforismo, sino de una regla de derecho positivo. Tampoco se trata de un principio lógico, como sostenía Florian y fue refutado por Carnelutti. Si se trata de una disposición jurídica a la que se quiere dar alguna posibilidad de aplicación, es necesario reconocer que la ley no regula el estado de duda, sino el caso. Es decir, aun cuando íntima convicción en contrario, el juzgador debe absolver cuando el contenido de los dichos del acusado es posible en el caso concreto, al no haber sido desmentido en plenitud.

Guillermo Colín Sánchez²³¹ afirma que cuando el tribunal procede a la valoración de la prueba, frente a la problemática de la duda se aplica el principio exegético *in dubio pro reo*; de tal manera que, si a través de la apreciación del material probatorio, se llega a la incertidumbre, a un estado dubitativo, esto no justifica al juzgador para dejar de resolver el asunto, y en tales circunstancias debe absolver, independientemente de que el sujeto a quien se exculpe, tal vez, en otras circunstancias procesales debiera ser condenado.

De manera general puede afirmarse que este principio establece que la interpretación de las leyes penales debe hacerse en lo que más ayuda al acusado. Principalmente establece que en caso de duda debe de absolverse al procesado. Es decir, no podrá condenarse a un acusado, si no cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.

Sancho Panza²³² hace referencia a esta figura de la siguiente manera: *Señor, un caudaloso río dividía los términos de un mismo señorío...*

Y esté vuesa merced atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso. Digo, pues, que sobre este río estaba una puente, y al cabo de ella, una horca y una como casa de audiencia, en la cual, de ordinario, había cuatro jueces que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar; y si dijera mentira, muera por ello ahorcado en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna.

Sucedió, pues, que tomando juramento a un hombre, juró y dijo que para el juramento que hacía, que iba a morir en aquella horca que allí estaba, y no era otra cosa. Repararon los jueces en el juramento, y dijeron: si a este hombre le dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y, conforme a la ley, debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y, habiendo jurado verdad, por la misma ley debe de ser libre.

Pídase a vuesa merced, señor gobernador, que harán los jueces de tal hombre; que aun hasta ahora están dudosos y suspensos.

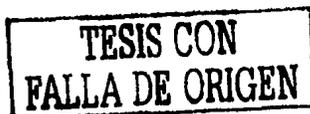
Se me vino a la memoria un precepto, que entre otros muchos me dio mi amo Don Quijote la noche antes que viniese a ser gobernador de esta insula: que fue que cuando la Justicia estuviese en duda, me decantase y acogiese a la misericordia; y ha querido Dios que ahora se me acordase, por venir en este caso como de molde.

Que mejor muestra de la ideología humanista que rige los actos de Sancho Panza que esto, aquí Sancho no sólo cuestiona el *status quo* en materia de la aplicación de penas en la época a que se hace

²³⁰ DICCIONARIO JURÍDICO I-O, p. 1689

²³¹ COLÍN S, op. cit. pp. 318-319

²³² CERVANTES, op. cit. pp. 599 - 600



referencia, sino que además pone en tela de juicio a la propia racionalidad, demostrando con esta resolución que en algunas ocasiones el sentido común es más racional y humanista que la propia racionalidad.

Nuestro sistema hace referencia a esta figura jurídica en los siguiente términos: Artículo 247 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Que a la letra dice: En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.

3.2.3.- Los Derechos Humanos Primera Parte Capítulos XXII y XXX

El concepto depende en gran medida de la orientación que se asuma o de las ideas o tendencias que se profesen. Por ello se suelen encontrar múltiples definiciones con matices distintos y en ocasiones hasta encontradas, dada la dificultad de la relatividad de sus contenidos.

Para el autor español Antonio Trovel y Serra²³³ los derechos humanos son: los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de la concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por ésta.

Sergio García Ramírez²³⁴ establece que los derechos humanos solo pueden ser ostentados por individuos, por personas concretas, que de esta suerte pretenden, en una u otra dimensión, su precisa calidad de hombres; no los poseen, en cambio, los Estados. De ahí que sea oportuno indagar si los individuos, y no exclusivamente los Estados, pueden ser sujetos del Derecho Internacional Público o Derecho de Gentes.

Héctor Gros Espiell²³⁵ establece que los derechos humanos son absolutos en cuanto son inherentes a la propia naturaleza humana, y así nadie puede ser privado de ellos. Empero, son relativos en cuanto pueden ser limitados, con la exclusiva finalidad de que se respetan los derechos de las otras personas y las "justas exigencias del orden" en un sistema y una sociedad democráticos.

Jesús Rodríguez y Rodríguez²³⁶ define a los derechos humanos como: el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente.

Maria Teresa Hernández Ochoa y Dalia Fuentes Rosado²³⁷, proponen el siguiente concepto: los derechos humanos son los que las personas tienen por su calidad humana. Pero es el Estado el que los reconoce y los plasma en la Constitución, asumiendo así la responsabilidad de respetar estos derechos, a fin de que cada individuo viva mejor y se realice como tal.

²³³ TROVEL. Apud. QUINTANA y PENICHE. Derechos Humanos, p. 22

²³⁴ GARCÍA Ramírez. Los Derechos Humanos v el Derecho Penal, p 78

²³⁵ GROS. Apud. CARPIZO. op. cit, p. §3

²³⁶ NUÉVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO I-Q, p.1063

²³⁷ HERNÁNDEZ y FUENTES. Apud. QUINTANA. op. cit. p. 22



El Reglamento Interno de la Comisión Nacional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala el siguiente concepto: Los derechos humanos son lo inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

Mireille Roccatti²³⁸ señala que los Derechos Humanos son: aquellas facultades inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben de ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo.

Quintana Roldán y Sabido Peniche²³⁹ proponen los siguientes conceptos dependiendo la tendencia utilizada; de acuerdo a la tendencia actual: se entiende por derechos humanos al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. De acuerdo a la tendencia histórica son: el conjunto de prerrogativas que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna.

La doctrina ha sido rica en la elaboración de clasificaciones novedosas para agrupar a los derechos humanos. Autores como Norberto Bobbio y Germán Bidart Campos, entre otros, nos hablan de "generaciones de derechos", refiriéndose a las etapas en que ciertas categorías de prerrogativas y garantías legales se han ido otorgando a los hombres.

Cipriano Gómez Lara²⁴⁰ presenta la siguiente clasificación:

Derechos Humanos de Primer Grado o Generación: son todos aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, o sea, los derechos subjetivos tradicionales, como pueden imaginarse los de crédito o personales, y los derechos reales también son tradicionales.

Derechos Humanos de Segundo Grado o Generación: son los que están dados en un sentido más político e ideológico, con un profundo contenido de respeto a la integridad física y sociológica del hombre entendido como individuo digno de respeto y consideración en una esfera mínima de bienestar social. Aquí están los tradicionales derechos del individuo y del gobernado.

Derechos Humanos de Tercer Grado o Generación: son los derechos sociales, que se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad y disfrute de la vida sobre la tierra; como el derecho a la paz, derecho a la conservación ecológica, derechos colectivos de los consumidores, derechos de refugiados, de minorías étnicas, etc.

Margarita Herrera Ortiz²⁴¹ clasifica las generaciones de derechos humanos, de la siguiente manera:

²³⁸ ROCCATTI. Apud. Ídem.

²³⁹ Ibid. p 23

²⁴⁰ GÓMEZ L. Apud. Ibid. p. 19

²⁴¹ Ibid. p. 20

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Primera Generación: la podemos ubicar en la época en que cae el absolutismo político junto con las monarquías que le daban sustento, cuando ya a fines del siglo XVIII surge el constitucionalismo clásico; aquí el hombre empieza a tomar conciencia que para poder tener la convivencia política, conforme a ideas liberales, debía tener ciertos derechos que le permitieran ejercitar libremente las ideas de la época: tenemos que en esta época las colonias norteamericanas se independizan de Inglaterra; por el mismo tiempo surge la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La mayoría de los autores señalan que en la Constitución de Estados Unidos de América del Norte y en la declaración francesa es donde surge la primera generación de los Derechos Humanos, los llamados "derechos individuales" que contenían a la par derechos civiles y derechos políticos.

Segunda Generación: en los llamados Derechos Humanos de la segunda generación, los derechos políticos y civiles ya consignados, reciben, por parte de la sociedad, una ampliación, acorde con las necesidades del tiempo, esto sucede por primera vez en México en 1917, Rusia en 1918; Weimar Alemania en 1919; estos derechos de segunda generación son básicamente de tres tipos; Derechos Sociales y Económicos, sumándoles casi inmediatamente los Derechos Culturales, estas anexiones se debieron a las necesidades de los hombres para mejorar sus condiciones de vida social en el campo, en lo cultural., etc... Los Derechos Humanos de la segunda generación tienen que cumplir con una función social. desde luego sin dejar de ser personales, o mejor dicho individuales, de esa manera, el individuo que es titular, debe ejercerlos con una conciencia social.

La Tercera Generación: en nuestro tiempo estamos presenciando lo que se llama derechos humanos de la tercera generación, que también son llamados "Derechos de Solidaridad". En términos generales se refieren al derecho de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Sólo con la finalidad de dar al lector una idea más exacta de lo que comprende esta tercera generación, mencionamos algunos: derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; derecho a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad; derecho al desarrollo.

Clasificaciones muy similares nos presentan otros autores, existiendo coincidencia en las tres generaciones evolutivas de esos derechos, notando que a la tercera generación de derechos humanos también se le conoce como "derechos difusos", "derechos transpersonales", o "derechos supraindividuales", "toda vez que protegen al individuo pero con una generalidad tal, que es difícil apreciarlos solamente en su característica individualizada, sus destinatarios tienen un interés difuso para su actualización en tanto integrantes de grupos humanos y sociedades que pueblan la tierra o una región de esta lo que aparece como más allá del mero interés individual".²⁴²

Se ha hablado también en los últimos años de otras variables clasificatorias, como son los derechos de género, particularmente referidos a la mujer y su protección; derechos de la minorías o de ciertos grupos que requieren especial atención y protección por su posesión en la sociedad: como derechos del niño, del anciano, de los indígenas, de los indigentes, de los minusválidos, de los enfermos, etc.

Tenemos también otras clasificaciones que toman en cuenta diversos factores de integración, de protección o alcance de estos derechos, como las enumeraciones siguientes:

- Por el sujeto transgresor: órganos estatales y otros.
- Por el alcance y el órgano de protección: nacionales e internacionales.
- Por el titular del derecho: personas físicas o personas colectivas.
- Por los tiempos en que suceden: emergencias, guerras, calamidades o estados de paz.

²⁴² QUINTANA R. op. cit. p. 21

- Por su forma de protección: jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

En cuanto a las características que la doctrina señala para esta serie de derechos tan importantes para el hombre son:

- a) Generalidad
- b) Imprescriptibilidad
- c) Intransferibilidad
- d) Permanencia

Los derechos humanos son generales porque los tienen todos los seres humanos sin distinción alguno; y son universales porque para estos derechos no caben limitaciones de fronteras políticas, ni las creencias o razas; su esencia los lleva a manifestarse con dicha validez universal. Son imprescriptibles porque no se pierden por el tiempo, ni por ninguna otra circunstancia o causa que de ordinario extinga a otros derechos no esenciales. También son intransferibles, porque el derecho subjetivo derivado e individualizado que de ellos emana, no puede ser cedido, contratado o convenido, para su pérdida o menoscabo. Son permanentes, porque protegen al ser humano de su concepción hasta su muerte; porque no tienen valor sólo por etapas o generaciones sino siempre.

Mireille Roccatti²⁴³ citando a Santiago Nino menciona que los rangos distintivos de los derechos humanos son fundamentalmente tres:

- 1.- De Universalidad
- 2.- De Incondicionalidad
- 3.- De Inalienabilidad

Los rasgos de universalidad se refieren, como su nombre lo indica, a que la titularidad de dichos derechos se encuentran en todos los hombres y los beneficia a todos; su posesión no puede estar restringida a una clase determinada de individuos, como por ejemplo a obreros o amas de casa, ni tampoco pueden extenderse más allá de la especie humana.

Los rasgos de incondicionalidad se sustentan en que los derechos fundamentales son incondicionales; es decir, que no están sujetos a condición alguna, si no únicamente a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de dichos derechos.

Los rasgos de inalienabilidad se refieren a que los Derechos Humanos no pueden perderse ni transferirse por su propia voluntad, porque son inherentes a la idea de dignidad del hombre; en todo caso, al disponer la persona de sus propios derechos, la norma jurídica establecerá las condiciones para salvaguardarlos.

Para el Doctor Jorge Carpizo²⁴⁴ además de las anteriores características, agrega otras tales como:

- a) Su Internacionalización
- b) Su Alcance Progresivo
- c) Su amplitud protectora frente a quienes los puedan violar.

²⁴³ ROCCATTI. Apud. Ibíd. p. 24-25

²⁴⁴ CARPIZO J. op cit. p. 65

Se afirma que los derechos humanos ha sido un tema que se ha internacionalizado, originado por la gran repercusión que las doctrinas están teniendo en todos los países, ya sea por voluntad propia o por presión de la conciencia internacional.

Ubicar a los Derechos Humanos dentro de las diversas corrientes jurídico filosóficas es difícil por la esencia misma de este conjunto de garantías de los hombres. Diversas corrientes teóricas las han enfocado pretendiendo su explicación, que suele ir desde posturas de tipo naturalista, hasta otras de carácter histórico y sociológico, además de la tipo positivista.

El jusnaturalismo plantea el problema bajo dos vertientes: como jusnaturalismo teológico y como jusnaturalismo racional.

En la primera de esas corrientes se afirma que los hombres, como género, gozan de ciertos derechos naturales como producto de la voluntad superior, omnipotente, omnipresente y atemporal de Dios. Esa voluntad se manifiesta como un orden armónico de la naturaleza y bajo leyes que a ese orden corresponden. El hombre. Como criatura de Dios, como igualmente lo es la sociedad, debe ser respetado en su dignidad que su creador divino le otorgó y que lo hace diferente de los demás seres que existen en la naturaleza. Por ello, a decir de esta corriente teórica, la ley humana no hace otra cosa que reconocer de manera racional la armonía que Dios ha dado a las cosas en el permanente orden de la naturaleza sujeta a la ley divina.

Por otra parte el jusnaturalismo racional, sin alusión a una voluntad superior, ubica a estos derechos como producto de la misma naturaleza, que diferencia al hombre de otras especies biológicas y el resto de las cosas del universo; porque el hombre posee voluntad y razón. En ese sentido, el hombre entiende que la especie a la que pertenece goza de una dignidad superior, que le dicta su entendimiento y porque solamente, de esa manera puede existir armonía en la vida social.

A su vez la teoría del historicismo cultural, que no deja de tener en el fondo cierto matiz del Jusnaturalismo racional, se distingue de esa corriente en cuanto a que hace hincapié en la categoría histórica del ser humano, de su evolución, de su transformación y superación. De acuerdo a esta tendencia, los derechos humanos son producto de la convivencia social que en la medida en que ha pasado por las diversas etapas temporales va acumulando el conocimiento de la dignidad del hombre mismo y va creando valores y garantías para su protección.

La corriente positivista asume la idea de que solamente el Estado, esto es, el poder público crea derechos y establece límites a su propio ejercicio. Kelsen sería el ejemplo extremo de esta manera de entender la validez de las garantías que establece la ley. Derecho y poder se confunden de forma indiscriminada, con el riesgo de caer en interpretaciones absurdas de una mera lógica discursiva y vacía.

Si bien queda claro que corresponde a la ley positiva, como resultado de la voluntad general de la sociedad, catalogar en su contenido normativo a los Derechos Humanos, no por ello se puede concluir que su validez resulte solamente del proceso formal de su creación. El legislador lo que hace es recoger en el contenido de la ley un conjunto de valores, morales, filosóficos y políticos, para plasmarlos en el texto normativo, para de esa manera integrar el orden jurídico y el Estado de Derecho.

Carlos Quintana Roldán²⁴⁵ afirma que el estado de derecho, por lo tanto, debe ser entendido cuando menos en sus dos matices fundamentales: el formal y el material. Si cayéramos en el radicalismo positivista de otorgar a la ley su total valor, y aún su existencia, por el mero hecho de que surgió como producto de un proceso formal de creación, llegaríamos al legalismo extremo que justifica cualquier producto del legislador, aunque este vacío de contenido ético o moral, y aunque dichos preceptos sean violatorios de los fundamentales derechos de todo ser humano.

Por eso es necesario que el estado de derecho tenga una manifestación real o material, de orden valorativo, para que se respeten verdaderamente esas premisas fundamentales que den cohesión, sentido y validez a los ordenamientos jurídicos. El estado de derecho precisa de una adecuada división de poderes, del respeto a los derechos individuales, de la existencia de las garantías jurisdiccionales, de clara definición democrática de los derechos políticos de la ciudadanía.

Existe otra figura que en la actualidad es un concepto inseparable de los derechos humanos pero que son dos cosas distintas, estamos hablando del *ombudsman*. El vocablo *ombudsman* tiene un origen sueco que significa representante, delegado o mandatario.

Jorge Carpizo²⁴⁶ asegura que es difícil elaborar un concepto general debido a los diversos matices que adquiere en las distintas legislaciones, pero que de una manera aproximada se puede describir al *ombudsman* como uno o varios funcionarios designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo o por ambos, que con el auxilio de personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones de los gobernados realizadas por las autoridades administrativas no sólo por infracciones legales sino también por injusticia, irracionalidad o retraso manifiesto en la resolución; y con motivo de esta investigación pueden proponer, sin efectos obligatorios, las soluciones que estimen más adecuadas para evitar o subsanar las citadas violaciones.

Esta labor se comunica periódicamente a través de informes públicos, generalmente anuales, a los más altos órganos del gobierno, del órgano legislativo o ambos, con la facultad de sugerir las medidas legales y reglamentarias que consideren necesarias para mejorar los servicios públicos respectivos.

Esta institución surgió en la ley constitucional sueca de junio de 1809, sobre la forma de gobierno, como un funcionario designado por el parlamento con el objeto de vigilar primeramente la actividad de los tribunales, pero con posterioridad a las autoridades administrativas, el cual evolucionó de manera paulatina hasta llegar a la actualidad.

En el Reino Unido se creó con la denominación de *Parliamentary Commissioner of Administration*, en la ley que entró en vigor el primero de abril de 1967 en Inglaterra, Gales y Escocia, pero con la característica de que a diferencia del modelo escandinavo los administrados no pueden acudir directamente a este funcionario, sino que la reclamación debe presentarse a un miembro de la Cámara de los Comunes para que éste lo turne a su vez al citado comisionado.

Uno de los *Ombudsmen* de mayor trascendencia en el desarrollo de la institución en los ordenamientos continentales europeos se creó en Francia con el nombre de *Médiateur*, por la ley de 3 de junio de 1973, el que fue recibido con escepticismo debido al funcionamiento del Consejo del Estado como organismo judicial protector efectivo de los derechos de los administrados frente a las autoridades administrativas.

²⁴⁵ QUINTANA R. op cit. p. 29

²⁴⁶ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO I - O. p. 2268

En los Estados Unidos la institución ha tenido una evolución creciente y además con diversos matices, en virtud de que algunas entidades federativas lo han conformado de acuerdo con el modelo escandinavo como un comisionado de la legislatura respectiva.

También ha trascendido la preocupación por el *ombudsman* en América Latina, no sólo por los numerosos estudios doctrinales y proyectos legislativos, sino también a través de algunas legislaciones recientes que han introducido esta institución protectora de manera paulatina.

Por lo que se refiere a su introducción en el ordenamiento mexicano, se ha iniciado una tendencia vigorosa para su creación y desarrollo, a través del procurador de vecinos creado por el cabildo municipal de la ciudad de Colima, capital del estado del mismo nombre el 21 de noviembre de 1983, organismo que fue institucionalizado por dicha entidad, por la ley orgánica Municipal publicada el 8 de diciembre de 1984. El 29 de mayo de 1985, el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México aprobó el estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios.

Debe considerarse como un antecedente la experiencia de un organismo que ha funcionado satisfactoriamente en el ordenamiento mexicano con funciones similares aun cuando sólo para la protección de los débiles en el consumo frente a los proveedores de bienes y servicios (en los países escandinavos el titular de este organismo en beneficio de los consumidores recibe también el nombre de *ombudsman*), no referimos a la Procuraduría Federal del Consumidor establecida por la ley de 19 de diciembre de 1975, que entró en vigor a partir del 5 de febrero de 1976.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos fue creada por decreto presidencial el 5 de junio de 1990. Posteriormente, por reforma constitucional, publicada en el Diario oficial del 28 de enero de 1992, se adicionó un apartado B al artículo 102 constitucional, para establecer constitucionalmente los organismos de defensa de los derechos humanos tanto a nivel nacional como local, y el 29 de junio de 1992 se publicó en el Diario Oficial la ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, estableciéndola, en los términos de su artículo 2. como un organismo descentralizado del gobierno federal.

Jorge Carpizo²⁴⁷ establece que este organismo es una especie de *ombudsman* de carácter federal; es la primera de esta naturaleza en el país con carácter nacional. Su objeto es la protección, observancia y promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico nacional.

Don Quijote²⁴⁸ hace referencia a ésta figura de la siguiente manera: *Pues de esa manera – dijo su amo aquí encaja la ejecución de mi oficio: deshacer tuertos y socorrer y acudir a los miserables.*

Llegó, en esto, la cadena de los galeotes, y Don Quijote, con muy corteses razones, pidió a los que iban en su guardia fuesen servidos de informarle y decirle la causa o causas porque llevaban aquella gente de aquella manera.

Majadero – dijo a esta sazón Don Quijote-, a los caballeros andantes no les toca ni atañe averiguar si los afligidos, encadenados y oprimidos que encuentran por los caminos van de aquella manera, o están en aquella angustia, por sus culpas, o por sus gracias; solo, les toca ayudarles como a menesterosos, poniendo los ojos en sus penas, y no en sus bellaquerías.

²⁴⁷ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO A – C. p. 622

²⁴⁸ CERVANTES. op. cit. pp. 128,192

Con lo anterior Don Quijote confirma que la doctrina que rige todos sus actos y los de su escudero, es el humanismo, pero también nos demuestra que tiene una gran influencia en su concepción de las cosas el jusnaturalismo, que era la doctrina jurídica que estaba en auge en su época, el cual atribuye a la naturaleza todos los derechos que tienen las personas, lo relevante del caso y lo revelador, es que ya tenía una concepción clara no sólo de que las personas tienen derechos inherentes a ellas, sino que además sabe que es necesaria la existencia de un órgano o una persona que tenga la facultad y la obligación de dedicarse a la protección y defensa de los mismos.

Esta figura tiene su regulación en el sistema jurídico mexicano en el Artículo 102 apartado B Constitucional.

Que establece lo siguiente: El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un consejo consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del consejo consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y solo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de esta Constitución.

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

3.3.- FIGURAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL CONTENIDAS EN DON QUIJOTE DE LA MANCHA

3.3.1 El Municipio Segunda Parte Capítulos XXVII, XLVIII, LII, LXVI y LXXII

El vocablo Municipio proviene del latín, siendo una palabra culta de ese idioma, compuesta de dos locuciones: el sustantivo *munus*, que se refiere a cargas u obligaciones, tareas, oficios, entre otras varias acepciones, y el verbo *capere*, que significa tomar, hacerse cargo de algo, asumir ciertas cosas.

De la conjunción de estas dos palabras surgió el término *municipium* que definió etimológicamente a las ciudades en las que los ciudadanos tomaban para sí las cargas, tanto personales como patrimoniales, necesarias para atender lo relativo a los asuntos y servicios locales de esas comunidades.

La Enciclopedia Jurídica Omeba²⁴⁹ define al municipio como una persona de derecho público constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado, que administra sus propios y peculiares intereses, que depende siempre, en mayor o menor grado, de una entidad pública superior al Estado Provincial o Nacional.

Alfonso Nava Negrete²⁵⁰ señala que el municipio es la organización político-administrativa que sirve de base a la división territorial y organización política de los estados miembros de la Federación.

El doctor Andrés Serra Rojas²⁵¹ refiriéndose a esta institución señala la descentralización administrativa regional, llamada por algunos autores descentralización territorial, es una forma de organización territorial, es una forma de organización descentralizada, que tiene por finalidad la creación de una institución política, dotada de personalidad jurídica patrimonio propio y un régimen jurídico establecido por la Constitución en el artículo 115 y reglamentado por sus leyes orgánicas municipales, que expiden las legislaturas de los estados.

Carlos Quintana Roldán²⁵² establece que el municipio es la institución jurídica, política y social, que tiene como finalidad organizar a una comunidad en la gestión autónoma de sus intereses de convivencia primaria y vecinal, que está regida por un consejo o ayuntamiento, y que es con frecuencia, la base de la división territorial y de la organización política de un estado.

El doctor Ignacio Burgoa²⁵³ señala que el municipio implica en esencia una forma jurídica – política según la cual se estructura a una determinada comunidad asentada sobre el territorio de un Estado.

Carlos Quintana Roldán²⁵⁴ asegura que las teorías o escuelas más destacadas en torno a la naturaleza del municipio son las siguientes: a) Escuela Sociológica y jus - naturalista; b) la Escuela Legalista o del Derecho Positivo; c) la Escuela Histórica o Anglo- Germánica; d) Escuela Economicista; e) Escuela Administrativista; y f) Escuela Étnico - Cultural.

²⁴⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA t. XIX. p. 55

²⁵⁰ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO I-O. p. 2568

²⁵¹ SERRA Rojas. *Derecho Administrativo t. I.* p. 584

²⁵² QUINTANA ROLDAN. *Derecho Municipal.* p. 6

²⁵³ BURGOA Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano.* p. 875

²⁵⁴ QUINTANA R. op. cit. p. 6

a) Escuela Sociológica y Jusnaturalista

La escuela sociológica sostiene que el municipio es una realidad social anterior a la ley y ésta no hace más que descubrir o reconocer lo que la naturaleza había ya creado. Es decir, reconoce que hay una estructura social, una comunidad engendrada por la propia naturaleza, por la historia, la tradición y la geografía, que es anterior y superior a lo que pueda decirse en el texto legal.

El jusnaturalismo sostiene que el municipio no es obra del legislador, sino de un hecho social de convivencia anterior a la formación del Estado y, por ende, anterior a la ley, y más aún, superior a ésta. Por lo tanto la ley no hace otra cosa que circunscribirse a reconocerlo y protegerlo en su función adjetiva. En suma, la ley simplemente admite la personalidad del municipio ahí donde la naturaleza lo ha creado y le ha dado sus derechos.

b) Escuela Legalista o de Derecho Positivo

Para esta corriente el municipio es, en primera instancia, un ente jurídico y, en consecuencia, una creación del Estado. Los partidarios de la misma exponen que el municipio es una entidad humana, territorial y jurídica creada por la ley y que a falta de ese acto aquél no existe, pues es ésta la que le da tal carácter.

c) Escuela Histórica o Anglo germánica

Este sistema, se caracteriza por la persistencia de las viejas modalidades orgánicas surgidas espontáneamente a través de los siglos. Dominan en este sistema dos distintas notas: la variedad y la asimetría. No se contiene una fórmula única del gobierno local, aplicable de modo uniforme a todas las divisiones territoriales de la misma naturaleza, sino distintas clases de organismos de estructuras no coincidentes, esparcidos de modo irregular por toda la superficie del país, con una diferencia muy acusada entre el medio urbano y el rural, sometiendo uno y otro a tratamiento distinto.

d) Escuela Economicista

Los que sostienen estas ideas argumentan que la evolución humana no es más que la evolución de las instituciones económicas (determinismo económico), por lo tanto, el municipio es la resultante de dicha evolución de la sociedad cuyas relaciones económicas lo caracterizan y determinan en y mediante su conformación social y régimen de vecindad.

e) Escuela Administrativista

Los representantes de esta escuela consideran al municipio como un apéndice de la organización estatal; esto es, como mera descentralización administrativa del Estado. En otras palabras, un mero instrumento de dicha descentralización para llevar a cabo los servicios, así como los objetivos de carácter público que el mismo Estado le encargue.

f) Escuela Étnico - cultural

De particular importancia ha sido esta tendencia en los países latinoamericanos, al sostener que la corporación municipal deberá ser la base fundamental de preservación de los valores étnicos y culturales de una comunidad.



En la cultura política el término federalismo se usa para designar dos objetos diferentes. En una primera acepción, clara aunque reductiva, designa la teoría del Estado Federal. En una segunda acepción, más bien oscura, se refiere a una visión global de la sociedad.

Si el primer significado no es controvertido porque se basa en la teoría del Estado Federal, es sin lugar a dudas reductivo. Si el Estado Federal es un estado con características propias, que los distinguen de los demás tipos de Estado, debemos suponer que la conducta de los que viven en ese Estado tiene cierto carácter Federal. Todo parece indicar que la segunda concepción del Estado Federal, es decir, como una doctrina social es superior ya que entraña una actitud autónoma hacia los valores, la sociedad, el curso de la historia, etc.

María del Refugio González²⁵⁵ establece que cuando se hace referencia al federalismo se habla de un modo de concebir la organización política y económica de un Estado.

En los escritos políticos, jurídicos y filosófico-históricos de Kant, en el umbral de la era del nacionalismo, encontramos la primera formulación de algunos elementos esenciales de la teoría federalista entendida como doctrina global. Lo que caracteriza su pensamiento no es todavía la negación del Estado Nacional sino la negación de la guerra y de la anarquía internacional, denunciadas como los factores fundamentales que mutilan al hombre y le impiden su libre desarrollo.

Kant es por lo tanto, el primer gran pensador federalista y su aportación teórica consiste en haber fundamentado el federalismo en una visión autónoma de los valores y del curso histórico.

La teoría del Estado Federal, como se desprende de los ensayos de Hamilton, no contiene un análisis de las condiciones histórico-sociales que permiten a las instituciones federales funcionar e mantenerse.

Lucio Levi²⁵⁶ establece que el Federalismo es la teoría política que por primera vez en la historia establece el valor de la paz como objetivo específico de lucha. Y se distingue de todas las expresiones modernas del pensamiento político y social que conciben la paz como consecuencia automática y necesaria de la transformación de las estructuras internas de los estados en sentido liberal, democrático y socialista y le asignan, por lo tanto una posición subordinada.

Como el modelo federal lleva a cabo una verdadera división del poder soberano de acuerdo con la división territorial, el equilibrio constitucional no puede mantenerse sin la primacía de la constitución sobre todos los poderes. La autonomía de este modelo se traduce efectivamente en el hecho de que el poder de decidir en concreto, en caso de conflicto, cuáles son los límites que no pueden rebasar los dos órdenes de poderes soberanos no le corresponden ni al poder central ni a los estados federados. Este poder le corresponde a una autoridad neutral, los tribunales, a quienes se les ha conferido el poder de revisión constitucional de las leyes.

Por otra parte, la elección directa del presidente de la federación, que reúne los poderes de Jefe de Estado y Jefe del Gobierno, le confiere al ejecutivo los requisitos de fuerza y de estabilidad necesarios para cumplir eficazmente la función equilibradora de la vida social y para llevar a cabo de manera orgánica y coherente el programa de gobierno, en tanto que la atribución de poderes soberanos a los

²⁵⁵ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO D. H. p. 1882

²⁵⁶ LEVI. Apud. BOBBIO, op. cit. p. 691

estados miembros constituye el freno más eficaz al abuso de poder por parte del gobierno central y la garantía más sólida contra los peligros de la dictadura.

El principio de la unidad de la comunidad política con el de la autonomía de sus partes, se refleja en la composición del poder legislativo, una de cuyas ramas representa al pueblo de la federación en una medida proporcional al número de los electores, en tanto que la otra es elegida por los pueblos de cada uno de los estados miembros con un número igual de representantes, independientemente de las diferencias de la población.

Lucio Levi²⁵⁷ asegura que la distribución del poder sobre la base territorial es en realidad mucho más eficaz que la de la base funcional en lo relativo a garantizar el control dividido del poder, principal garantía de la libertad política, en cuanto que el gobierno federal y los estados miembros pueden fundar su propia independencia en una base social distinta.

Don Quijote²⁵⁸ se refiere a la figura jurídica así *Señor, en eso no hay que reparar, que bien puede ser que los regidores que entonces rebuznaron vintesen con el tiempo a ser alcaldes de su pueblo.*

Al entrar en la calle de Santiago, en Madrid, que es algo estrecha, venía a salir por ella un alcalde de corte con dos aguaciles delante.

Mandóle el Consejo pintar las armas de su Majestad sobre las puertas del Ayuntamiento.

Yo apostaré que si van a estudiar a Salamanca, que a un tris han devenir a ser alcaldes de corte.

Entró acaso el alcalde del pueblo en el mesón, con un escribano, ante el cual pidió Don Quijote.

Don Quijote aprovecha esta oportunidad, no para enaltecer como hace en otros casos la figura, sino más bien para realizar una crítica a esta figura jurídica, ya que aunque contaba con una serie de órganos y de personas que se hacían cargo de las funciones que le eran asignadas al mismo, las funciones o facultades que dentro del Estado español le fueron asignadas eran mínimas, es decir, realizaban cosas casi insignificantes, pero Don Quijote estaba convencido de que esta figura debía de ser dotada de más facultades y que ello iba a provocar un mejor funcionamiento del mismo Estado.

En nuestro sistema jurídico esta figura encuentra su fundamento en el Artículo 115 Constitucional.

El cual dispone que: Los estados adoptaran, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

1.- Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del estado.

Los presidentes municipales, regidores y síndicos de los ayuntamientos, electos popularmente por elección directa, no podrán ser reelectos para el periodo inmediato. Las personas que por elección indirecta, o por nombramiento o designación de alguna autoridad desempeñen las funciones propias de

²⁵⁷ Ibid. p. 688

²⁵⁸ CERVANTES, op. cit. pp. 486, 584, 606, 674, 702

esos cargos, cualquiera que sea la denominación que se les de, no podrán ser electas para el periodo inmediato. Todos los funcionarios antes mencionados, cuando tengan el carácter de propietarios, no podrán ser electos para el periodo inmediato con el carácter de suplentes, pero los que tengan el carácter de suplentes sí podrán ser electos para el periodo inmediato como propietarios a menos que hayan estado en ejercicio.

Las legislaturas locales, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, podrán suspender ayuntamientos, declarar que estos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros, por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando sus miembros hayan tenido oportunidad suficiente para rendir las pruebas y hacer los alegatos que a su juicio convengan.

Si alguno de los miembros dejare de desempeñar su cargo, será sustituido por su suplente, o se procederá según lo disponga la ley.

En caso de declararse desaparecido un ayuntamiento o por renuncia o falta absoluta de la mayoría de sus miembros, si conforme a la ley no procede que entren en funciones los suplentes ni que se celebren nuevas elecciones, las legislaturas de los estados designaran de entre los vecinos a los consejos municipales que concluirán los periodos respectivos; estos concejos estarán integrados por el número de miembros que determine la ley, quienes deberán cumplir los requisitos de elegibilidad establecidos para los regidores;

II.- Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley.

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad;

b) Los casos en que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los ayuntamientos para dictar resoluciones que afecten el patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al municipio por un plazo mayor al periodo del ayuntamiento;

c) Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución;

d) El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate este imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes; y

e) Las disposiciones aplicables en aquellos municipios que no cuenten con los bandos o reglamentos correspondientes.

Las legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquellos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores;

III.- Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

b).- Alumbrado público.

c).- Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;

d).- Mercados y centrales de abasto.

e).- Panteones.

f).- Rastro.

g).- Calles, parques y jardines y su equipamiento;

h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e

i).- Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observaran lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el estado para que este, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el estado y el propio municipio;

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

IV.- Los municipios administraran libremente su hacienda, la cual se formara de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso:

a).- Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles.

Los municipios podrán celebrar convenios con el estado para que este se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de esas contribuciones.

b).- Las participaciones federales, que serán cubiertas por la Federación a los municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las legislaturas de los estados.

c).- Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

Las leyes federales no limitaran la facultad de los estados para establecer las contribuciones a que se refieren los incisos a) y c), ni concederán exenciones en relación con las mismas. Las leyes estatales no establecerán exenciones o subsidios en favor de persona o institución alguna respecto de dichas contribuciones. Solo estarán exentos los bienes de dominio público de la Federación, de los estados o los municipios, salvo que tales bienes sean utilizados por entidades paraestatales o por particulares, bajo cualquier título, para fines administrativos o propósitos distintos a los de su objeto público.

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Las legislaturas de los estados aprobaran las leyes de ingresos de los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles.

Los recursos que integran la hacienda municipal serán ejercidos en forma directa por los ayuntamientos, o bien, por quien ellos autoricen, conforme a la ley;

V.- Los municipios, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarán facultados para:

a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal;

b) Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales;

c) Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;

d) Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;



- e) Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana;
- f) Otorgar licencias y permisos para construcciones;
- g) Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;
- h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; e
- i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

En lo conducente y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios;

VI.- Cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la Federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la ley federal de la materia.

VII.- La policía preventiva municipal estará al mando del presidente municipal, en los términos del reglamento correspondiente. Aquella acatará las ordenes que el gobernador del estado le transmita en aquellos casos que este juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.

El ejecutivo federal tendrá el mando de la fuerza pública en los lugares donde resida habitual o transitoriamente;

VIII.- Las leyes de los estados introducirán el principio de la representación proporcional en la elección de los ayuntamientos de todos los municipios.

Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los estados con base en lo dispuesto en el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias.

3.3.2 El Fuero Primera Parte Capítulos X y XLV

Históricamente la palabra fuero viene del vocablo latino *forum*, que significa recinto sin edificar plaza pública, vida pública y judicial.

En la Edad Media, en los recintos hispánicos se dio a la voz fuero el significado de derecho local; posteriormente, se aplicó a ciertas recopilaciones legislativas. A finales de dicho periodo, se le identifica con privilegio.

La palabra fuero ha sido utilizada para designar un régimen jurídico especial que, a manera de privilegio, se otorgaba a un grupo de personas integrantes de una corporación o entidad pública que desarrollaban una misma actividad que interesaba de modo especial a la Corona.

Podemos afirmar que cuando se habla de fuero, se hace referencia a esos privilegios que tienen algunas personas por sus características principales; podemos hablar que el fuero puede referirse a dos clases de fuero: el fuero constitucional; y, el fuero militar.

José Luis Soberanes²⁵⁹ afirma que al hablar de fuero constitucional se hace referencia al derecho que tenían los llamados altos funcionarios de la Federación para que, antes de ser juzgados por la comisión de un delito ordinario, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión resolviera sobre la procedencia del mencionado proceso penal.

Ignacio Burgoa Orihuela²⁶⁰ establece que el fuero constitucional opera bajo dos aspectos: como fuero inmunidad y como fuero de no procedibilidad ante las autoridades judiciales ordinarias federales o locales, teniendo en ambos casos efectos jurídicos diversos y titularidad diferente en cuanto a los altos funcionarios en cuyo favor lo establece la Constitución.

El fuero como inmunidad como privilegio o prerrogativa que entraña irresponsabilidad jurídica, únicamente se consigna por la ley fundamental en relación con los Diputados y Senadores en forma absoluta en los términos del artículo 61 constitucional, así como respecto del Presidente de la República de manera relativa en los términos del artículo 108 in fine constitucional.

El fuero que se traduce en la no procedibilidad, consiste en que mientras que no se promueva y decida contra el funcionario el procedimiento respectivo, no quedan sujetos a la potestad jurisdiccional ordinaria.

Esta figura cambió de nombre por declaración de procedencia, en las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1982.

El procedimiento que se seguía ante la Cámara de Diputados para que ésta autorizara el mencionado proceso penal ordinario se llamaba "desafuero", pues con él se privaba al alto funcionario de su fuero constitucional.

En efecto, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, erigida en jurado de procedencia, declarará, por mayoría absoluta de votos de todos sus miembros, si procede o no el ejercicio de la acción penal; si tal decisión es en sentido negativo, no habrá lugar al proceso penal durante el tiempo que dure en su encargo ese alto funcionario, ya que una vez concluido el mismo, deja de tener la inmunidad y puede procederse en su contra penalmente, lo que significa que, como señala el artículo 109 constitucional, la declaratoria negativa de la cámara no prejuzga la responsabilidad penal del sujeto en cuestión.

Si la resolución de la Cámara de Diputados es en sentido afirmativo, el acusado queda automáticamente separado de su cargo, y, en consecuencia, se procederá de inmediato en su contra por la vía penal; en este caso, no se trata de juzgar dos veces el mismo hecho, es decir, no se rompe con el principio *non bis in idem*: se afirma lo anterior en virtud de que se considera que la Cámara no juzga la responsabilidad penal, ya que se trata de una decisión política; por otro lado, si la Cámara decide en sentido de proceder, y el juez de la causa común resuelve absolver, resultaría un absurdo que un juez de primera instancia desestimara una resolución de un organismo legislativo federal; por

²⁵⁹ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO D- H. p. 1757

²⁶⁰ BURGOA O. op. cit. p. 556

ello no es así, dado que son dos cuestiones diferentes; pues, como señala el artículo 109 antes invocado, la resolución de la Cámara no prejuzga la responsabilidad penal que resulte en el ulterior proceso ordinario.

De manera general podemos afirmar que el fuero militar es el status jurídico – legal de carácter especial, relativa a todos y cada uno de los integrantes de las fuerzas armadas del país y bajo cuyo imperio se encuentran.

Francisco Arturo Schroeder Cordero²⁶¹ asegura que el fuero militar o de guerra es la jurisdicción o potestad autónoma y exclusiva de juzgar, por medio de los tribunales castrenses y conforme a las leyes del ejército, fuerza aérea y de la armada nacional, únicamente a los miembros de dichas instituciones, por faltas o delitos que cometan en actos o hechos del servicio, así como la facultad de ejecutar sus sentencias.

Ignacio Burgoa²⁶² afirma que el fuero de guerra es primordialmente de carácter real o material; implica la competencia de los tribunales militares para conocer de los delitos y faltas de tipo marcial, y que sin embargo dicho fuero no deja de ser paralelamente de índole personal; pues, para que surta la competencia, se requiere que el autor sea miembro del ejército, por lo que se concluye que el fuero es mixto.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha delimitado con claridad la extensión jurisdiccional de este fuero, al interpretar la parte relativa al artículo 13 constitucional, y en consecuencia, cuando en la comisión de un delito militar concurren soldados y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso por lo que toca a los civiles, y los tribunales del fuero de guerra, al que se instruya a los militares.

Don Quijote²⁶³ gozaba de este fuero, y hace referencia a él de la siguiente manera *Y ¿dónde has visto tú, o leído jamás, que caballero andante haya sido puesto ante la Justicia, por más homicidios que hubiese cometido?*

¿Quién fue el ignorante que firmó mandamiento de prisión contra un tal caballero que yo soy? ¿Quién él que ignoró que son exentos de todo judicial fuero los caballeros andantes, y que su ley es su espada, sus fueros sus bríos, sus pragmáticas su voluntad? ¿ Quién fue el mentecato, vuelvo a decir, que no sabe que no hay ejecutoria de hidalgo con tantas preeminencias ni exenciones como la que adquiere un caballero andante el día que se arma caballero y se entrega al duro ejercicio de la caballería? ¿Qué caballero andante pagó pecho, alcabala, chapín de la reina, moneda forera, portazgo ni barca?

Don Quijote sabe que para poder llevar a cabo la defensa de los oprimidos es necesario gozar de una serie de privilegios, que le permitan cumplir completamente con la función que le fue asignada, en este caso era la exoneración de algunos de los castigos que le podían ser aplicados.

Nuestro sistema jurídico regula la figura del fuero en ambos tipos de él, todo lo anterior en los Artículos 13, 109, 111 y 114 Constitucionales.

²⁶¹ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO D. H. p. 1758

²⁶² BURGOA O. op. cit. p. 562

²⁶³ CERVANTES. op. cit. pp. 57, 301



Artículo 13: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar mas emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejercito. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 109: El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

I.- Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II.- La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollaran autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por si o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.

Artículo 111: Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarara por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.



Si la resolución de la cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Si la cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedara a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.

Por lo que toca al Presidente de la República, solo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados o Senadores son inatacables.

El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria, el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor publico no se requerirá declaración de procedencia.

Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

Artículo 114: El procedimiento de juicio político sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor publico desempeñe su cargo y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento.

La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo

109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años.

3.3.3 El Gobierno como elemento del Estado Primera Parte Capítulo L y Segunda Parte Capítulos XVIII, XLIX y LI

La palabra Estado denota la organización política suprema de un pueblo. Es decir, expresa la idea de la manera de ser o estar apolíticamente del Estado. Aristóteles²⁶⁴ concibe al Estado como una multitud de hombres que sea suficiente para procurarse aquellas que son necesarias para vivir bien.

Heidelberg²⁶⁵ dice que el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio. Héctor González Uribe²⁶⁶ define al Estado como la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio.

Para Maurice Haourou²⁶⁷ el Estado es el régimen que adopta una nación mediante una centralización política y jurídica que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la cosa pública como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común.

Eduardo García Máynez²⁶⁸ define al Estado como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. Para Kelsen²⁶⁹ el Estado es la totalidad de un orden jurídico en cuanto constituye un sistema que descansa en una norma jurídica fundamental.

Sánchez Agesta²⁷⁰ asegura que el estado puede definirse como una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico autónomo y centralizado, que tiende a realizar el bien común en el ámbito de esa comunidad.

En síntesis podemos afirmar que el Estado es la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.

Respecto a esto Don Quijote²⁷¹ asegura que *Entiéndese en cuanto al gobierno; empero al administrar justicia ha de atender el señor del estado.*

A Don Quijote le queda muy claro que una de las funciones que deben de cumplir las personas que detentan el poder, es la impartición de justicia, es decir, tendrán la facultad de dirimir todas la controversias que se presenten entre los habitantes de ese Estado.

²⁶⁴ ARISTÓTELES. Apud. GONZÁLEZ U. op. cit. p. 156

²⁶⁵ HEIDELBERG. Apud. Ibid. p. 155

²⁶⁶ Ibid. p. 155

²⁶⁷ HAURIQU. Apud. Ibid. p. 157

²⁶⁸ GARCÍA M. op. cit. p. 98

²⁶⁹ KELSEN. Apud. GONZÁLEZ U. op. cit. p. 157

²⁷⁰ AGESTA. Apud. Ibid. p. 158

²⁷¹ CERVANTES. op. cit. p. 326



El Estado tiene dos clases de elementos. igualmente reales y de valor positivo, a saber los siguientes:

1.- Elementos externos y visibles. que componen el Estado ostensible, la entidad Estado: a) un espacio – territorio-; b) una comunidad humana, ésto es un grupo de hombres formando comunidad espacial, de vida con tradición e historia; c) el poder o fuerza, que reside en la comunidad y que pone de manifiesto la capacidad de la misma para vivir convenientemente organizada, con un sistema de actividades que atiende a la satisfacción de las necesidades comunes funciones, hoy definidas como servicios.

2.- Elementos internos, materialmente invisibles de fondo y que sintetizan y expresan: a) en la relación en que consiste el movimiento característico del Estado – su movimiento-: se trata, de una relación definible como de obediencia o de acomodamiento; b) en la norma según la cual ha de producirse dicha relación; c) en el contenido vital de la relación motivo de la norma.

Eduardo García Máynez²⁷² afirma que el Estado tiene tres elementos:

- a) La población: Los hombres que pertenecen a un estado componen la población de éste. La población desempeña, desde el punto de vista jurídico, un papel doble. Puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad estatal. En cuanto súbditos, los hombres que integran la población hállanse sometidos a la autoridad política y por lo tanto, forman el objeto del ejercicio del poder; en cuanto a ciudadanos, participa en la formación de la voluntad general y son, por ende, sujetos de la actividad del Estado.
- b) El territorio: Suele definirse como la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder.
- c) El poder: Toda sociedad organizada ha menester de una voluntad que la dirija. Esta voluntad constituye el poder del grupo.

Jean Dabin²⁷³ considera que como elementos previos o anteriores al Estado el elemento humano – la población- y el elemento territorial; y como elementos constitutivos, el fin del estado – el bien público temporal y la autoridad o poder público.

J. Valera²⁷⁴ establecía al igual que algunos otros que Cervantes respetaba el sistema social establecido y las verdades aceptadas: el trono y el altar. Entre los otros se encuentra R. Schevill que estableció que la mente de Cervantes no era especulativa y su actitud hacia los dogmas políticos y religiosos de la época era tan poco crítica como la de cualquier hombre del pueblo.

Cervantes pone en la boca del escudero la opinión común y corriente de la gente acerca de la corrupción de los gobernantes, opinión que en tales casos no refleja sólo el punto de vista de Sancho y el país. sino también y ante todo, la opinión del autor.

También don Quijote, cuya opinión al respecto coincide con la de Sancho, descarga una andanada satírica contra la falta de preparación de los gobernantes. Cervantes concede en su obra un espacio de rechifla a los regidores y alcaldes por sus pocas facultades e ignorancia.

Los códigos de aquel tiempo están repletos de disposiciones de esta naturaleza, fundadas en la noción de que el gobierno es omnisciente y que los subordinados son incapaces de conducirse debidamente

²⁷² GARCÍA M. op. cit. pp. 98, 100, 101, 102

²⁷³ Cfr. Doctrina General del Estado. Apud. GONZÁLEZ U. op. cit. p. 291

²⁷⁴ VALERA y SCHEVILL. Apud. OSTERC L. op. cit. p. 217



por sus propios esfuerzos. Lo peor es que las leyes y prescripciones eran cumplidas a la letra e interpretadas según el sentido "la ley se obedece pero no se cumple".

El bandolerismo no era, un fenómeno de delincuencia común y corriente, llevada a cabo individualmente o en cuadrillas, sino un verdadero estado de resistencia social y política con bandas organizadas, el mando único y un orden militar.

La putrefacción del aparato estatal tenía su paralelo en la suma corrupción de la administración de justicia, empezando por los magistrados, pasando por los jueces, terminando por sus empleados de ínfimo grado. Las leyes no se tenían en lo más de los caos por los ministros judiciales, y las actividades de los tribunales eran objeto de continuas y duras críticas y quejas. Los jueces y sus subordinados eran extremadamente venales, de modo que la justicia podía venderse y comprarse.

La justicia cervantina, señaladamente humanista, no es por lo tanto, un simple sueño nostálgico, una mera evocación de un pasado idealizado y añorado, como sostienen algunos críticos burgueses, sino un ejemplo práctico y una sátira realista y concreta de la justicia regia representada por las instituciones judiciales, al mismo tiempo.

Lucio Levi²⁷⁵ define al gobierno como el conjunto de las personas que ejercen el poder político, o sea que determinan la orientación política de una cierta sociedad. Además de establecer que en una segunda acepción de la expresión gobierno lo debemos entender como el conjunto de los órganos a los que institucionalmente les está confiado el ejercicio del poder.

Héctor González Uribe²⁷⁶ establece que gobernar es señalar a los hombres una línea de conducta determinada para que colaboren en la organización y realización del bien común.

Así como establecer que el arte de gobernar consiste en: legislar: que radica en crear y mantener al día un ordenamiento jurídico justo y eficaz; administrar: proveer, por medio de decretos y servicios públicos, a la atención de las necesidades de la colectividad; y, juzgar: resolver pacíficamente y conforme a Derecho, los conflictos de intereses que puedan surgir y declarar cual es la norma aplicable en caso de duda.

Sancho Panza²⁷⁷ hace referencia a ello así, *Y aquella tarde la pasó Sancho en hacer algunas ordenanzas tocantes al buen gobierno de la que él imaginaba ser ínsula, y ordenó....*

Sancho en su sentido común ha entendido que la función de gobernar se va a realizar a través de dar órdenes a todas las personas que colaboran con él, es decir, le ha quedado claro que la principal función de quien detenta el poder es la emisión de ordenes, pero ha comprendido también que se debe de cumplir con más funciones, no sólo emitir órdenes, pero además esta convencido de que es importante propugnar con el ejemplo, pero siempre en busca de la justicia y con ello la igualdad.

En consecuencia con todo lo anterior, con la expresión gobernantes se entiende el conjunto de personas que gobiernan el Estado y con la de gobernados, el grupo de personas que están sujetas al poder de gobierno en un área estatal.

²⁷⁵ LEVI. Apud. BOBBIO. op. cit. p. 743

²⁷⁶ GONZÁLEZ U. op. cit. p. 220

²⁷⁷ CERVANTES. op. cit. p. 602

Sancho Panza²⁷⁸ afirma que *Porque el suave modo de gobernar que en estos principios vuesa merced ha dado, no les da lugar de hacer ni de pensar cosa que en deservicio de vuesa merced redunde.*

Podemos afirmar que el gobierno coincide con el poder ejecutivo, o mejor dicho con los órganos de la cúspide de ese poder, o sea con la exclusión de todo el aparato de funcionarios que tiene la tarea de colaborar en el funcionamiento de los servicios públicos, dando cumplimiento a las decisiones del gobierno, o sea la administración pública.

Los órganos legislativos y los judiciales no forman parte directamente de los órganos de gobierno, a pesar de que estos últimos ejercen su poder dentro de una competencia, más o menos amplia y más o menos directa, según los casos, con los primeros.

En el Estado Moderno, el gobierno se compone normalmente del Jefe de Estado (Monarca o Presidente de la República) y del consejo de ministros, dirigidos por el jefe de gobierno. En las repúblicas presidenciales el Jefe del Estado es la figura preeminente del gobierno, y en las repúblicas parlamentarias la figura prominente es, en cambio, la del primer ministro.

A pesar de que desde el punto de vista constitucional el gobierno se define como el órgano en que se manifiesta el poder estatal en toda su plenitud, desde el punto de vista sociológico se comprueba que en los estados modernos, en que se cumplen las condiciones de alguna forma, más o menos libre, de participación electoral del pueblo, los centros de poder a los que de ordinario está subordinado el gobierno, en última instancia (subordinado naturalmente de una manera no absoluta ni mecánica, porque siempre cuenta con una autonomía relativa propia) son el partido o la coalición de partidos de gobierno.

Pfandl²⁷⁹ asegura que el gobierno de Sancho en la supuesta Isla Barataria sirve a Cervantes, entre otras cosas, de pretexto para clavar, el dardo de su crítica en el régimen existente y sus corruptelas, como también contra los gobernantes en general, ya que los gobernadores como tales no existían en la España de los Felipes, y la administración civil y judicial del reino estribaba en los consejos, chancillerías, o audiencias o corregimientos.

Ludovik Osterc²⁸⁰ establece que el régimen de Sancho Panza, es un gobierno democrático con elementos de utopismo humanista. El gobierno de Sancho es un régimen de reformas influido por las ideas utópico – humanistas.

La concepción utópico humanista se refleja, en los consejos del caballero manchego a Sancho – un verdadero código humanista de normas político administrativas- así como la actividad gubernamental del escudero, tanto política, como judicial y legislativa.

La actividad gubernamental de Sancho fue toda una lección de ética política. En verdad, Sancho arregla todos los pleitos que se le presentan desde el punto de vista de una justicia ética y humana, de acuerdo con su conciencia y sentido común, tratando de penetrar en la esencia de tal o cual asunto.

Es democrática también su conducta respecto de sus súbditos, pues siguiendo los consejos de Don Quijote de visitar las cárceles, las carnicerías y las plazas, inspecciona personalmente el mercado y los

²⁷⁸ *Ibid.* p. 587

²⁷⁹ PFANDL. *Apud.* OSTERC L. op. cit. p. 219

²⁸⁰ *Ibid.* p. 280

alimentos, y efectúa en persona la ronda de la insula. Además de democrático el gobierno de Sancho es popular.

El éxito moral, intelectual y político de Sancho demuestra, de modo inconcuso, que la ciencia y arte de gobierno no son secreto de las clases superiores, sino que son accesibles igualmente a las clases inferiores, y que, para ejercerlas bien se requieran cualidades más preciosas que el conocimiento formal de las leyes y el estudio de la política, y son: la rectitud, el buen sentido y el deseo de acertar.

Con el fracaso de Sancho entonces. Cervantes señala la falta de premisas históricas para su victoria en aquellos tiempos, mientras que con su gran triunfo moral y político brinda a los Sanchos del futuro, como representantes del pueblo, un ejemplo que les sirva de norte y guía en su camino hacia la completa emancipación económica, social y política de la humanidad.

Finalmente podemos afirmar como Don Quijote²³¹ que gobernar *Es una ciencia – replicó Don Quijote- que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo.*

Es de vital relevancia la concepción que sobre el gobernar y sobre el Estado tiene Don Quijote, ya que le atribuye la característica de ser una sabiduría, es decir, es un conocimiento exacto de todas aquellas funciones que le son atribuidas a los órganos del Estado, que nos ayudará a entender todas las cosas que sucedan dentro del mismo, por sus principios y sus causas.

Esta figura tiene su fundamento en nuestro sistema jurídico en los artículos 39,40, 49, 50, 80 y 94 Constitucionales.

Artículo 39: La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno

Artículo 40: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41: El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los estados. en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.

Artículo 49: El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgaran facultades extraordinarias para legislar.

Artículo 50: El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General que se dividirá en dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.

²³¹ CERVANTES. op. cit. p. 430

Artículo 80: Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominara "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos".

Artículo 94: Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes

CAPÍTULO IV

LA LITERATURA COMO MEDIO DE ENSEÑANZA - APRENDIZAJE DEL DERECHO

4.1 LA CONTRIBUCIÓN AL DERECHO DE MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

En este apartado nos daremos a la tarea de analizar una serie de figuras jurídicas que se encuentran, en algunas otras obras de Miguel de Cervantes Saavedra, con la finalidad de demostrar que las figuras y conceptos analizados en el capítulo anterior no son ejemplos aislados, sino que de manera general, en la literatura, y en el caso particular en las obras de Miguel de Cervantes Saavedra, son utilizados algunos conceptos, que se creen que son propios del lenguaje jurídico, utilizado exclusivamente por las personas que son especialistas en Derecho y sobre todo de diversas ramas de la Ciencia Jurídica, y con ello demostrar que la literatura, puede enriquecer a la Ciencia Jurídica. Todas las figuras analizadas, tienen vigencia en nuestro sistema jurídico.

En lo referente a la materia penal Cervantes hace referencia dos figuras cuya naturaleza jurídica las une, estamos haciendo referencia a la querrela y el perdón del ofendido. La palabra querrela tiene un origen latino, significa queja o acusación. Desde tiempos antiguos se viene distinguiendo entre delitos que lesionan bienes jurídicos individuales y aquellos que lesionan bienes de la colectividad o del Estado: a los primeros se les ha denominado delitos privados y a los segundos delitos públicos.

El fundamento de la querrela, desde el punto de vista político, puede tener su origen en la levedad de las violaciones jurídicas sufridas por el ofendido. Con relación a la naturaleza de la querrela, la doctrina se ha dividido en dos sectores claramente diferenciados: uno de ellos le otorga naturaleza sustantiva, afirmando que es una condición objetiva de punibilidad y constituye un derecho público subjetivo personalísimo otorgado al ofendido por el delito, que tiene facultad de remisión. Algunos autores han llegado al extremo de considerar a la querrela, condición objetiva de punibilidad, como elemento del delito que condiciona el derecho del Estado a sancionar el hecho típico, antijurídico y culpable, lo anterior lleva a la conclusión inadmisibles de que la ausencia o falta de querrela excluye la punibilidad del hecho y por ello, la existencia del delito. El otro sector le otorga a la querrela naturaleza estrictamente procesal, al considerarla una condición de procedibilidad, pues de no existir o de haberse presentado en forma indebida, el juez no podrá proceder en contra del culpable, lo cual no impide la perfección del delito.

En nuestro sistema jurídico mexicano esta figura se encuentra regulada en el artículo 16 párrafo segundo constitucional, que a la letra dice: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Así como el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que al respecto dice: Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro

por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30 bis del código penal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.

El perdón del ofendido es también denominado desistimiento o renuncia al ejercicio de la acción penal. Francisco Pavón Vasconcelos²³² afirma que es la manifestación de voluntad del ofendido en el sentido de que no se persiga o no se sancione al autor del delito del que ha sido víctima, y produce como efecto la extinción de la acción penal, únicamente tratándose de delitos perseguidos por querrela.

Es decir, el perdón extingue, la pretensión punitiva del Estado y constituye un medio que elimina la responsabilidad penal derivada de la comisión de un hecho delictivo; la voluntad del particular, en tal caso no tiene la virtud de cambiar lo delictivo en no delictivo, sino en extinguir la acción penal y la responsabilidad para el delito cometido.

Esta figura encuentra su fundamento en el artículo 93 del Código Penal Federal, que dice: El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el ministerio público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculpaado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpaados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora.

²³² PAVÓN V. op. cit. p. 785

Cervantes²⁹³ hace referencia a ambas figuras jurídicas de la siguiente manera: *Recibió el tío del muerto la promesa de dos mil ducados, que le hicieron porque bajase de la querrela (renunciase a la Querrela) y perdonase a Don Juan. Por seis ducados se aparto de la querrela el herido.*

Como podemos observar Cervantes, nos hace referencia a esta figura como lo que doctrinalmente se conoce como Condición Objetiva de Punibilidad, cuya corrección se da a través del pago de una indemnización y con ello se evita la actividad persecutoria del Estado.

Otra figura es lo que Cervantes llama almojarifazgo, que son aquellos derechos que se pagan por la introducción o extorción de mercancías a un determinado país. Por importación y exportación debemos a entender el intercambio de bienes y servicios entre países. Los bienes pueden definirse como productos finales, productos intermedios necesarios para la producción de los finales o materias primas y productos agrícolas.

En nuestro sistema jurídico la tarifa del impuesto general de Importación y Exportación se da a través de lo que se conoce como nomenclatura. Máximo Carvajal Contreras²⁹⁴ establece que por nomenclatura entendemos la enunciación descriptiva, ordenada y metódica de las mercancías según reglas y criterios técnico – jurídicos, formando un sistema de clasificación y constituyendo el agrupamiento de todo, un universo de mercancías que pueden ser objeto de comercio internacional.

El comercio internacional permite a un país especializarse en la producción de los bienes que fabrica de forma más eficiente y con menores costes. El comercio también permite a un Estado consumir más de lo que podría si produjese en condiciones de autarquía. Por último, el comercio internacional aumenta el mercado potencial de los bienes que produce determinada economía, y caracteriza las relaciones entre países, permitiendo medir la fortaleza de sus respectivas economías.

La Ley Aduanera en sus artículos 64 al 89 regula de manera esencial esta figura, nosotros haremos referencia a algunos de ellos:

Artículo 64: La base gravable del impuesto general de importación es el valor en aduana de las mercancías, salvo los casos en que la ley de la materia establezca otra base gravable.

El valor en aduana de las mercancías será el valor de transacción de las mismas, salvo lo dispuesto en el artículo 71 de esta ley.

Se entiende por valor de transacción de las mercancías a importar, el precio pagado por las mismas, siempre que concurren todas las circunstancias a que se refiere el artículo 67 de esta ley y que éstas se vendan para ser exportadas a territorio nacional por compra efectuada por el importador, precio que se ajustará, en su caso, en los términos de lo dispuesto en el artículo 65 de esta ley.

Se entiende por precio pagado el pago total que por las mercancías importadas haya efectuado o vaya a efectuar el importador de manera directa o indirecta al vendedor o en beneficio de éste.

Artículo 79: La base gravable del impuesto general de exportación es el valor comercial de las mercancías en el lugar de venta, y deberá consignarse en la factura o en cualquier otro documento comercial, sin inclusión de fletes y seguros.

²⁹³ CERVANTES. *Obras Selectas (Novelas Ejemplares (La Gitanilla y la Ilustre Fregona)*. pp. 65, 217

²⁹⁴ CARVAJAL C. *Derecho Aduanero*. p. 370



Cuando las autoridades aduaneras cuenten con elementos para suponer que los valores consignados en dichas facturas o documentos no constituyen los valores comerciales de las mercancías, harán la comprobación conducente para la imposición de las sanciones que procedan.

Artículo 80: Los impuestos al comercio exterior se determinarán aplicando a la base gravable determinada en los términos de las secciones primera y segunda del capítulo III del presente título, respectivamente, la cuota que corresponda conforme a la clasificación arancelaria de las mercancías.

Cervantes²⁸⁵ señala los derechos de importación o exportación de mercancías de la siguiente manera: *Con todo esto, a la entrada de la Ciudad, que fue a la oración, y por la puerta de la Aduana, a causa del registro y almojarifazgo.*

¿ Págame en esta tierra almojarifazgo de ladrones, señor galán?

Al respecto Cervantes, hace mención a una de las maneras que tenía el Estado de hacerse llegar de recursos para el cumplimiento de sus fines.

En materia de derecho sucesorio Cervantes hace referencia a la figura del albacea y de los herederos, aunque también en Don Quijote de la Mancha, se refiere al testamento, sin embargo esta figura no es motivo de estudio en este trabajo.

La palabra albacea nos viene del idioma árabe; *alvací, alvaciya, alvazir*: lugarteniente. Antonio de Ibarrola²⁸⁶ establece que los albaceas, llamados también cabezaleros, testamentarios o ejecutores, son aquellas personas designadas por el testador para asegurar la ejecución y el cumplimiento de lo mandado por él.

Los albaceas pueden ser universales o especiales. Los albaceas universales tienen a su cargo el cumplimiento del testamento hasta dejar consumada la sucesión con la partición. El albacea especial nombra el testador para dar cumplimiento a alguna disposición especial.

El Código Civil Federal hace referencia a estas figuras en el artículo 1691, pero no establece una definición, dicho artículo a la letra dice: El albacea podrá ser universal o especial.

Los albaceas pueden ser por su forma de actuar: mancomunados o sucesivos y esto lo establece el Código Civil Federal los artículos 1682, 1693 y 1694 que disponen: Artículo 1682: Cuando el testador no hubiere designado albacea o el nombrado no desempeñare el cargo, los herederos elegirán albacea por mayoría de votos. Por los herederos menores votaran sus legítimos representantes.

Artículo 1693: Cuando los albaceas fueren mancomunados solo valdrá lo que todos hagan de consumo; lo que haga uno de ellos, legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número. Si no hubiere mayoría, decidirá el juez.

Artículo 1694: En los casos de suma urgencia, puede uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás.

²⁸⁵ CERVANTES S. op. cit. *Novelas Ejemplares (Rinconete o Conadillo)*. pp. 103, 107

²⁸⁶ IBARROLA Antonio de. *Cosas y Sucesiones*. p. 867

Por el contrario el albacea legítimo es el nombrado por los herederos cuando no hay albacea o el nombrado no desempeña el cargo, el Código Civil Federal lo establece en los artículos 1683, 1684, 1685, 1688, 1689, 1690 que dicen lo siguiente:

Artículo 1683: La mayoría, en todos los casos de que habla este capítulo, y los relativos a inventario y partición, se calculará por el importe de las porciones, y no por el número de las personas.

Cuando la mayor porción esté representada por menos de la cuarta parte de los herederos, para que haya mayoría se necesita que con ellos voten los herederos que sean necesarios para formar, por lo menos, la cuarta parte del número total.

Artículo 1684: Si no hubiere mayoría, el albacea será nombrado por el juez, de entre los propuestos.

Artículo 1685: Lo dispuesto en los dos artículos que preceden se observara también en los casos de intestado, y cuando el albacea nombrado falte, sea por la causa que fuere.

Artículo 1688: En el caso del artículo anterior, si hay legatarios, el albacea será nombrado por estos.

Artículo 1689: El albacea nombrado conforme a los dos artículos que preceden, durara en su encargo mientras que, declarados los herederos legítimos, estos hacen la elección de albacea.

Artículo 1690: Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombraran el albacea.

Por último el albacea judicial o dativo es aquel nombrado por el juez y lo establece el Artículo 1687 del Código Civil Federal, en relación con el artículo 834 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

Artículo 1687: Cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, el juez nombrara el albacea si no hubiere legatarios.

Artículo 834.- Si la falta de herederos de que trata el artículo 1687 del Código Civil depende de que el testador declare no ser suyos los bienes, o de otra causa que impida la sucesión por intestado, el albacea judicial durará en su encargo hasta que se entreguen los bienes a su legítimo dueño.

Por el contrario Heredero es aquel que como señala el Artículo 1284 adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.

Ferrara²⁸⁷ dice que el heredero recoge un *universum jus* del difunto o una cuota o fracción de esa universalidad. La adquisición por parte del heredero la califica de colectiva, simultánea y unitaria. Lo primero porque recibe todos los bienes transmisibles; lo segundo porque entran al mismo tiempo en el nuevo patrimonio, y lo tercero, porque la adquisición se realiza *uno ictu* (de un solo golpe) en relación con todos los bienes.

Cervantes²⁸⁸ habla de los herederos o albaceas de la siguiente manera: *muy bien harás, hija, y mira no seas miserable: que es de mucha importancia llevar las personas las candelas delante de sí antes de que se muera, y no aguardar a que las pongan los herederos o albaceas.*

²⁸⁷ FERRARA. Apud. *Ibid.* p. 657.

²⁸⁸ CERVANTES S. op. cit Novelas Ejemplares (Rinconete o Cortadillo). p. 115

Aquí observamos la influencia que la normatividad de la época tiene sobre Cervantes, debido a que él considera como uno de los temas jurídicos de mayor relevancia los de materia sucesoria.

En materia procesal Cervantes considera la ejecución aparejada, la deuda líquida; el remate y el concurso de acreedores, entre algunas figuras de relevancia en esta materia.

La palabra aparejada proviene del latín *parata* y denota que el instrumento está pronto o preparado para recibir su ejecución. Por ejecución aparejada debemos entender asegura Víctor de Santo²⁸⁹ la ejecución que se hace en virtud de un acto o instrumento tal cual, sin que haya necesidad de otra formalidad ni de otro título.

Esta figura se presenta en el caso de los títulos ejecutivos. Reciben esta denominación los documentos que por sí sólo basta para obtener en el juicio correspondiente la ejecución de una obligación.

El Artículo 1391 del Código de Comercio al respecto establece: El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al Artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;

II. Los instrumentos públicos;

III. La confesión judicial del deudor, según el Art. 1283;

IV. Los títulos de crédito;

V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor; y

VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

El Artículo 2189 del Código Civil Federal se encarga de dar una noción de cuando una deuda es líquida y al respecto establece: Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días.

Eduardo Pallares²⁹⁰ afirma que el concepto remate puede ser entendido en dos sentidos: como la adjudicación que se hace a una persona del bien que sale en venta, en subasta o almoneda; y la

²⁸⁹ DE SANTO Víctor. Diccionario de Derecho Procesal. p. 117

²⁹⁰ PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho procesal Civil. pp. 704, 738

diligencia misma en que se lleva a cabo. Pero afirma que debemos de entender por ello toda venta pública que se hace por orden y con la intervención de la autoridad judicial o administrativa sea de bienes muebles o inmuebles.

José Becerra Bautista²⁹¹ señala que el remate es el conjunto de actos jurídicos que permiten a la autoridad realizar la venta forzada de bienes para satisfacer una obligación.

El remate es la adjudicación de bienes ajenos, en público y al mejor postor, por persona que hacen de ello su profesión y que se llaman rematadores o martilleros, asegura Víctor de Santo²⁹².

El remate esta regulado por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en sus artículos 564 a 598, se hará referencia sólo a algunos de ellos:

Artículo 564.- Toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en este título, salvo en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario.

Artículo 565.- Todo remate de bienes raíces será público y deberá celebrarse en el juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución.

Artículo 569.- El avalúo se practicará de acuerdo con las reglas establecidas para la prueba pericial. Si fueren más de dos los peritos valuadores, no habrá necesidad de nombrar tercero en discordia.

Artículo 573.- Es postura legal la que cubra las dos terceras partes del avalúo o del precio fijado a la finca hipotecada por los contratantes, con tal de que la parte de contado sea suficiente para pagar el crédito o créditos que han sido objeto del juicio y las costas.

Cuando por el importe del avalúo no sea suficiente la parte de contado para cubrir el crédito o créditos y las costas, será postura legal las dos tercias partes del avalúo dadas al contado.

Artículo 581.- Al declarar aprobado el remate, mandará el juez que dentro de los tres días siguientes, se otorgue a favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente, en los términos de su postura y que se le entreguen los bienes rematados.

Artículo 582.- No habiendo postor quedará al arbitrio del ejecutante pedir en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por el precio del avalúo que sirvió de base para el remate o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del veinte por ciento de la tasación. Esta segunda subasta se anunciará y celebrará en igual forma que la anterior.

Artículo 583.- Si en ella tampoco hubiere licitadores, el actor podrá pedir o la adjudicación por el precio que sirvió de base para la segunda subasta o que se le entreguen en administración los bienes para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital y de las costas.

Artículo 587.- Cualquier liquidación que tenga que hacerse de los gravámenes que afecten a los inmuebles vendidos, gastos de la ejecución y demás, se regulará por el juez con un escrito de cada parte y resolución dentro del tercer día.

²⁹¹ NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO P-Z. p. 3292

²⁹² DE SANTO Víctor. op. cit. p. 403 ...

Así como en los artículos 2323 a 2326 del Código Civil Federal:

Artículo 2323: Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos, se registrarán por las disposiciones de este título, en cuanto a la substancia del contrato y a las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, con las modificaciones que se expresan en este capítulo. En cuanto a los términos y condiciones en que hayan de verificarse, se registrarán por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 2324: No pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el juez, secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate.

Artículo 2325: Por regla general las ventas judiciales se harán en moneda efectiva y al contado, y cuando la cosa fuere inmueble pasará al comprador libre de todo gravamen, a menos de estipulación expresa en contrario, a cuyo efecto el juez mandará hacer la cancelación o cancelaciones respectivas, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 2326: En las enajenaciones judiciales que hayan de verificarse para dividir una cosa común, se observará lo dispuesto para la partición entre herederos.

Cervantes²⁹³ se refiere a la deuda líquida, a la ejecución aparejada y el remate así: *Y así, Beltrán es el mercader, voacé le quiere mal, su lacayo es su can, y dan al can se da a Beltrán, y la deuda queda líquida y trae aparejada ejecución: por eso no hay sino pagar luego sin apercebimiento de remate.*

Para Cervantes la materia procesal es de mucha relevancia, ya que concibe a estos procedimientos como medios de defensa de la población, ya que estas eran de las figuras procesales de mayor importancia.

En el derecho procesal, el concurso es el juicio universal cuyo objeto es asegurar los bienes del deudor, determinar su activo y pasivo realizar aquél y pagar el pasivo.

Edgar Baqueiro Rojas²⁹⁴ señala que el concurso de acreedores es el juicio universal que se establece para liquidar el patrimonio de un deudor que suspende el pago de sus deudas vencidas y liquidadas y exigibles.

Caravantes²⁹⁵ afirma que por concurso de acreedores se entiende el juicio universal que promueve, bien por el autor, o a su instancia, o bien por los acreedores, para adoptar reunidos los medios convenientes a fin de cobrar cada uno de sus respectivos créditos de los bienes del deudor, o la parte a que éstos alcanzaren.

Para Víctor de Santo²⁹⁶ es el juicio universal que permite resolver en un solo procedimiento todas las cuestiones referentes a la liquidación de los bienes del deudor comerciante o no comerciante.

²⁹³ CERVANTES S. op. cit (Novelas Ejemplares (Rinconete o Cortadillo). p 123.

²⁹⁴ NUEVO DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO A-C. p. 698

²⁹⁵ CARAVANTES. Apud. PALLARES. op. cit. p. 170

²⁹⁶ DE SANTO V. op. cit. p. 64



El Código Civil Federal establece esto en los artículos 2964 a 2973, haremos sólo referencia a algunos de ellos: Artículo 2964: El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

Artículo 2965: Procede el concurso de acreedores siempre que el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles.

La declaración de concurso será hecha por el juez competente, mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 2966: La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquiera otra administración que por la ley le corresponda, y hace que se venza el plazo de todas sus deudas.

Esa declaración produce también el efecto de que dejen de devengar intereses las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios, que seguirán devengando los intereses correspondientes, hasta donde alcance el valor de los bienes que los garanticen.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en sus artículos 738 a 768, regula también esta figura, pero nosotros sólo nos referiremos a algunos de ellos:

Artículo 738: El concurso del deudor no comerciante puede ser voluntario o necesario. Es voluntario cuando el deudor se desprende de sus bienes para pagar a sus acreedores, presentándose por escrito acompañando un estado de su activo y pasivo con expresión del nombre y domicilio de sus deudores y acreedores, así como una explicación de las causas que hayan motivado su presentación en concurso. Sin estos requisitos no se admitirá la solicitud. No se incluirán en el activo los bienes que no puedan embargarse.

Es necesario cuando dos o más acreedores de plazo cumplido han demandado o ejecutado ante uno mismo o diversos jueces a sus deudores, y no haya bienes bastantes para que cada uno secuestre lo suficiente para cubrir su crédito y costos.

Cervantes²⁹⁷ hace referencia al Concurso de Acreedores así: *el trabajo de los autores es increíble, y su cuidado, extraordinario, y han de ganar mucho para que al cabo del año no salgan tan empeñados que les sea forzoso hacer pleito de acreedores.*

Otras figuras a la que hace referencia Cervantes, son en materia familiar, como es el matrimonio y el Divorcio. El matrimonio atendiendo a su significado etimológico, significa carga, gravamen o cuidado de la madre, viene pues, de *matris* y *munium*, carga o cuidado de la madre más que del padre.

Escriche²⁹⁸, define al matrimonio, como la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.

²⁹⁷ CERVANTES S. op. cit. (*Novelas Ejemplares (El Licenciado Vidriera)*). p. 171

²⁹⁸ ESCRICHE. Apud. IBARROLA Antonio de. *Derecho de Familia*. p. 155

La palabra *divortium* viene del verbo *divertere*: irse cada quien por su lado. Para Antonio de Ibarrola²⁹⁹ el divorcio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respeto a terceros.

Al respecto el Código Civil Federal en su artículo 266 establece: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Cervantes³⁰⁰ se refiere a los divorcios y al matrimonio así: *aun bien que está ya el señor juez de los divorcios sentado en la silla de la audiencia.*

Señor, ¡ divorcio, divorcio, y más divorcio, y otras mil veces divorcio!

Déjeme vuesa merced llorar, que con esto descanso. En los reinos y en las repúblicas bien ordenadas había de ser limitado el tiempo de los matrimonios, y de tres en tres se habían de deshacer, o confirmarse de nuevo, como cosas de arrendamiento, y no que hayan de durar toda la vida, con perpetuo dolor de entrenabas partes.

No debemos olvidar que el hecho de que Cervantes haga referencia a una figura que la iglesia católica, religión preponderante en su época, no acepta es una forma más de criticarla, y con ello enfrentar de nuevo al *status quo*, ya que inclusive hace alusión a algunas de las causas que podrían llegar a provocarlo.

Finalmente analiza la figura de los derechos de autor. Derecho de Autor asegura Ernesto Gutiérrez y González³⁰¹ es el reconocimiento y protección perpetuo del Estado, a la situación de hecho, de la creación por el pensamiento de un ser humano, de una idea u obra que la externa en la sociedad, la cual llevará su nombre, y nadie deberá mutilarla o alterarla, y la protección y reconocimiento temporal de que solo su creador pueda explotarla directa o indirectamente, para obtener beneficios pecuniarios, por cualquier medio de transmitir el pensamiento.

Existen principalmente dos tesis que explican la naturaleza jurídica de los derechos de autor: la primera señala que el derecho de autor tiene una naturaleza jurídica de derecho real afirmando que en el derecho de autor no hay un sujeto pasivo o deudor, por lo cual tiene que ser forzosamente derecho real y no personal y la segunda afirma que la naturaleza jurídica es de derecho real de propiedad asegurando que este otorga la exclusividad de la idea a su titular, y éste es el único que puede explotarla y beneficiarse con ella.

Al respecto Ernesto Gutiérrez y González³⁰² asegura que el derecho de autor no es derecho real, ni tampoco personal, es lisa y llanamente lo que su nombre indica "derecho de autor", o "privilegio" como lo designa la constitución y su naturaleza jurídica es propia y diferente a la de los otros derechos.

Es decir, el derecho de autor no tiene existencia por sí solo, pues su tutela y defensa existe sólo en la medida que el Estado a través de la ley, lo tutela y reconoce.

Existe una ley de carácter federal que regula ésta figura que se denomina Ley Federal de Derechos de Autor, la cual en sus artículos 11 a 17 establece de manera principal lo referente a estos, por lo cual haremos referencia a algunos de ellos:

²⁹⁹ *Ibíd.* 158

³⁰⁰ CERVANTES S. op. cit (*Entremeses - Entremés del Juez de los Divorcios -*). p. 311

³⁰¹ GUTIERREZ y GONZÁLEZ, *El Patrimonio*. p. 659

³⁰² *Ibíd.* p. 645



Artículo 11: El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

Artículo 12: Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

Artículo 17: Las obras protegidas por esta ley que se publiquen, deberán ostentar la expresión "derechos reservados", o su abreviatura "d.r.", seguida del símbolo c; el nombre completo y dirección del titular del derecho de autor y el año de la primera publicación. Estas menciones deberán aparecer en sitio visible. La omisión de estos requisitos no implica la pérdida de los derechos de autor, pero sujeta al licenciatario o editor responsable a las sanciones establecidas en la ley.

Cervantes³⁰³ se refiere a los derechos de autor así: *Y mandamos que, durante el dicho tiempo, persona alguna, sin vuestra licencia, no lo puede imprimir, so pena que el que le imprimiere o vendiere en estos nuestros reinos haya perdido y pierda todos y cualesquier libros y moldes que dél tuviere y vendiere, y más, incurra en pena de cincuenta mil maravedies: la tercera parte para el denunciador, y la otra tercera parte para la nuestra cámara, y la otra tercera parte para el juez que lo sentenciare.*

Cervantes no hace referencia de manera directa a esta figura, sino que es en la autorización que recibe para la publicación de su obra la Galatea donde se establecen cuales son los derechos que adquiere el propio Cervantes sobre la obra a publicar.

Finalmente Cervantes³⁰⁴ hace referencia a la impartición de Justicia en España de la siguiente manera: *Entraron a pedir justicia, así cristianos como algunos turcos, y todos de cosas de poca importancia, que las más despachó el cadí sin dar traslado a la parte, sin autos, demandas ni respuestas, que todas las causas, sino son las matrimoniales, se despacha en pie y en un punto, más a juicio de buen varón que por ley alguna, y entre aquellos bárbaros, si lo son en esto, el cadí es el juez competente de todas las causas, que las abrevia en la uña y la sentencia en un soplo, sin que haya apelación de su sentencia para otro tribunal.*

Con lo anterior queda demostrado que nuestro sistema jurídico, recibe una gran influencia del imperio español, de donde adquirió gran parte de la tradición jurídica que hoy, aun tiene vigencia. Así como que en el siglo XVI y principios del siglo XVII, como queda explicado en este apartado, ya existían figuras que en nuestro sistema jurídico fueron adoptadas hasta principios del siglo XX, como por ejemplo el divorcio y la libertad testamentaria, que fue adoptado por la ley de relaciones familiares de Venustiano Carranza de 1915, los Derechos de Autor, por solo mencionar algunos.

Miguel de Cervantes nos ayuda a entender con mayor claridad, como estaba el sistema jurídico español, en el momento que el imperio gobernaba en lo que hoy es nuestro país, para entender de mejor manera, como se ha dado la construcción de nuestro propio sistema jurídico, pero sobre todo entender la evolución que algunas figuras jurídicas han tenido en los diversos sistemas jurídicos contemporáneos.

³⁰³ CERVANTES S. op. cit (*La Galatea*). pp. 401, 402

³⁰⁴ Ibid. (*La Ilustre Fregona*). p. 227

4.2 LA APORTACIÓN AL ANÁLISIS Y REFLEXIÓN DEL DERECHO DE OTRAS OBRAS DE LA LITERATURA UNIVERSAL: UN PANORAMA GENERAL

a) El Contrato Social en Guerra y Paz de Leon Tolstói y en Filosofía en la Alcoba del Marqués de Sade

La teoría según la cual la sociedad humana debe su origen (o, mejor, su posibilidad en cuanto sociedad) a un contrato o pacto entre individuos suele llamarse la teoría del contrato social y también contractualismo.

Los defensores de esta teoría no suelen sostener que la sociedad se originó efectivamente cuando los hombres, o mejor, un grupo de hombres se reunió con el fin de llegar a un acuerdo sobre fines comunes; afirman simplemente que, sea cual fuere el origen de la sociedad, su fundamento y su posibilidad se halla en un pacto.

El contractualismo considera, pues, a la sociedad como si en un momento histórico (o prehistórico) hubiese tenido lugar un pacto o contrato.

Richard Peters³⁰⁵ establece que se admitían dos tipos de pactos en tiempos de Hobbes: el *pactum unionis* considerado como origen de la sociedad civil y basado en la aceptación por la mayoría de las decisiones tomadas, y el *pactum subjectionis* por el cual la comunidad se sometía a una forma particular de gobierno civil.

Rousseau³⁰⁶ por su parte aseguró que la esencia del contrato social es que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general, y nosotros recibimos cada miembro como parte indivisible del todo.

Leon Tolstói³⁰⁷ se refiere de la siguiente manera al Contrato Social: *La Nación le había dado el poder precisamente para que desembarazara de los Borbones; en él había reconocido al hombre superior. La revolución fue una gran obra.*

¡La revolución y el regicidio una gran obra!.. Después de esto... murmuró Ana Pavlovna - ¿no quieren pasar a la otra mesa?

¡El contrato social! Exclamó el vizconde sonriendo resignadamente.

¡No hablo del regicidio, sino de la idea!

¡Sí, la idea del pillaje, del asesinato y del regicidio! Dijo interrumpiéndole, una voz irónica.

Cierto que esos son los extremos; pero el fondo verdadero de la idea es la emancipación de los prejuzgados, la igualdad de los ciudadanos, y todo esta ha sido conservado por Napoleón.

³⁰⁵ Cfr. PETERS. Apud. FERATER, Mora. Diccionario de Filosofía t. I A-K. p. 356

³⁰⁶ Cfr. ROUSSEAU. El Contrato Social. Apud. Ídem.

³⁰⁷ TOLSTÓI Leon. Guerra y Paz. p. 21-22

¡La libertad! ¡La igualdad! Dijo con desprecio el vizconde. Esas palabras perdieron ya su valor. ¿Quién no gustaría de la libertad y de la igualdad? ¡ El salvador nos la predicó! ¡Quedamos más felices después de la Revolución? ¡ Al contrario! ¡Queríamos libertad, y Bonaparte la confiscó.

Al respecto el Marqués de Sade³⁰⁸ afirma: *Franceses: sólo es menester que propinemos los primeros golpes; una vez que haya visto la luz, el pueblo encontrará su propio camino. Pero hay que mostrarle la luz. Debéis apresurar nuestra tarea de educar a la juventud; no educarla con las estupideces elementales que fueron vuestra primera educación a manos de los curas, sino de una ética firme basada en una estructura lógica; no habéis de enseñarle un compendio de los lemas necios que sentirá tal vez orgullo, más tarde, de haberlos olvidado, sino enseñarles las verdades humanas fundamentales de las que puedan deducir un sentimiento de obligación hacia la sociedad, y un deseo de cumplir voluntariamente con ella. Hay que esforzarse porque nuestros hijos comprendan el principio fundamental de la civilización: que nuestra dicha personal depende de la dicha de quienes nos rodean. Además, no debe serles presentado dicho principio como basado en el mito cristiano (como sucedió con todos los principios que nos enseñaron de niños), porque tan pronto como hayan rechazado el mito, habrán derribado el edificio al que habrían de servir de cimientos; así, convertirán en bandos, asesinos y ladrones sin más razón que el hecho de que la religión lo prohibiera. Por el contrario si se les hace comprender que la virtud es necesaria para su felicidad, entonces el egoísmo los convertirá en hombres honrados. ¡ Y el mundo no conoce hombres más honrados que quienes lo son por interés propio!*

b) Los Derechos del Hombre en las Mentiras de la Noche de Gesualdo Bufalino

Nicola Maccucci³⁰⁹ establece que el iusnaturalismo y el contractualismo aseguran que los hombres tienen derechos naturales anteriores a la formación de la sociedad, derechos que el Estado debe reconocer y garantizar como derechos del ciudadano.

La declaración de los derechos ha planteado diversos problemas que han sido al mismo tiempo, políticos y conceptuales. Acerca de la naturaleza de estos derechos hay quien asegura que son naturales, pertenecientes al hombre en cuanto hombre, opina que el Estado puede y debe solamente reconocerlos, admitiendo así, un límite preexistente a su soberanía; para quien no siga al iusnaturalismo, éstos son derechos subjetivos concedidos a los individuos por el Estado en su autónoma soberanía, que de tal manera se autolimita; toman una posición intermedia aquellos que siguen al contractualismo, los cuales, ayer como hoy, fundan estos derechos en el contrato, expresado por la Constitución, entre las diversas fuerzas políticas y sociales.

Estos derechos pueden ser clasificados en civiles, políticos y sociales. Los primeros son los que se refieren a la personalidad del individuo (libertad personal, de pensamiento, de religión, de reunión, libertad económica); y por ellos se garantiza al individuo una esfera de arbitrio o de licitud, siempre que su comportamiento no viole el derecho de los otros. Los derechos civiles obligan al estado de no impedimento, a una abstracción (son una libertad por). Los derechos políticos (libertad de asociación en los partidos, derechos electorales) están vinculados a al formación del Estado democrático – representativo e implican una libertad activa, una participación de los ciudadanos en la determinación de la dirección política del Estado (son una libertad de). Los derechos sociales (derecho al trabajo, a la

³⁰⁸ SADE Marqués de. Obras Completas t. I (Filosofía en la Alcoba). pp. 246 - 247

³⁰⁹ MATEUCCI. Apud. BOBBIO. op. cit. p. 458

asistencia, al estudio, protección de la salud, libertad de la miseria y del miedo) madurados por las nuevas exigencias de la sociedad industrial, en cambio, implican un comportamiento activo por parte del Estado al garantizar a los ciudadanos una situación de certidumbre (son todavía libertades por).

Gesualdo Bufalino³¹⁰ al respecto establece: - *Si, sólo dos vicarios de Dios hay en la tierra, Rey y Papa; mientras vosotros sois mil y mil dependientes y payasos del diablo; y os llamáis pueblo; y crecéis invisibles; y habéis ocultado en la tierra una mina que en una sola explosión aterrorizara los ejemplos del mundo antiguo, los precedentes de la experiencia, las leyes y las actas de cualquier congregación y senado... una mina que se llama: derechos del hombre...*

A Bufalino le queda muy claro que existe una figura jurídico – política que puede servir de freno a las instituciones del Estado que detenta el poder, esta figura son los llamados derechos del hombre.

c) El Poder Judicial en Los Viajes de Gulliver de Jonathan Swift y en la Madre de Máximo Gorki

Ignacio Burgoa Orihuela³¹¹ asegura que la locución poder judicial suele emplearse, como se sabe, en dos sentidos que son: el orgánico y el funcional. Conforme al primero, que es impropio aunque muy usual, el poder judicial denota a la judicatura misma, es decir, al conjunto de tribunales federales o locales estructurados jerárquicamente y dotados de distinta competencia. Bajo el segundo sentido, dicho concepto implica la función o actividad que los órganos judiciales del Estado desempeñan, sin que sea total y necesariamente jurisdiccional, puesto que su ejercicio también comprende, por excepción, actos administrativos.

Tampoco la función jurisdiccional sólo es despegable por los órganos judiciales formalmente considerados, ya que es susceptible de ejercitarse por órganos que, desde el mismo punto de vista, son administrativos o legislativos.

Montesquieu³¹² asegura: En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe de Estado, hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, y envía y recibe embajadores, establece seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.

Al respecto Jonathan Swift³¹³ establece lo siguiente: *Habéis probado con perfecta claridad que la ignorancia, la ociosidad y el vicio, son los ingredientes adecuados para integrar a un legislador digno de ese título; que las leyes son mejor explicadas, interpretadas y aplicadas por aquellos cuyos intereses y capacidad se dedican a saber deformarlas, embrollarlas y eludirlas.*

Swift comienza en el siglo XVIII a establecer la crisis por la que atraviesan las instituciones encargadas de la impartición de justicia dentro del Estado, en el caso particular el inglés, por esto realiza la crítica ya mencionada.

³¹⁰ BUFALINO Gesualdo. Las Mentiras de la Noche. p. 38

³¹¹ BURGOA. op. cit. p. 811

³¹² MONTESQUIEU. Apud. MORENO Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. p. 388

³¹³ SWIFT Jonathan. Los Viajes de Gulliver. p. 136

Montesquieu³¹⁴ establece que cuanto más se acerca la forma de gobierno a la República más fija debe ser la manera de juzgar. En los Estados Despóticos no hay leyes: el juez es guía de sí mismo. En los Estados Monárquicos hay una ley; si es terminante, el juez la sigue; si no lo es, busca su espíritu. En los Estados Republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley.

Corina Yturbe³¹⁵ asegura que la separación de poderes es una teoría según la cual en un gobierno deben distinguirse el poder legislativo (las cámaras baja y alta), el ejecutivo (el rey y sus ministros) y el judicial (el cuerpo de magistrados) asegurándose la independencia de cada uno de ellos. Sin embargo, a pesar de las apariencias, Montesquieu no defiende una separación real de los tres poderes, sino una combinación de ellos.

Montesquieu³¹⁶ acerca de la manera de enjuiciar afirma que en las monarquías, los jueces toman la manera de los árbitros: deliberan juntos, se comunican sus pensamientos y se ponen de acuerdo; cada uno modifica su opinión hasta conciliar con la de otro; en otro caso, los que estén en minoría se adhieren al parecer de los más. Esto no está en la índole de la República. En Roma y de las ciudades griegas, los jueces no se comunican entre sí ni necesitaban conciliarse: cada uno emitía su juicio de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, aclárese.

Eisenmann³¹⁷ establece que el poder judicial en la teoría de Montesquieu no es un poder en el sentido propio. Establece que es el poder invisible y como nulo, dice Montesquieu. Y de hecho, el juez es para él sólo una presencia y una voz. Es un hombre cuya función consiste única y exclusivamente en leer y decir la ley.

Al respecto Máximo Gorki³¹⁸ establece: *Los jueces se movían a derecha e izquierda. El muchacho del cabello albino se levantó pesadamente, y dijo muy despacio:*

- *¿Deberías avergonzarte! Yo soy un hombre sin instrucción, y, sin embargo, sé lo que es la justicia.*

Nuestro sistema jurídico establece esta figura en el párrafo primero del Artículo 94 constitucional: Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

Así como en el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: El Poder Judicial de la Federación se ejerce por:

I.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación;

II.- El Tribunal Electoral;

III.- Los Tribunales Colegiados de Circuito;

IV.- Los Tribunales Unitarios de Circuito;

³¹⁴ MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes. pp. 52-53

³¹⁵ YTURBE Corina. Charles Montesquieu. p. 47

³¹⁶ MONTESQUIEU. op. cit. p. 53

³¹⁷ EISENMANN. Apud. ALTHUSSER Louis. Montesquieu: la Política y la Historia. pp. 121- 122

³¹⁸ GORKI Máximo. La Madre. p. 326

V.- Los Juzgados de Distrito;

VI.- El Consejo de la Judicatura Federal;

VII.- El Jurado Federal de Ciudadanos, y

VIII.- Los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los demás en que, por disposición de la ley deban actuar en auxilio de la justicia federal.

d) La Pirámide de Kelsen en La Cabeza Perdida de Damaceno Monteiro de Antonio Tabucchi

Miguel Villoro Toranzo³¹⁹ asegura que probablemente la aportación más valiosa de Kelsen es su profundo y sutil estudio de la jerarquía de las normas jurídicas. En él, siguiendo una lógica férrea, vemos estructurarse todas las normas que componen el orden jurídico, a partir de una norma básica o primera Constitución hasta los actos jurídicos de los particulares.

Las normas que lo integran valen no en virtud de su contenido o de la justicia de las que condicionan su obligatoriedad, sino en cuanto han sido creadas de acuerdo con determinadas prescripciones del propio ordenamiento.

La derivación de las normas de un orden jurídico de la fundamental del propio orden, se realiza mostrando cómo esas normas han sido creadas de acuerdo con la básica.

Hans Kelsen³²⁰ asegura que el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí. que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles.

Eduardo García Máynez³²¹ señala que el orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho positivo se compone, por regla general, de los siguientes grados: 1.- Normas constitucionales; 2.- Normas ordinarias; 3.- Normas reglamentarias; 4.- Normas individualizadas.

Es decir, para que un ordenamiento jurídico sea eficaz significa que los órganos y los súbditos del mismo se comportan, las más de las veces, conforme a las normas que lo constituyen.

Para Antonio Tabucchi³²² quien cabe destacar no es especialista en Derecho, explica la teoría kelseniana de la gran norma de la siguiente manera: *Pero entonces se trata de una Grundnorm. Firminio lo miró con aire desorientado, y el abogado le leyó en el rostro la desorientación.*

- *No puedo pretender que sepa usted lo que es una Grundnorm - continúo el abogado-, soy consciente de que a veces, los hombres de leyes, hablamos en clave.*

³¹⁹ VILLORO Toranzo. Lecciones de Filosofía del Derecho. p. 429

³²⁰ Cfr. Teoría General del Derecho y del Estado. GARCÍA Máynez. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. p.

145

³²¹ *Ibid.* p. 147

³²² TABUCHCHI Antonio. La Cabeza Perdida de Damaceno. pp. 84- 86



- Explíquemelo entonces usted – adujo Firminio-, yo estudié en la Facultad de Filosofía y Letras.
- ¿Le suena a usted Hans Kelsen? – preguntó en voz baja el abogado, como si se hablara a sí mismo.
- Hans Kelsen – respondió Firminio intentando hurgar entre sus escasos conocimientos jurídicos -, me parece que he oído hablar de él, es un filósofo del Derecho. creo, pero seguro que usted puede explicármelo mejor.
- Bien – continuó-, yo, con mis conocimientos de estudiantes de Oporto, había concentrado mi atención en aquel hombre, Hans Kelsen, nacido en Praga en 1881, judío centroeuropeo; en los años veinte había escrito un ensayo titulado Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, que yo había leído de estudiante, porque yo soy de lengua alemana, sabe usted, mis institutrices eran alemanas, es prácticamente mi lengua materna. Así que me matriculé en uno de sus cursos de la Universidad de Berkeley. Era un hombre alto y enjuto, clavo y torpón, a primera vista nadie hubiera dicho que fuese un gran filósofo del Derecho, se le habría tomado por un funcionario del Estado. Había huido primero de Viena y después también tuvo que huir de Polonia, a causa del Nazismo. Había enseñado en Suiza y después se había trasladado a los Estados Unidos. Yo lo seguí de inmediato a los Estados Unidos. Al año siguiente se trasladó de nuevo a la Universidad de Ginebra, y yo lo seguí hasta Ginebra. Sus teorías acerca de la Grundnorm se habían convertido en una obsesión para mí.
- Grundnorm - repitió -, ¿capta el concepto?
- Norma base – dijo Firminio intentando servirse del poco alemán que sabía.
- Sí naturalmente, norma base – precisó el obeso-, sólo que para Kelsen está situada en el vértice de la pirámide, es una norma base invertida, está en la cima de su teoría de la justicia, a la que él definía como Stufenbau Theorie, teoría de la construcción piramidal.
- Es una proposición normativa – continuó-, está en el vértice de la pirámide de lo que llamamos Derecho, pero es el fruto de la imaginación del estudioso, una pura hipótesis.

En nuestro sistema su estructura se establece en el Artículo 133 constitucional: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

e) El Origen de la Ley en Confesión de un Asesino de Joseph Roth

José Ferrater Mora³²³ asegura que en sentido primario se entiende por ley una norma o, más usualmente, un conjunto de normas obligatorias. La obligación puede ser jurídica o moral o las dos al mismo tiempo.

Agustín Pérez Carrillo³²⁴ establece que la ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad.

El fundamento de la ley puede hallarse en la voluntad de Dios (sea la pura verdad arbitraria o la voluntad racional), en la voluntad de un legislador, en el consenso (general o bien mayoritario) de una sociedad o en las exigencias de la razón (razón que se supone idéntica en todos los hombres).

³²³ FERRATER Mora. Diccionario de Filosofía t. II L- Z. p. 46

³²⁴ PEREZ C. op. cit. p. 52



Según se acentúe la voluntad o la razón en el origen y fundamentación de la ley se habla de interpretación voluntarista o intelectualista de la misma. Algunos autores niegan que la voluntad o la razón solas puedan desempeñar un papel determinante o decisivo y se inclinan a considerar que aunque sin decisión voluntaria no puede haber ley, ésta carece de consistencia si no va apoyada por la razón.

En general, mientras unos sostienen que la ley expresa sólo relaciones entre fenómenos o que tienen un valor estadístico, otros señalan que la necesidad de la ley se origina en el hecho de que se refiere a esencias y si se quiere a los objetos formales. La necesidad de la ley no implica, sin embargo la necesidad de un fenómeno contingente, la ley indica que tal fenómeno ha de producirse según una ley determinada, pero no que el fenómeno en cuestión – tal determinado fenómeno singular- haya forzosamente de producirse.

Joseph Roth³²⁵ asegura que la ley se origina así: *Y, sin embargo, amigos míos permítanme que divague un rato, perdonen que les entretenga: ¡Ojalá fuéramos hoy los mismos granitos de polvo de antaño! No dependíamos de leyes sino de caprichos. Pero esos caprichos eran casi más predecibles que las leyes. Porque incluso las leyes dependen de caprichos. Por algo podemos interpretarlas. Sí, amigos míos, las leyes no protegen contra la arbitrariedad, pues ellas mismas son interpretadas arbitrariamente. Nunca he conocido los caprichos de un juez secundario. Han de ser peores que un capricho normal: simples oídos y rencores miserables. Sí, conozco, en cambio, los caprichos de un gran señor. Son incluso más de fiar que las leyes. Un auténtico gran señor, capaz de castigar y de indultar, puede enojarse por una sola palabra, pero también volver a congraciarse al oír otra; Y cuántos grandes señores han permanecido a salvo de la infamia de este mundo! Sus caprichos eran siempre bien intencionados. Las leyes, en cambio, casi siempre son malévolas, amigos míos. No existe una sola ley que pueda recibir el calificativo de benigna; en este mundo ni siquiera existe una justicia absoluta. ¡La justicia, amigos míos, sólo existe en el infierno!...*

f) El Deber Jurídico en Confesión de un Asesino de Joseph Roth

Eduardo García Máynez³²⁶ afirma que el deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, deriva de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa.

Eduardo García Máynez³²⁷, asegura que el deber jurídico no es una vinculación psíquica real, sino jurídica. Esto lo comprueba el hecho de que la existencia del deber jurídico es en todo independiente de que en cada caso concreto exista o no vínculo psíquico en aquella dirección en que radica la conducta constitutiva del contenido del deber.

Cuando un deber jurídico nace a cargo de un sujeto, éste pierde, al mismo tiempo, ya el derecho de omitir lo que se le ordena, ya el de hacer lo que se le prohíbe.

Es decir, cuando se nos ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se nos prohíbe un cierto acto, el deber es fundante del derecho a la omisión de la conducta ilícita.

³²⁵ ROTH Joseph. Confesión de un Asesino. pp. 71- 72

³²⁶ GARCÍA M. op. cit. p. 268

³²⁷ *Ibid.* p. 266

Joseph Roth³²⁸ relata al respecto lo siguiente: *¡Que fácil resultó ser todo! El pequeñajo no pareció nada sorprendido de que yo necesitara material contra Krapotkin. ¡ Con que estaban reuniendo material contra Krapotkin hacía ya tiempo! Estuve a punto de sentirme un ser magnánimo por haber ignorado eso hasta entonces. Lo que me disponía a cometer casi no era una vileza, sino un auténtico deber jurídico.*

g) El Proceso en la Madre de Máximo Gorki; en El Conde de Montecristo de Alejandro Dumas; en De Profundis de Oscar Wilde; en los Novios de Alessandro Manzoni y en El Proceso de Franz Kafka

El proceso es según Cipriano Gómez Lara³²⁹ un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienen a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

El proceso tiene dos grandes etapas: la fase de instrucción que es aquella en la que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas y en que las partes, el tribunal y los terceros desenvuelven toda actividad de información y de instrucción al tribunal, haciendo posible que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia; y, la segunda etapa es el juicio, es aquel que entraña el procedimiento a través del cual se dicta o pronuncia la resolución respectiva.

La etapa de la instrucción se compone de tres etapas: la etapa postulatoria: es aquella en donde las partes en el proceso plantean sus pretensiones y resistencias, relatan los hechos, exponen lo que sus intereses conviene y aducen los fundamentos de derecho que consideren le son favorables. Esta etapa postulatoria, por regla general, termina cuando ha quedado determinada la materia sobre la cual ha de probarse, alegarse y, posteriormente, sentenciarse. La etapa probatoria se integra del Ofrecimiento de la prueba: el ofrecimiento es un acto de las partes; son las partes las que ofrecen al tribunal los diversos medios de prueba; La admisión de la prueba: la admisión es el acto del tribunal, a través del que está aceptado o se está declarando procedente la recepción del medio de prueba que se ha considerado idóneo para acreditar el hecho o para verificar la afirmación o negativa de la parte de dicho hecho. El tribunal, generalmente, puede rechazar o no admitir los medios de prueba; Preparación de la prueba: la preparación consiste en el conjunto de actos que debe realizar el tribunal, con la colaboración muchas veces de las propias partes y de los auxiliares del propio tribunal; Desahogo de la prueba: es el desarrollo o desenvolvimiento mismo de ésta. La etapa preconclusiva: aquí es donde se formulan los alegatos (proceso civil) y las conclusiones (proceso penal); los alegatos o conclusiones son una serie de consideraciones y de razonamientos que la parte hace al juez precisamente respecto del resultado de las etapas ya transcurridas.

La otra etapa es la del juicio, es el acto por el cual el tribunal dicta la sentencia, puede no revestir mayor formalidad ni complicación de procedimiento.

Máximo Gorki³³⁰ se refiere al proceso de la siguiente manera: *¡ Si ha cometido faltas, que le juzguen! - Perdonadlo*

³²⁸ ROTH J. op. cit. p. 84

³²⁹ GÓMEZ L. Teoría General del Proceso. p. 137

³³⁰ GORKI M. op. cit. p. 260



- Eso es, estáis obrando como si no hubiera leyes.

Franz Kafka³³¹ se refiere al proceso así: *Alguien debió de haber calumniado a Josef K., porque, sin haber hecho nada malo, una mañana fue detenido.*

Usted no puede irse, usted está detenido. Eso parece – dijo K. ¿Y porqué? Nosotros no estamos autorizados para comunicarle eso. Yaya a su habitación y espere. El proceso está incoado y usted se enterará de todo en su debido momento.

Le devolverían todo si el fallo resultaba favorable.

¡ Y cuanto duran esos procesos, sobre todo últimamente!.

Alejandro Dumas³³² hace referencia al proceso de la siguiente manera: *Dantés se levantó, dirigió maquinamente la vista hacia el punto adonde parecía encaminarse la barca, y a cien toesas de donde se hallaban vio elevarse la negra y erizada roca sobre la cual se encuentra situado el castillo de If. Aquella forma extraña, aquella prisión a cuyo alrededor reina un terror tan profundo, aquella fortaleza que conserva Marsella desde hace más de trescientos años, con todas sus lúgubres tradiciones y que se aparecía de repente a Dantés le produjo el mismo efecto que hace aun condenado a muerte el aspecto del cadalso.*

- ¡Ah! ¡Dios mío! Exclamó- ¡El Castillo de If! ¿ que vamos a hacer allí?

- ¡ Pero no se me conducirá allí para dejarme preso! El castillo de If es una prisión del Estado, destinada únicamente a los reos de alta traición. Yo no he cometido ningún crimen. ¿ Hay acaso jueces de instrucción y magistrados en el castillo de If?

- Yo creo que no hay – dijo el gendarme- más que un gobernador, carceleros, una guarnición y fuertes murallas. Vamos, amiguito, no asombréis tanto; llagará a creer que pagabais vuestro agradecimiento burlándoos de mí.

- ¿ Así que pensáis que me conducen al castillo de If para dejarme allí preso?

- ¿ Sin más pesquisas? ... ¿ Sin más formalidades? – pregunto el joven

- Las formalidades se han cumplido ya; las pesquisas se han hecho también.

Oscar Wilde³³³ al respecto establece: *Al regresar a Londres, aquellos amigos míos a quienes verdaderamente cumplía el preocuparse por mí, pidiéronme con insistencia que huyese al extranjero y no provocase un proceso insensato. Tú atribuiste siempre a este consejo motivos infames, y el atenderlo lo tachabas en mí de pusilanimidad. Tú fuiste quien me obligó a quedarme; yo había de rechazar audazmente las imputaciones que se me hacía, y, a ser posible ante el juez, con mentiras estúpidas y de mal gusto. Por fin me detuvieron, y tu padre se convirtió en el héroe del día. Harto más todavía: tu familia cuenta ahora, asaz cómicamente, entre los inmortales. Pues, gracias a aquel grotesco resultado, especie de componente gótico de la Historia, que ha convertido a Clío en la menos seria de todas las musas, tu padre perdurará entre los espíritus mejores y más puramente intencionados de la literatura edificante; tu ocuparás un puesto a lado del niño Samuel, y yo me hallo sumido en el más profundo cieno de Malebolge, entre Gilles de Retz; y el Marqués de Sade.*

³³¹ KAFKA Franz. *Obras selectas (El proceso)*. p. 177- 178

³³² DUMAS Alejandro. *El Conde de Montecristo*. p. 47

³³³ WILDE Oscar. *Obras Selectas (De profundis)*. p. 216

Alessandro Manzoni³³⁴ refiere la manera en que incluso se puede prescindir del proceso: *Publicó otro bando más enérgico y riguroso, en el cual entre otras cosas, mandaba "que cualquiera individuo de la ciudad o forastero a quien se le justificase con dos testigos ser considerado, o generalmente reputado, por bravo, o tener este nombre aunque no constatase haber cometido delito alguno, por la sola opinión de bravo, y sin más indicios, pudiere por los jueces y por cualquiera de ellos ser puesto al castigo de la cuerda y al tormento por información sumaria... Y aunque no confesase delito alguno, pudiese sin embargo, ser condenado a tres años de galeras por la sola opinión y nombre de bravo.*

Nuestra Carta Magna hace referencia al procedimiento en los Artículos 14 y 23 de la siguiente manera:

Artículo 14: Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 23: Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

h) El Inicio del Proceso Penal en la Historia Sencilla de Leonardo Sciascia y en Plenilunio de Antonio Muñoz Molina

Por averiguación previa asegura Marco Antonio Díaz de León³³⁵ debemos entender el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal.

Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también, fase preprocesal, que tiene por objeto investigar los elementos del tipo penal del delito (hoy cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

Leonardo Sciascia³³⁶ a ello se refiere así: *El sargento gritó a los dos agentes, que también habían entrado saltando por la ventana: ¡No toquéis nada!, y, para no tocar el teléfono, que estaba sobre el escritorio, ordenó a uno de ellos que volviera a la comisaría, contara lo que había visto y mandase venir enseguida al médico, al fotógrafo y a los dos o tres de la comisaría que tenían la consideración y el privilegio de expertos científicos: según el sargento sólo el privilegio, pues hasta entonces no había*

³³⁴ MANZONI Alessandro. *Los Novios*, p. 7

³³⁵ DÍAZ de León. op. cit. p. 255

³³⁶ SCIASCIA Leonardo. *Historia Sencilla*, pp. 14-15, 62

experiencia de un solo caso en que hubiesen hecho una contribución resolutoria; más bien lo que hacían era confundir.

- Tal vez un fenómeno de desdoblamiento repentino: en ese instante se ha convertido en el policía que se cazaba a sí mismo.

Puede ser considerada, también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal. En esta etapa, el Ministerio Público recibe las denuncias, acusaciones o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la Ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

Antonio Muñoz Molina³³⁷ hace referencia así: *Iba a seguir buscando en las caras y en los ojos de la ciudad la mirada del asesino, repasaría uno por uno todos los episodios del hallazgo y de la investigación, todas las declaraciones, los atestados, los informes forenses, las demás páginas mecanografiadas y fotocopiadas muchas veces de la prosa jurídica, de los relatos policiales que el mismo había dictado: hojas densamente escritas, sin acentos, con faltas de ortografía, mecanografiadas por guardias que sólo manejan los dedos índices de las manos leídas y repetidas con una monotonía de noches de insomnio, de formulas legales que sin embargo mantenían intacta la sugestión del espanto, el recuerdo de una noche de octubre, fría y morada, de lluvia leve, de niebla, las linternas moviéndose entre los troncos de los pinos y las siluetas de los policías, horadando apenas la niebla, cruzando en ellas sus haces diagonales de luz con un recuerdo de reflectores antiaéreos.*

Los Artículos 134 y 113 a 122 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen, únicamente haremos referencia a uno de ellos:

Artículo 134: En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el ministerio público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el ministerio público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio ministerio público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente código.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el ministerio público lo interne

³³⁷ MUÑOZ Molina, Plenilunio, p. 46



en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El ministerio público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez.

En el pliego de consignación, el ministerio público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

i) La Pena de Muerte en Las Muertas de Jorge Ibargüengoitia; en Puertas Abiertas de Leonardo Sciascia; en Los Novios de Alessandro Manzoni, Los Teólogos de Jorge Luis Borges; Crimen y Castigo de Fiodor Dostoievski y en El Extranjero de Albert Camus

La pena de muerte establece Marco Antonio Díaz de León³³⁸ es la sanción penal que ordena la privación de la vida al delincuente. Ejecución que tiene muchas variantes, pero en común deben matar a quien se aplique.

Los argumentos esgrimidos a favor de la pena de muerte se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) Es necesaria, en ciertos casos, para la seguridad social, la definitiva eliminación del delincuente, pues con ella se logra la supresión de la posibilidad de dañar.

Se ha insistido sobre que la pena de muerte es el medio más adecuado para una selección artificial que la sociedad debe realizar eliminando al que, afortunadamente, mientras no se le consiente y fomenta, es pequeño número de seres extremadamente nocivos e inadaptables y previniendo su reproducción.

Jorge Ibargüengoitia³³⁹ es de aquellos que comparten esta idea y lo hace de la siguiente manera: *No me malinterpreten – dijo-. Defiendo a estas mujeres porque es mi obligación, ya que soy defensor de oficio. Pero estoy de acuerdo con ellas. Al contrario, creo que merecen la pena de muerte, que desgraciadamente no existe en el Estado de Plan de Abajo.*

Otro argumento es que es eficaz por su poder intimidante (fuerza intimidatoria), ya que la amenaza de perder la vida constituye el freno más efectivo para la comisión de los delitos más graves. La intimidación va de la mano de la ejemplaridad y su propósito no es otro que limitar la delincuencia en aquellos delitos amenazados con la pena de muerte, ya que como se ha dicho con acierto, el más fuerte sentimiento del hombre, porque protege la existencia, es el miedo.

³³⁸ DÍAZ de León. Diccionario de Derecho Procesal Penal t. II. p. 1215

³³⁹ IBARGÜENGOITIA Jorge. Las Muertas. p. 140



Este argumento pierde validez con lo argüido por Albert Camus³⁴⁰: *No mire en Dirección a María. No tuve tiempo porque el presidente me dijo en forma extraña que, en nombre del pueblo francés, se me cortaría la cabeza en una plaza pública. Me pareció reconocer entonces el sentimiento que leía en todos los rostros. Creo que era consideración.*

Para que todo sea consumado, para que me sienta menos solo, me queda esperar que el día de mi ejecución haya muchos espectadores y que me reciban con gritos de odio.

En el mismo sentido Fiodor Dostoievski³⁴¹ afirma lo siguiente: *Únicamente experimentaba la impresión dolorosa de un inmenso aislamiento. Aquello no era la confesión de haber hecho testigo al oficial de sus desahogos; no era la insolente altivez del funcionario lo que había producido súbitamente aquella revolución en su alma. ¡Oh! ¿Qué le importaba ahora su propia bajeza, las letras de cambio, las oficinas de policía, etcétera? Si en aquel momento lo hubieran condenado a ser quemado vivo, no se habría movido siquiera; apenas si había escuchado la sentencia hasta el final.*

En contra de la pena de muerte se ha insistido en argumentos de antiguo cuño, afirmándose no solo lo innecesario de ella sino lo injusto de su aplicación. En efecto lo innecesario de esa pena se pone en evidencia cuando se puede acudir, para eliminar a los sujetos peligrosos e irregenerables, a otras penas afectivas a dicha finalidad, como son la relegación o la cadena perpetua. Su injusticia se apoya en un argumento teológico y no jurídico, al deducir que el hombre no tiene derecho a privar de la vida a sus semejantes, derecho que sólo compete a Dios. El carácter irreparable de la pena de muerte es argumento frecuentemente invocado por quienes pugnan por su abolición, en atención a los errores judiciales en que con no rara frecuencia incurren los tribunales.

Leonardo Sciascia³⁴² es de los autores que se oponen a la pena de muerte arguyendo lo siguiente: *Es decir, con la ley, porque la pena de muerte ya es ley del Estado desde hace diez años; y la ley es la ley: nosotros sólo estamos para aplicarla, para servirla.*

Pero creo recordar (sin ironía, con pesar, casi con pena) que usted preferiría el linchamiento...

- No lo preferiría. Lo que decía, recuerdo, es que una tropa de fanáticos o de alcoholizados, que creen estar haciendo justicia al pasar por encima del derecho, en realidad viene a confirmarlo: en el sentido de que este acto impone, a quienes lo ejecutan, la reparación del derecho, la afirmación de que no se debe, no se puede...

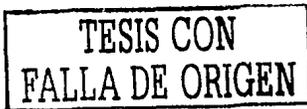
Piense usted también que los instintos que estallan en un linchamiento, la furia, la locura, resultan, en definitiva, menos atroces que el macabro rito promovido por un tribunal de justicia al dictar la pena capital: sentencia que en nombre de la justicia, del derecho, de la razón, del rey por gracia de Dios y voluntad de la nación, entrega a un hombre, como se estilaba en este país, al tiro de doce fusiles; doce fusiles levantados por doce hombres alistados para garantizar el bien de los ciudadanos, ese bien supremo que es la vida, que en determinado momento son llamados, y de plena voluntad responden, a cometer un asesinato no sólo impune sino premiado.... Un llamamiento al asesinato que se realiza con la gratitud y la gratificación del Estado.

Algunos otros autores hacen referencia a la pena de muerte sin manifestarse a favor o en contra como son: Alessandro Manzoni³⁴³ quien al respecto señala lo siguiente:

³⁴⁰ CAMUS Albert. El Extranjero. pp. 125, 143

³⁴¹ DOSTOIEVSKI Fiodor. Obras Completas (Crimen y Castigo). p. 92

³⁴² SCIASCIA Leonardo. Puertas Abiertas. pp.20-22



- Hay que anoche, o esta mañana muy temprano, atraparon a muchos de los cabecillas, y se supo que cuatro iban a ser ahorcados inmediatamente. Apenas empezó a correr esta voz, cuando todos se fueron a sus casas por el camino más corto para no exponerse a ser el número cinco.

- Vaya. ¿ y los ahorcarán en efecto?

- No que no, y muy pronto

- ¿ Y que harán las gentes?

- Irán a verlos ahorcar. Era tanta la gana que tenían de ver morir a un cristiano pateando en el aire, que quisieron. ¡picaros, tunantes!, hacer esa fiesta con el señor director de provisiones. Tendrán su deseada diversión, más con él, sino con cuatro bribones servidos con todas las formalidades de estilo, y acompañados por capuchinos, y por los hermanos de la caridad, y a la verdad que bien merecido lo tienen.

Y Jorge Luis Borges³⁴⁴ quien se refiere a ello de esta manera:

El veintiséis de octubre, al cabo de una discusión que duró tres días y tres noches, lo sentenciaron a morir en la hoguera.

Aureliano presenció la ejecución, porque no hacerlo era confesarse culpable. El lugar del suplicio era una colina, en cuya verde cumbre había un palo, hincado profundamente en el suelo, y en torno muchos haces de leña. Un ministro leyó la sentencia del tribunal. Bajo el sol de las doce, Juan de Panonia yacía con la cara en el polvo, lanzando bestiales aullidos. Arañaba la tierra, pero los verdugos lo arrancaron, lo desnudaron y por fin lo amarraron a la picota. En la cabeza le pusieron una corona de paja untada de azufre; al lado, un ejemplar del pestilente advenusu annulares. Había llovido la noche antes y la leña ardía mal. Juan de Panonia rezó en griego y luego en un idioma desconocido. La hoguera iba a llevárselo, cuando Aureliano se atrevió a alzar los ojos. Las ráfagas ardientes se detuvieron; Aureliano vio por primera y última vez el rostro del odiado. Le recordó el de alguien, pero no pudo precisar el de quién. Después, las llamas lo perdieron; después gritó y fue como si un incendio gritará.

Nuestro sistema jurídico no admite la aplicación la pena de muerte, ya que no es aceptada por el código sustantivo de la materia, en su capítulo referente a las penas³⁴⁵.

Sin embargo nuestra carta magna en su artículo 22 párrafo cuarto hace referencia a ella de la siguiente manera: Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

El Código de Justicia Militar en el Título Segundo del Libro Segundo que reglamenta las penas admite la pena de muerte en su artículo 142 que a la letra dice: la pena de muerte no deberá ser agravada con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de realizarse la ejecución.

Finalmente solo nos queda por mencionar lo afirmado por Fiodor Dostoievski³⁴⁶ *Esta autorización moral de matar es, en mi concepto, algo más espantoso que la misma autorización oficial, legal ...*

³⁴³ MANZONI Alessandro. op. cit. p. 151

³⁴⁴ BORGES Jorge Luis. El Aleph (Los Teólogos), p. 34

³⁴⁵ Vid. Inf. Capítulo III. Las Penas.

³⁴⁶ DOSTOIEVSKI F. op. cit. p. 199

j) El Error Judicial en El Contexto de Leonardo Sciascia

Por error vamos a entender aquella inexactitud, equivocación o falsedad, ya sobre un hecho, ya sobre un derecho, aceptada como verdad por toda o la mayor parte de la gente.

Por extensión se llama error no sólo a la desviación del acto consiguiente al juicio; en este sentido se usa la palabra en las frases *error in iudicando* y *error in procedendo*.

Eduardo Pallares³⁴⁷ afirma que la frase latina *error in iudicando* se utiliza para mencionar las violaciones a la ley que se cometen en una sentencia definitiva, y que son atacadas por medio del recurso de casación.

Al respecto Eduardo Couture³⁴⁸ asegura que éste es aquel en que incurre el juez en su sentencia, al apreciar impropriamente los hechos de la causa o al aplicarlas indebidamente el derecho.

Respecto del *error in procedendo* Eduardo Pallares³⁴⁹ establece que son las violaciones que se cometen durante el procedimiento.

Sobre el particular Eduardo Couture³⁵⁰ instituye que es la impropia aplicación de las disposiciones que rigen el orden del proceso o de la realización de los actos inherentes al mismo.

Alonso Martínez de Navarrete³⁵¹ asegura que por error judicial en sentido amplio, debemos de entender toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez o tribunal incurre al fallar una causa.

Leonardo Sciascia³⁵² al respecto asegura:

El error judicial no existe.

Pero las diferentes fases del juicio, la posición, la posibilidad de recurrir, de apelar objetó Rogas.

Postulan, va usted a decirme, la posibilidad del error.... Pero no es así. Postulan tan sólo la existencia de una opinión laica sobre la justicia. Una opinión que pertenece a otro ámbito.

³⁴⁷ PALLARES E. op. cit. p. 341

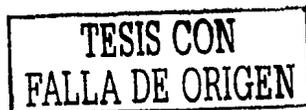
³⁴⁸ COUTURE E. op. cit. p. 260

³⁴⁹ PALLARES E. op. cit. p. 341

³⁵⁰ COUTURE E. op. cit. p. 260

³⁵¹ MARTÍNEZ de N. op. cit. p. 183

³⁵² SCIASCIA Leonardo, *El Contexto*, pp. 118-119



4.3 LA DISCUSIÓN ACTUAL EN TORNO AL DISEÑO DE LOS PLANES DE ESTUDIOS DE LA LICENCIATURA EN DERECHO.

4.3.1 La Necesidad de Reforzar el Perfil Humanista de los Egresados de la Licenciatura en Derecho

El Humanismo, en filosofía, es la actitud que hace hincapié en la dignidad y el valor de la persona. Uno de sus principios básicos es que las personas son seres racionales que poseen en sí mismas capacidad para hallar la verdad y practicar el bien. El término humanismo se usa con gran frecuencia para describir el movimiento literario y cultural que se extendió por Europa durante los siglos XIV y XV. Este renacimiento de los estudios griegos y romanos subrayaba el valor que tiene lo clásico por sí mismo, más que por su importancia en el marco del cristianismo.

El movimiento humanista comenzó en Italia, donde los escritores de finales de la edad media Dante, Giovanni Boccaccio y Francesco de Petrarca contribuyeron en gran medida al descubrimiento y a la conservación de las obras clásicas. Los ideales humanistas fueron expresados con fuerza por otro estudioso italiano, Giovanni Pico della Mirandola, en su Oración, obra que trata sobre la dignidad del ser humano. El movimiento avanzó aún más por la influencia de los estudiosos bizantinos llegados a Roma después de la caída de Constantinopla a manos de los turcos en 1453, y por la creación de la Academia Platónica en Florencia. La Academia, cuyo principal pensador fue Marsilio Ficino, fue fundada por el hombre de Estado y mecenas florentino Cosme I de Medici. Deseaba revivir el platonismo y tuvo gran influencia en la literatura, la pintura y la arquitectura de la época.

La recopilación y traducción de manuscritos clásicos se generalizó, de modo muy significativo entre el alto clero y la nobleza. La invención de la imprenta de tipos móviles, a mediados del siglo XV, otorgó un nuevo impulso al humanismo mediante la difusión de ediciones de los clásicos. Aunque en Italia el humanismo se desarrolló sobre todo en campos como la literatura y el arte, en Europa central, donde fue introducido por los estudiosos alemanes Johannes Reuchlin y Philip Melanchthon, el movimiento penetró en ámbitos como la teología y la educación, con lo que se convirtió en una de las principales causas subyacentes de la Reforma.

Uno de los estudiosos más importantes en la introducción del humanismo en Francia fue Erasmo de Rotterdam, que también desempeñó un papel principal en su difusión por Inglaterra. Allí, el humanismo fue divulgado en la Universidad de Oxford por los estudiosos William Grocyn y Thomas Linacre, y en la Universidad de Cambridge por Erasmo y san Juan Fisher. Desde las universidades se extendió por toda la sociedad inglesa y allanó el camino para la edad de oro de la literatura y la cultura que llegaría con el periodo isabelino.

Según el personalismo o humanismo, el Estado (y por consiguiente el Derecho) – lo mismo que la ciencia, la técnica, el arte, la economía etc.- tiene sentido y justificación sólo como un medio puesto al servicio de persona humana (de las personas humanas individuales, que son las únicas auténticas, las únicas reales), sólo como un instrumento para la realización de los fines de la persona, sólo como un alimento para el espíritu de los hombres, se entiende de los individuos, sólo para que los hombres puedan encarnar los valores que les estén destinados.

Luis Recasens Siches³⁵³ afirma que la idea de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo mediante una

³⁵³ RECASENS Siches. Introducción al Estudio del Derecho. p. 331

expresión negativa – que tal vez resulte más clara-, el hombre no debe ser jamás degradado a un mero medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, en sí propio; es un autofin.

Adviértase que la dignidad de la persona individual precede a todo orden social, y está por encima de todo orden social y político. La persona humana, por virtud de su dignidad, posee derechos primarios, no sólo frente a los otros hombres, sino también frente a la reunión global de todos los hombres.

El valor supremo en el Derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fluye el principio de libertad, por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del orden jurídico. La autonomía ética de la persona es lo único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. Esta autonomía debe ser respetada como principio fundamental, pues es lo que transforma al individuo en persona; y es al hombre, en tanto que persona, a quien el Derecho se dirige, en tanto que un fin en sí, un fin de carácter ético.

Después de establecer lo anterior, sólo nos queda afirmar que es necesario reforzar la educación con un perfil humanista dentro de la Licenciatura en Derecho, ya que la Ciencia Jurídica tiene un perfil humanista. además la propia universidad encuentra su fundamento en el humanismo. Es importante determinar de que manera un egresado de la Licenciatura en Derecho, puede adquirir una concepción clara de los derechos de las personas, y de la importancia del respeto de los mismos, para concebir una convivencia ejemplar y con ello alcanzar uno de los fines del Derecho y del Estado, como es el bien común.

Una oportunidad para ello es incluir dentro del plan de estudios de la Licenciatura en Derecho, una materia que tenga la finalidad de analizar la manera, en que la Literatura puede enriquecer el Derecho, pero sobre todo que la literatura, en sí misma ayuda a entender el humanismo, pero no sólo a comprenderlo sino a llevar a cabo la humanización.

4.3.2 La Necesidad de Incluir la Enseñanza de la Literatura en los Planes de Estudios de la Licenciatura en Derecho

Hablar de una necesidad pareciere ser que es exagerado, ya que asegurar que no se puede prescindir de la literatura en el proceso de enseñanza - aprendizaje del Derecho sería excedido, y la respuesta inmediata que recibiríamos seguramente sería que sí y, en cierto sentido tendrían razón no es una eventualidad que se resista, y que requiera de pronto refuerzo.

Pese a lo antes establecido, estamos convencidos que sí es algo que se hace inevitable e imprescindible, ya que podemos hablar que la disciplina está sufriendo una crisis, es decir, los sistemas jurídicos están sufriendo trastornos periódicos y bruscos, en otras palabras actualmente existe una ruptura en el equilibrio entre las normas jurídicas y las conductas reguladas.

La crisis del Derecho se ve reflejada en lo establecido por José Emilio Pacheco³⁵⁴ me juzgaban según las leyes en las que no cabían mis actos. O preguntándose lo mismo que Fulgor le cuestiona a Pedro Páramo³⁵⁵ y cuando se adopta la posición de éste ¿Y las leyes? ¿Cuáles Leyes, Fulgor? La ley de ahora en adelante la vamos a hacer nosotros.

³⁵⁴ PACHECO José Emilio. Las Batallas en el Desierto. p. 51

³⁵⁵ RULFO Juan. Pedro Páramo. p. 31.



La literatura, como medio de estudio y descripción de las conductas humanas, nos permite tener una mejor comprensión de aquellas conductas que serán o deberán de ser reguladas por el Derecho, además de cumplir algunas veces la función de cuestionar a las teorías jurídicas, que tratan de explicar la existencia de las normas jurídicas en su conjunto o de algunas de las figuras que se encuentran en los sistemas jurídicos.

Algunas otras posiciones aseguran que el conflicto en que se encuentra el Derecho, esta determinado por la propia crisis de los sistemas políticos y económicos a los cuales se subordina el Derecho, uno de ellos es Carl Schmitt³⁵⁶ quien afirma que desde el punto de vista del pensamiento político es obvio y no es ilegal ni inmoral prestar atención al significado político de tales utilizaciones del Derecho y de la moral y, sobre todo, volver cada vez más problemático el empleo de expresiones como la señoría o la soberanía del Derecho: es decir preguntarse en primer lugar si Derecho indica aquí leyes positivas y los métodos legislativos existentes, que deben continuar teniendo valor: y entonces la señoría del Derecho no significa más que la legitimación de un determinado *status quo*, en cuyo mantenimiento tienen naturalmente interés todos aquellos cuyo poder político y cuyas utilidades económicas se consolidan con este Derecho.

En términos generales podemos establecer que en opinión de este tipo de autores, el Derecho es simplemente un instrumento del poder político, ya que son los órganos de éste mismo, quienes determinan cuando y en que sentido se modifican las normas jurídicas o el mismo sistema jurídico, al respecto el mismo autor establece³⁵⁷ tanto, más interesante que los puntos de vista políticos fuesen privados con particular énfasis de todo valor y quedasen subordinados a las normas y a los ordenes de la moral, del Derecho y de la Economía; puesto que, como se ha dicho, en la realidad concreta de la existencia política no gobiernan ordenamientos y conjuntos de normas abstractas, sino que hay siempre sólo hombres o grupos concretos, de modo que también aquí, naturalmente, desde el punto de vista político, el dominio de la moral, del Derecho, de la Economía y de la norma tienen siempre únicamente un significado político concreto.

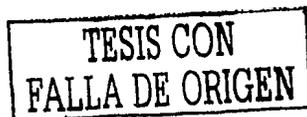
El problema de este tipo de interpretaciones, en el caso particular de Schmitt es que sólo hace referencia a lo que doctrinalmente se conoce como derecho estático, ya que afirma que la Constitución es la expresión del orden social, la existencia misma de la sociedad, de los ciudadanos del Estado, por ello cuando la Constitución es atacada, la lucha se decide fuera de la Constitución y del Derecho, y por consiguiente por la fuerza de las armas, es decir, por medio de éstos enfoques se justifica el uso de la fuerza como medio de hacer respetar el Derecho, pero solamente es eso, una perspectiva.

La literatura, puede también ayudarnos a entender el funcionamiento e inclusive la justificación ideológica de los sistemas políticos del mundo, y simultáneamente alcanzar o tratar de entender a los sistemas jurídicos vigentes en cada sistema político, y con ello favorecer a que tratemos de dar una explicación de la necesidad de las reformas que el sistema jurídico necesite, o en su caso lo innecesario o la inconveniencia de la introducción de una determinada figura jurídica en un sistema jurídico, ya que al intentar explicar las conductas de algunos de los individuos, de cada una de las sociedades que trata de describir, permite que entendamos algunas de las carencias normativas de las mismas.

Tratar de que en un plan de estudios, se introduzca una asignatura cuya finalidad sea el estudio de la literatura, no es una idea irracional, ya que existen carreras que se imparten en nuestra misma universidad, que tienen en apariencia la finalidad de una preparación tecnológica, en donde imparten

³⁵⁶ SCHMITT. *El Concepto de lo Político*, p. 64

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 69



alguna materia, en la cual se estudia literatura, por sólo mencionar un ejemplo en la Facultad de Ingeniería se imparte una asignatura intitulada Temas Selectos de Historia, Literatura y Sociedad, en todas las especialidades allí impartidas.

En el caso particular del Derecho, que tiene un origen humanista, que mejor oportunidad de fortalecer la preparación humanista de los especialistas en Derecho, que a través de la literatura, y al mismo tiempo lograr literaturizar el Derecho, que de jurificar la literatura ya se han encargado los escritores.

Mario Vargas Llosa³⁵⁸ establece que la Literatura nos permite vivir en un mundo cuyas leyes transgreden las leyes inflexibles por las que transcurre la vida real, emancipados de la cárcel del espacio y del tiempo, en la impunidad para el exceso y dueños de una soberanía sin límites.

Por lo tanto, podemos afirmar que la literatura, puede permitirnos o ayudarnos, a resolver la crisis que vive el Derecho (aunque no es el único medio) y con ello lograr la concreción del mismo. Ya que si el Derecho debe de ser considerado una ciencia, la literatura nos permitirá entender algunos de los principios y causas, que dan origen a los cuerpos normativos o a la necesidad de modificación en los mismos.

Marcel Jouhandeau³⁵⁹ establecía que dado que el objeto de la literatura es el conocimiento del ser humano y dado que no hay lugar en el mundo en que éste pueda estudiarse mejor que en las salas de los tribunales, ¿No sería de desear que entre los jurados hubiera siempre, por disposición legal, un escritor?, su presencia sería para todos una invitación a reflexionar más.

Esto nos lleva a un cuestionamiento similar al de Leonardo Sciascia³⁶⁰ ¿No habrá querido decir que sólo juzgan los peores, que sólo ellos eligen juzgar, que pueden juzgar basándose en sus culpas, a su culpa, pero sólo después de haberse confesado y liberado de ellas?.

No es acaso el mismo cuestionamiento que se hace Dostoievski en su libro Los Hermanos Karamazov, al cuestionar la posibilidad de juzgar a Dimitri Karamazov y en donde todos se sienten culpables del asesinato y por ello se atreve a cuestionar la función del juzgador, partiendo de la posibilidad de que todos seamos culpables, aunque quizá de manera indirecta, de todo lo que pasa alrededor.

Mario Vargas Llosa³⁶¹ asegura que la Literatura nos recuerda que el mundo está mal hecho y que podría estar mejor.

Quizá recibiremos la calificación de utopistas, es una de las enseñanzas que nos ha dejado Don Quijote (aunque sabemos que esto es mucha pretensión), se tiene que luchar contra el *status quo*, pero si nos permitimos cerrar con referencias literarias, es porque creemos ha quedado demostrado que la literatura puede enriquecer al Derecho y al mismo tiempo la necesidad de su estudio e introducción en los Planes de Estudio de la Licenciatura en Derecho.

³⁵⁸ VARGAS Llosa. Un Mundo sin Novelas. SELECCIONES. p. 80

³⁵⁹ JOUHANDEAU. Apud. TABUCCHI. op. cit pp. 90, 91

³⁶⁰ SCIASCIA. Leppardo. Todo Modo. p. 91

³⁶¹ VARGAS LL. op. cit. p. 82



CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho es entendido por algunos de los autores como un conjunto de normas jurídicas, la diferencia entre sus conceptos es si se habla en ellos de la aplicación de las mismas o no, es decir, se ubican en concepción estática o dinámica del Derecho.

SEGUNDA: Consideramos que el Derecho no debe ser entendido solamente como un conjunto de normas jurídicas, sino que de manera principal debe ser estudiado como Ciencia, es decir, como un conjunto de conocimientos, que explican de manera general a las normas desde sus principios y sus causas.

TERCERA: Para la construcción de lo que hoy conocemos como Derecho, existen dos momentos claves para la comprensión del mismo; uno es la codificación, es decir, el hecho de que se ubique a las normas jurídicas en un solo cuerpo o documento para darle formalidad; y, dos, el estudio que de él hace el filósofo alemán Hans Kelsen, después del cual podemos hablar de lo que hoy se conoce como Ciencia Jurídica, es decir, se intentó dar una explicación de los principios y las causas de las normas jurídicas.

CUARTA: El Derecho es una disciplina que tiene relación con otras áreas del conocimiento, entre ellas la Ciencia Política, debido a que esta última trata de explicar los fenómenos políticos que se presentan en un Estado determinado, pero es de relevancia entender qué papel juega la política en el diseño de las normas jurídicas que serán vigentes y aplicables en un Estado determinado.

QUINTA: Otra de las disciplinas que tienen relación e importancia en la creación de normas jurídicas, es la Economía ya que se cree que en un mundo globalizado y regido por las reglas del mercado, es ésta la que determina la forma de hacer política dentro de un Estado y por lo tanto la construcción del Derecho para ese Estado.

SEXTA: El Derecho tiene un lenguaje propio, es decir, existen un grupo de signos que adquieren una significación particular para la Ciencia Jurídica y se cree que es utilizado exclusivamente por las personas que son peritos en Derecho.

SÉPTIMA: El lenguaje propio no sólo es utilizado por la literatura jurídica (conjunto de obras que los estudiosos del Derecho han realizado), sino que también es empleado por los autores de las obras literarias.

OCTAVA: Existen métodos tradicionales que intentan dar una interpretación a las normas componentes de un sistema jurídico, entre ellos el método exegético o la escuela del derecho libre, ambos aplicados en el Sistema Jurídico Mexicano.

NOVENA: El caso particular de la interpretación del Derecho por la llamada hermenéutica filosófica, no sólo se permite la interpretación filosófica de los textos jurídicos, sino que además posibilita sustraer de las obras literarias, el sentido de lo humano que se ve reflejado en las conductas que son reguladas por los ordenamientos jurídicos.

DÉCIMA: El Derecho, no sólo debe ser considerado como una Ciencia, sino también como un Arte, es decir, como un conjunto de conocimientos que tiene, no sólo un origen científico, sino además un

origen estético, ya que para la construcción de las normas jurídicas es necesario aplicar el razonamiento y el uso estético del lenguaje, ya sea el propio de la Ciencia jurídica o el lenguaje en general.

UNDÉCIMA: Los autores de las obras literarias reciben una determinada influencia de la tradición jurídica vigente en un período determinado. En las mismas se hace referencia a algunas figuras jurídicas vigentes en los sistemas jurídicos contemporáneos.

DUODÉCIMA: Algunos autores de obras literarias, aprovechan sus obras para cuestionar, a los sistemas jurídicos vigentes y a la doctrina jurídica de su época, por lo que permiten el enriquecimiento de la ciencia jurídica.

DECIMOTERCERA: El Derecho es una ciencia que encuentra su origen y justificación en el humanismo, es decir, es una disciplina humanista. La literatura ayuda a fortalecer el perfil humanista de la disciplina jurídica.

DECIMOCUARTA: La Literatura como constructora de escenarios reales o ficticios en donde se encuentran conductas que pueden tener un impacto dentro de la sociedad, además de ser descriptiva de una sociedad determinada y de contribuir a la explicación que del *status quo* realizan los autores de las obras que integran a la misma; puede enriquecer el estudio de la Ciencia Jurídica, ya que en ella podemos encontrar la explicación del fin de algunas normas, así como encontrar referencias a figuras jurídicas concretas, además de un cuestionamiento al sistema integral de Derecho.

DECIMOQUINTA : La Literatura puede enriquecer a la Ciencia Jurídica, permite la búsqueda del lado estético de la enseñanza - aprendizaje del Derecho, por lo cual es necesaria su inclusión en los Planes de Estudios de la Licenciatura en Derecho.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- 1.- AFTALIÓN, Enrique R. Introducción al Estudio del Derecho. 2 ed. Edit. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1990. 1117 pp.
- 2.- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. Diccionario de Política A-J. 7 ed. Edit. Siglo Veintiuno Editores. México. 1991. 1- 852 pp.
- 3.- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. Diccionario de Política L-Z. 3 ed. Edit. Siglo Veintiuno Editores. México 1985. 881- 1751 pp.
- 4.- BURGOA Orihuela, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 7 ed. Edit. Porrúa. México. 1999. 1058 pp.
- 5.- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual Tomo I. 11ed. Edit. Heliasta. Buenos Aires. 1976. 762 pp.
- 6.- CÁRPIZO, Jorge. Derechos Humanos y el Ombudman. 2 ed. Edit. Porrúa. México. 1998. 277 pp.
- 7.- CARVAJAL Contrenas, Máximo. Derecho Aduanero. 7 ed. Edit. Porrúa. México. 1998. 501 pp.
- 8.- CASTRO Suriano, Ricardo. Lexicografía Jurídica (Antología). Edit. UNAM. México. 1994. 409 pp.
- 9.- CERVANTES Saavedra, Miguel de. Don Quijote de la Mancha. Edit. Edimat Libros. España. 1998. 720 pp.
- 10.- COLÍN Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 12 ed. Edit. Porrúa. México. 1990. 656 pp.
- 11.- COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico. 3 ed. Edit. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1988. 539 pp.
- 12.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 26 ed. Edit. Porrúa. México. 1998. 525 pp.
- 13.- DE SANTO, Víctor. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. Edit. Universidad. Buenos Aires. 1999. 884 pp.
- 14.- DE SANTO, Víctor. Diccionario de Derecho Procesal. Edit. Universidad. Buenos Aires 1991. 420 pp.
- 15.- DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. 9 ed, Edit. Bosch. Barcelona. 1980. 559 pp.
- 16.- DÍAZ De León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I A- L. 4 ed. Edit. Porrúa. México. 2000. 1358 pp.
- 17.- DÍAZ De León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo II M – Z. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1989. 1101 - 2249 pp.



- 18.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo XVIII Lega – Mand. Edit. Omeba. Buenos Aires. 1964. 992 pp.
- 19.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo XIX Mand – Muse. Edit. Omeba. Buenos Aires. 1964. 992 pp.
- 20.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo XXI Opci – Peni. Edit. Omeba. Buenos Aires. 1964. 1019 pp.
- 21.- FASSÓ, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho. 3 ed, Edit. Pirámide. Madrid. 1982. 313 pp.
- 22.- FERNÁNDEZ Sabaté, Edgardo. Filosofía del Derecho. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1984. 483 pp.
- 23.- GARCÍA Máynez, Eduardo. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana. Edit. Porrúa. México. 1978. 183 pp.
- 24.- GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 48 ed. Edit. Porrúa. México. 1996. 444 pp.
- 25.- GARCÍA Ramírez, Sergio. Los Derechos Humanos y el Derecho Penal. 2 ed. Edit. Porrúa. México. 1988. 242 pp.
- 26.- GÓMEZ Lara, Cíprano. Teoría General del Proceso. 8 ed. Edit. Harla. México. 1990. 429 pp.
- 27.- GONZÁLEZ Uribe, Héctor. Teoría Política. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1980. 670 pp.
- 28.- GUTIÉRREZ y González, Ernesto. El Patrimonio. 5 ed. Edit. Porrúa. México. 1995. 1061 pp.
- 29.- IBARROLA, Antonio de. Cosas y Sucesiones. 3 reimpresión. Edit. Porrúa. México. 1998. 1120 pp.
- 30.- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1984. 606 pp.
- 31.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano I – O. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1989. 1603- 2302 pp.
- 32.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano A- C. Edit. Porrúa. México. 1998. 966 pp.
- 33.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano D – H. Edit. Porrúa. México 2000. 967 – 1894 pp.
- 34.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P– Z. Edit. Porrúa. México 2000. 2733 – 3923 pp.
- 35.- KRAWIETZ, Werner. El Concepto Sociológico del Derecho y Otros Ensayos. Edit. Distribuciones Fontamara. México. 1992. 100 pp.

- 36.- LARA Ponte, Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. 1 reimpresión. Edit. Porrúa. México. 1997. 238 pp.
- 37.- MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal Vol. II, 5 ed. Edit. Temis. Bogotá. 1972. 485 pp.
- 38.- MALDONADO Aguirre, Alejandro. El Delito y el Arte Invitación a la Criminología. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1994. 117 pp.
- 39.- MARTÍNEZ de Navarrete, Alonso. Diccionario Jurídico Básico. Edit. Heliasta. Argentina. 1991. 458 pp.
- 40.- MEZGER, Edmund. Derecho Penal (Parte General). 2 ed. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1990. 459 pp.
- 41.- MÜLLER, Max y HALDER, Alois. Breve Diccionario de Filosofía. 3 ed. Edit. Harder. Barcelona. 1986. 461 pp.
- 42.- ORTIZ Osés, Andrés. Diccionario Interdisciplinario de Hermenéutica. 2 ed. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 1998. 862 pp.
- 43.- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 19 ed. Edit. Porrúa. México. 1990. 901 pp.
- 44.- PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Diccionario de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. 1997. 1058 pp.
- 45.- PERALTA Sánchez, Jorge y ESPINOZA Martínez, Patricia. Mundos Normativos y Orden Jurídico. Edit. UNAM. México. 1996. 67 pp.
- 46.- PÉREZ Carrillo, Agustín. Introducción al Estudio del Derecho (La Definición en la Ciencia Jurídica y en el Derecho). Edit. Porrúa. México. 1978. 205 pp.
- 47.- PRECIADO Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. 8 ed. Edit. Jus. México. 1976. 682 pp.
- 48.- QUINTANA Roldán, Carlos F y SABIDO Peniche, Norma. Derechos Humanos. Edit. Porrúa. México. 1998. 477 pp.
- 49.- QUINTANA Roldán, Carlos F. Derecho Municipal. 2 ed. Edit. Porrúa. México. 1998. 636 pp.
- 50.- RALUY Poudevira, Antonio. Breve Diccionario Porrúa de la Lengua Española. 24 ed. Edit. Porrúa. México. 1991. 461 pp.
- 51.- RAMÍREZ Gronda, Juan. Diccionario Jurídico. 11 ed. Edit. Claridad. Buenos Aires. 1994. 421 pp.
- 52.- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. 1 reimpresión. Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 1985. 634 pp.



- 53.- RECASENS Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. 12 ed. Edit. Porrúa. México. 1997. 360 pp.
- 54.- RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. Penología. 2 ed. Edit. Porrúa. México. 2000. 300 pp.
- 55.- SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo Tomo I. 14 ed. Edit. Porrúa. México. 1988. 853 pp.
- 56.- TENA Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 32 ed. Edit. Porrúa. México. 1998. 653 pp.
- 57.- TERÁN, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. 11 ed. Edit. Porrúa. México. 1989. 370 pp.
- 58.- TRUYOL y Serra, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado Tomo II. 3 ed. Edit. Alianza. Madrid. 1988. 435 pp.
- 59.- VILLORO Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. 7 ed. Edit. Porrúa. México. 1987. 506 pp.
- 60.- VILLORO Toranzo, Miguel. Lecciones de Filosofía del Derecho. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1996. 538 pp.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- 1.- ALIGHIERI, Dante. La Divina Comedia. Edit. Edimat Libros. España. 1998. 427 pp.
- 2.- ALTHUSSER, Louis. Montesquieu: la Política y la Historia. 2 ed. Edit. Ariel. Barcelona. 1974. 150 pp.
- 3.- BORGES, Jorge Luis. El Aleph. Edit. Editorial Multimedios. México. 1999. 119 pp.
- 4.- BORGES, Jorge Luis. Ficciones. 55 reimpresión. Edit. Emecé. Buenos Aires. 1999. 279 pp.
- 5.- BUFALINO, Gesualdo. Las Mentiras de la Noche. Edit. Anagrama. Barcelona. 1998. 185 pp.
- 6.- CAMUS, Albert. El Extranjero. 13 reimpresión. Edit. Alianza. México. 1996. 143 pp.
- 7.- CERVANTES Saavedra, Miguel de. El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha. 27 ed. Edit. Porrúa. México. 2000. 690 pp.
- 8.- CERVANTES Saavedra, Miguel de. Obras Selectas. Edit. Edimat Libros. España. 2000. 682 pp.
- 9.- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA Tomo 2 Aranzi- Bolivariano. 8 ed. Edit. Espasa-Calpe. Madrid. 1978. 894 pp.
- 10.- DOSTOEVSKI, Fiodor. Obras Selectas. Edit. Edimat Libros. España. 2000. 711 pp.



- 11.- DUMAS, Alejandro. El Conde de Montecristo. Edit. Edimat Libros. España. 1998. 719 pp.
- 12.- FERRATER Mora, José. Diccionario de Filosofía Tomo I A- K. 5 ed. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1971. 1072 pp.
- 13.- FERRATER Mora, José. Diccionario de Filosofía Tomo II L- Z. 5 ed. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1971. 1005 pp.
- 14.- FERRATER Mora, José. Diccionario de Filosofía Tomo IV Q- Z. 4 ed. Edit. Alianza. Barcelona. 1982. 2749 – 3589 pp.
- 15.- FUENTES, Carlos. En Esto Creo. Edit. Seix Barral. México. 2002. 313 pp.
- 16.- GORKI, Máximo. La Madre. Edit. Gráfica Internacional S. A. Madrid. 1999. 352 pp.
- 17.- GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE Tomo 2 Ante – Band. Edit. Planeta. Barcelona. 1973. 517- 992pp.
- 18.- GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE Tomo 2 American – Autoestable. 2 ed. Edit. Planeta. Barcelona. 1988. 497- 992pp.
- 19.- GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE Tomo 12 Lep – Marth. Edit. Planeta. Barcelona. 1973. 529- 1018 pp.
- 20.- GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT Tomo 3. Edit. Salvat Editores. Barcelona. 2000. 273- 416 pp.
- 21.- GRAN ENCICLOPEDIA SALVAT Tomo 9. Edit. Salvat Editores. Barcelona. 2000. 1137- 1280 pp.
- 22.- IBARGÜENGOITIA, Jorge. Las Muertas. 10 reimpresión. Edit. Joaquín Mortiz. México. 1997. 156 pp.
- 23.- KAFKA, Franz. Obras Selectas. Edit. Edimat Libros. España. 2000. 573 pp.
- 24.- MANZONI, Alessandro. Los Novios. 3 ed. Edit. Porrúa. México. 1982. 357 pp.
- 25.- MONTEFORTE Toledo, Mario. Literatura, Ideología y Lenguaje. Edit. Grijalbo. México. 1976. 358 pp.
- 26.- MONTESQUIEU, Charles. Del Espíritu de las Leves. 10 ed. Edit. Porrúa. México. 1995. 453 pp.
- 27.- MUÑOZ Molina, Antonio. Plenilunio. 2 ed. Edit. Alfaguara. Madrid. 1997. 485 pp.
- 28.- ORTEGA, Julio. Retrato de Carlos Fuentes. Edit. Galaxia Gutenberg. España. 1995. 128 pp.
- 29.- ORTEGA y Gasset, José. Meditaciones del Quijote. Edit. Rei (Letras Hispánicas). México. 1987. 247 pp.

- 30.- OSTERC, Ludovik. El Pensamiento Social y Político del Quijote. 3 ed. Edit. UNAM. México. 1988. 370 pp.
- 31.- PACHECO, José Emilio. Las Batallas en el Desierto. Edit. Publicación del Gobierno del Distrito Federal. México. 2000. 61 pp.
- 32.- PIDAL Menéndez, Ramón. Historia de España Tomo XIX. 4 ed. Edit. Espasa – Calpe. Madrid. 1981. 749 pp.
- 33.- ROTH, Joseph. Confesión de un Asesino. Edit. Anagrama. Barcelona. 1997. 208 pp.
- 34.- RULFO, Juan. Pedro Páramo y el Llano en Llamas. Edit. Promesa Editores. México. 1979. 212 pp.
- 35.- SADE, Marqués de. Obras Completas Tomo Primero. 4 ed. Edit. Lagusa. México. 1985. 279 pp.
- 36.- SHMITT, Carl. El Concepto de lo Político. Edit. Folios Ediciones. México. 1985. 188 pp.
- 37.- SCIASCIA, Leonardo. El Contexto. Edit. Narrativa Actual RBA. España. 1995. 165 pp.
- 38.- SCIASCIA, Leonardo. Puertas Abiertas. 2 ed. Edit. Tusquets Editores. España. 1989. 132 pp.
- 39.- SCIASCIA, Leonardo. Todo Modo. Edit. El Mundo Unidad Editorial S. A. Madrid. 1999. 120 pp.
- 40.- SCIASCIA, Leonardo. Una Historia Sencilla. 2 ed. Edit. Tusquets Editores. España. 1990. 78 pp.
- 41.- SWIFT, Jonathan. Los Viajes de Gulliver. 8 ed. Edit. Porrúa. México. 1990. 219 pp.
- 42.- TABUCCHI, Antonio. La Cabeza Perdida de Damaceno Monteiro. 2 ed. Edit. Anagrama. Barcelona. 1997. 184 pp.
- 43.- TOLSTOI, Lev Nikolaevich. Guerra y Paz. Edit. Ediciones Nájera. Madrid. 1984. 1191 pp.
- 44.- UNAMUNO, Miguel de. Vida de Don Quijote y Sancho – En Torno al Casticismo. Edit. Porrúa. México. 1983. 253 pp.
- 45.- VILLORO, Luis. El Poder y el Valor. 3 reimpresión. Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 2001. 400 pp.
- 46.- WILDE, Oscar. Obras Selectas. Edit. Edimat Libros. España. 2000. 551 pp.
- 47.- YTURBE, Corina. Charles Montesquieu. Edit. Centro de Estudios Políticos. México. 1987. 142 pp.

HEMEROGRAFÍA

- 1.- Anuario de la Filosofía Jurídica y Social. Número 13. Buenos Aires. 1993. 287 pp.
- 2.- Babel. Noviembre – Diciembre. Número 22. México. 1996. 44 pp.



- 3.- Letras Libres. Enero. Año IV. Número 37. México. 2002. 95 pp.
- 4.- Letras Libres. Febrero. Año IV. Número 38. México. 2002. 94 pp.
- 5.- Letras Libres. Junio. Año IV. Número 42. México. 2002. 102 pp.
- 6.- Revista de Occidente. Número 23. Volumen 47. Madrid. 1964. 249 pp.
- 7.- Revista de la Universidad de Antioquia. Julio – Septiembre. Volumen 56. Número 213. Medellín Colombia. 1988. 109 pp.
- 8.- Selecciones Readers Digest. Octubre. México. 2001. 208 pp.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 2.- Código Civil Federal
- 3.- Código Penal Federal
- 4.- Código de Comercio
- 5.- Código de Justicia Militar
- 6.- Código Federal de Procedimientos Penales
- 7.- Ley Aduanera
- 8.- Ley Federal de Derechos de Autor.
- 9.- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
- 10.- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal
- 11.- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal
- 12.- Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**