

ESTUDIOS JURÍDICOS

EL FUTURO DEL DERECHO

Hacia la unificación de las normas procesales como inicio de un salto evolutivo en la Justicia

*Olga Sánchez Cordero de García Villegas**

“En realidad los ordenamientos se componen de una miríada de normas que, como las estrellas en el firmamento, son imposibles de contar.

Norberto Bobbio

SUMARIO

Introducción. I.- La unidad del ordenamiento jurídico. a) Aspectos políticos en la unificación del Derecho. b) Aspectos económicos de la unificación del Derecho. Unidroit. II.- Unificación del proceso civil en el mundo. Algunos datos para el análisis. a) Informe Woolf. b) La Ley del Enjuiciamiento

* Ministra de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y exMagistrada numeraria de la Sexta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Civil Español. III.- La unificación procesal civil en México. a) Soluciones viejas para viejos problemas. Una propuesta poco novedosa. A modo de conclusión.

Introducción

Hoy en día, una gran mayoría de miembros del Foro y también de la doctrina mexicana, coinciden en señalar que la multiplicidad de códigos procesales en nuestro país plantea enormes dificultades para la administración de Justicia.

Por ello, consideramos indispensable que esta cuestión, tal y como en este momento tenemos el gusto y el honor de hacerlo, se discuta ampliamente.

Es tiempo de analizar, la posibilidad de que un sólo ordenamiento civil adjetivo sea el que guíe la tramitación y resolución de un litigio de ese tipo, en México.

No es difícil percatarnos que en la actualidad, la tendencia mundial, o por lo menos la de los países más desarrollados, ha seguido el camino de la unificación legislativa. Motivos de conveniencia interna y razones de política internacional, que han comprendido desde una simple eliminación de barreras arancelarias hasta la formación de verdaderas uniones federativas, ligadas respecto de ciertas áreas, bajo ordenamientos y autoridades comunes, han contribuido a detonar este proceso.

Para ello, los estados han tenido que flexibilizar y, en ocasiones, eliminar algunas teorías, instituciones y conceptos jurídicos que si bien hasta hace unos años resultaban indiscutibles para los estudiosos del Derecho, hoy han perdido contundencia, precisamente por las circunstancias que está viviendo el mundo.

Pero hablar de un tema tan importante como lo es la unificación de las normas procesales civiles en nuestro país, precisa, necesariamente, abordar algunos tópicos que nos permitan comprender a plenitud lo que esta unificación significa.

Así pues, debemos partir del examen de lo que la unidad del ordenamiento jurídico significa en lo general, para después analizar algunos aspectos económicos y políticos que han motivado el proceso de unificación del Derecho; mostrar algunos casos de Derecho comparado que nos sirvan de referencia y, finalmente, exponer las razones por las cuales consideramos que se justifica un código procesal tipo, para toda la República.

I.- La unidad del ordenamiento jurídico

Por mucho tiempo, el Derecho pretendió ser entendido y definido mediante el análisis de la norma individualmente considerada, es decir, el objeto principal de estudio de la Teoría General del Derecho se fundamen-

taba, exclusivamente, en la norma considerada en sí misma.¹

Es hasta mediados del siglo pasado, cuando por vez primera se empiezan a realizar algunos estudios sobre el ordenamiento jurídico en forma autónoma.²

Uno de los principales exponentes de estos estudios fue, sin lugar a dudas, el ilustre jurista vienés Hans Kelsen, quien señalaba que todo ordenamiento jurídico se basa en tres conceptos fundamentales: la unidad, la coherencia y la plenitud.³

Para los fines que nos proponemos, en esta ocasión nos limitaremos a exponer el primero de los conceptos seña-

-
1. Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Debate. Madrid, 1998, p. 154. "La norma jurídica era la única perspectiva a través de la cual se estudiaba el derecho, dado que el ordenamiento jurídico era, cuando más, un conjunto de normas, mas no un objeto autónomo de estudio, con problemas particulares y diversos. Para expresarlo con una metáfora, se consideraba el árbol, pero no el bosque".
 2. Para Hans Kelsen, la teoría del ordenamiento jurídico formaba parte de una teoría completa del derecho. Así, en su obra *Teoría General del Derecho*, distingue dos conceptos diferentes: la *Nomoeostática* y la *Nomodínámica*; la primera se refiere a los problemas de la norma jurídica individualmente considerada, mientras que la segunda se hacía cargo de los relativos al ordenamiento jurídico.
 3. Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. 1a. reimp. Debate. Madrid, 1998, p. 202. "Estas tres características hacen que el derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen".

lados, es decir, el significado que tiene la unidad de todo orden normativo.

La esencia de esta teoría se basa en las ideas de Kelsen acerca de la jerarquización de las normas. Dicho autor sostenía que todo ordenamiento jurídico consta de normas inferiores, que dependen de otras de mayor grado y así sucesivamente, hasta llegar a la cima de la pirámide, en donde se encuentra una norma básica que no depende de ninguna otra, y a la que denominó *Norma Fundamental* (*gründnorm*).

En esta *Norma Fundamental* reposa la unidad de todo el ordenamiento jurídico, pues representa la fuente primaria de donde derivan todas las demás normas.⁴

Pues bien, al igual que cualquier otro tipo de leyes, las normas procesales derivan, en forma mediata, de esta norma fundamental, ya que es ésta la que atribuye al Poder Constituyente y, en su caso, a los Poderes Legislativos, la facultad de dictar esta clase de normas.

Pero este concepto de unidad del ordenamiento interno de los estados, mediante la existencia de una norma fundante básica, ha sufrido en la actualidad una evolución de gran importancia. Los procesos de globalización mun-

4. Bobbio. *Teoría General...* cit. p. 173. "En otras palabras, por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que directa o indirectamente, con giros más o menos tortuosos, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma".

dial en las áreas económicas y sociales⁵ han traído, como consecuencia, el establecimiento de ordenamientos a los que podemos denominar “supranacionales”.⁶

Esta clase de ordenamientos, condujeron a transformar el concepto de norma fundamental que operaba, en principio, como conservadora de la unidad del ordenamiento jurídico interno de los Estados, hasta un concepto, aún inacabado de norma fundamental, que adquiere una dimensión transnacional y se convierte en creadora y fuente de diversas reglas comunes para los Estados que deciden agruparse siguiendo estos procesos de globalización y unificación.

A continuación, trataremos de exponer, brevemente, algunos aspectos políticos que consideramos importantes; dentro de los procesos de unificación que se han verificado a nivel mundial.

-
5. Marco Revelli (*La ideología de la globalización. Y su realidad*, trad. De Miguel Carbonell. Inédito) hace referencia a tres circuitos de la globalización. En una primera acepción refiriéndola a la progresiva y tendencial unificación mundial de los mercados de mercancías; una segunda que se refiere a la “integración global” de la empresa, estadio final de una dimensión completamente transnacional de las empresas; y finalmente, una tercera acepción del concepto de globalización que se refiere al progresivo empañamiento y disolución del carácter “nacional” de la empresa.
 6. Una alusión a este tipo de ordenamientos se encuentra en Capeletti, Mauro. “Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978, pp. 337-366.

a) Aspectos políticos en la unificación del Derecho

Producto de la globalización a la que nos hemos referido, en las últimas décadas han aparecido sistemas jurídicos comunes para diversos estados, así como también autoridades supranacionales –generalmente de tipo jurisdiccional–cuya función ha sido la de aplicar la norma común, en caso de que se presente alguna controversia.

Así por ejemplo, podemos citar la formación de un Derecho Europeo,⁷ creado a partir de diversas convenciones y en los que, gracias a los compromisos y acuerdos multilaterales, se han formado ordenamientos jurídicos tales como el *Derecho de las Comunidades Europeas* y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

La vigencia y aplicación de lo que se ha denominado la nueva “*Constitución*”⁸ de la Europa Comunitaria tiene

7. Un excelente estudio sobre el Derecho europeo puede consultarse en: Rodríguez Iglesias Gil, Carlos. “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 1999*. Konrad-Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1999, páginas 27-50.
8. Rodríguez Iglesias, *op. cit.*, p 30. “Lo que se denomina la Constitución de la Europa comunitaria está integrada fundamentalmente por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y los tratados modificativos de aquéllas”. Sobre las repercusiones de esta nueva “Constitución” en los Estados comunitarios véase, von Simson, Werner y Schwarze, Jorge. “Integración Europea y Ley Fundamental. Maastrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán.” Benda, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1996, pp. 17-83.

como principales garantes a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y a la Corte Europea de Derechos Humanos, organismos que, al mismo tiempo, han jugado un importante papel en la unificación del Derecho Comunitario, al estar encargados del control de validez de dicho ordenamiento jurídico.

Pero este proceso de unificación no es exclusivo del viejo continente. También las naciones americanas han sido parte de este cambio mundial, y hoy podemos observar una cantidad importante de tratados en los que la constante ha sido la integración económica y normativa.

Como ejemplo de ello, podemos citar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), o el Mercosur, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en cuanto a tratados comerciales. Pero también podemos hacer mención de otro tipo de ordenamientos, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el tratado que le da vida al organismo supranacional encargado de velar por el respecto a esos derechos, denominado *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.⁹

9. Un interesante estudio sobre la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el alcance "transnacional" de sus resoluciones es el de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión Transnacional del derecho procesal constitucional" (Comunicación presentada en el *IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ciudad de México, 6-9 febrero, 2001).

b) Aspectos económicos de la unificación del derecho. UNIDROIT.¹⁰

Aun cuando los avances en los procesos de integración que acabamos de nombrar son, por así decirlo, de carácter regional y se refieren a ciertas áreas en específico, existe, sin embargo, desde hace varias décadas un organismo mundial cuya principal función ha sido la de establecer reglas uniformes de Derecho privado, para los países del mundo que formen parte de él.

Sobre la naturaleza y funciones de este importante organismo denominado: *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, o por sus siglas, *UNIDROIT*, quisiera hacer un breve paréntesis para exponer algunas consideraciones que estimo pertinentes, pues los fines de esta institución están vinculados directamente con la propuesta que ahora reseñamos.

El propósito fundamental del *UNIDROIT* consiste en estudiar la forma para armonizar y coordinar las normas de Derecho Privado, y para preparar, gradualmente, reglas que deban ser adoptadas por todos los Estados miembros de la Institución.

Los antecedentes más remotos del *UNIDROIT*, los encontramos en el año de 1926, cuando es creado como

10. Véase la página *web* del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, consultable en www.unidroit.org.

un órgano auxiliar de la Liga de Naciones. Después de la desaparición de esta Liga, el Instituto se restablece en 1940, en base a un acuerdo multilateral denominado *Estatuto de Unidroit*.

Actualmente, el número de miembros de *UNIDROIT* es de 58 estados, pertenecientes a los cinco continentes (entre ellos México), y es representativo, sin lugar a dudas, de una variedad de sistemas legales, económicos y políticos diferentes.

Pero estas diferencias son, precisamente, las que animan a los países para encontrar una reglamentación “única” de Derecho Privado, que contribuya a agilizar y fomentar las operaciones contractuales de tipo internacional que llevan a cabo cotidianamente los particulares, así como para sentar las reglas sobre las cuales deba de resolverse una controversia sobre esta materia.

En aras de estos beneficios y de muchos más, los estados han acordado la modificación de su ley interna en favor de una nueva solución internacional. Ello, sin afectar uno de los principios rectores de todo pacto internacional: *la soberanía de las naciones*.

Al respecto, podemos citar algunos de los principales instrumentos elaborados por el *UNIDROIT*, mismos que representan verdaderos procesos “Unificadores de Derecho Privado”, a saber:

- Convención de 1964, relativa a la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías (La Haya);
- Convención de 1988, relativa al Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa);
- Convención de 1988, relativa al Factoraje Internacional (Ottawa); y
- Convención de 1995, relativa a los Objetos Culturales Robados o Ilegalmente Exportados (Roma).

Asimismo, el *UNIDROIT* tiene como actividades adicionales la publicación de diversos textos, en los que se dan a conocer propuestas sobre nuevos instrumentos de Derecho uniforme, así como la organización periódica de congresos, reuniones y seminarios. En estos eventos que reúnen a jueces, árbitros, académicos y abogados litigantes en general, se analizan las posibilidades de creación de un orden normativo común de Derecho Privado.

Precisamente, en el mes de noviembre del año pasado tuvo lugar en la ciudad de México el Seminario Internacional sobre las Convenciones Comerciales y Financieras de *UNIDROIT* y de Derecho Uniforme, en donde se trataron temas tales como el contrato de seguro, responsabilidad por daños, garantías crediticias,¹¹ etc.

11. Véase "Revista del Abogado". Año 3, núm. 22, febrero de 2001, pp. 28-33.

Como puede advertirse, el *UNIDROIT* ha sido, desde su creación, un instrumento fundamental para la unificación del Derecho. El avance del desarrollo económico mundial ha traído como consecuencia relaciones jurídicas sobre todo en el campo internacional; esto ha inducido a una unificación legislativa de carácter universal, que está destinada a operar relaciones contractuales entre ciudadanos de distintos países, de ahí la importancia que reviste la labor de este organismo internacional.

II.- Unificación del proceso civil en el mundo. Algunos datos para el análisis

Ahora quisiera proseguir este ensayo haciendo mención a una de las reformas procesales que mayor éxito ha tenido en cuanto a la unificación y simplificación de los procedimientos civiles en los últimos años, me refiero a la reforma procesal civil en Inglaterra y Gales de 1999 y su antecedente directo: *el informe Woolf*.

a) El informe *Woolf*

Lord Woolf de Barnes, destacado abogado y juez inglés, publica en el año de 1996 un informe acerca del problema de Justicia que aquejaba a Inglaterra y a Gales, aduciendo que el sistema de Justicia civil en aquellos países era inequitativo, caro, incierto, complicado e incluso fragmentado.¹²

12. Acerca de las fallas del sistema de justicia civil en Inglaterra y Gales, así como el enfoque propuesto por Lord Woolf, véase el "*Interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*", consultable en la página electrónica www.open.gob.uk/1cd/civil/inter.htm.

Estas razones motivaron a Lord Woolf a realizar un reporte sobre el Acceso a la Justicia, y que consiste, esencialmente, en lo que se ha denominado el sistema de “*gestión de los casos*”.

Esta expresión alude a la responsabilidad del tribunal para hacer avanzar el litigio a lo largo de una vía previamente elegida, es decir, el tribunal asume la responsabilidad de impulsar el procedimiento, lo que antes, según el llamado “*principio procesal dispositivo*”, correspondía exclusivamente a los litigantes.

El concepto de *gestión de casos* puede incluir varios aspectos, siendo los siguientes los más importantes:¹³

1. El tribunal determina las cuestiones pertinentes a cada caso concreto;
2. El tribunal establece plazos apropiados para resolver las cuestiones de cada caso;
3. El tribunal emite órdenes de programación aplicables a cada caso;

13. “*El informe Woolf y los nuevos procedimientos civiles de Inglaterra y Gales*”. (nota elaborada por el Lic. César E. Hernández, colaborador del Consejero Jurídico de la Presidencia, licenciado Germán Fernández Aguirre.) Inédita, p. 1.

4. Se obliga a las partes a reunirse entre sí y, en ocasiones, con el tribunal; y
5. Se establecen límites a la información que puede ser intercambiada entre las partes.

En síntesis, esta *gestión de los casos* permite a los tribunales dirigir el proceso, lo que a su vez implica que dichos órganos puedan centrar sus esfuerzos en los casos de mayor relevancia o dificultad.

Woolf propuso, dentro de la *gestión de casos*, la denominada “*canalización diferenciada*”, que consiste en que cada caso debe tratarse en forma diferente, es decir, utilizar procedimientos sencillos para resolver casos sencillos, y procedimientos elaborados para resolver casos más difíciles.

Esta canalización diferenciada contribuye a los arreglos entre las partes, y tiene como objetivo llevar los casos a su resolución a través de una sentencia pronunciada por el tribunal o un acuerdo extrajudicial.

Pues bien, en el año de 1999 se dio el primer cambio importante en el sistema procedimental civil inglés y galés. En esa fecha, se realizó la reforma que habría de introducir las propuestas fundamentales del informe

Woolf, y que tuvo por objeto mejorar la administración de Justicia civil en aquellos países.

Además, dicha reforma introdujo un nuevo *corpus* de normas procesales civiles, dando fin a un sistema en el que innecesariamente subsistían distinciones entre las prácticas y procedimientos vigentes de un lugar a otro.

Esta reformas han dado resultados positivos. Diversos son los sectores que se han pronunciado en el sentido de que la solución de los juicios es ahora más rápida, y que, poco a poco, se ha ido erradicando la nociva práctica de retrasar los procesos injustificadamente.

b) La Ley del Enjuiciamiento Civil Español

Un ejemplo más de la tendencia unificadora de las normas procesales civiles, la podemos encontrar en la llamada Ley de Enjuiciamiento Civil Español,¹⁴ cuse-tión que enseguida abordaremos.

Debido a las excesivas cargas de trabajo que sufrían los tribunales españoles, se buscó reducir los términos

14. Un tratado en cinco tomos que desarrolla un análisis exhaustivo de esta ley es el de Manresa y Navarro. José María; Miguel, Ignacio y Reus, José, *El enjuiciamiento civil*, Ángel editor, México, 2000.

procesales, con el objeto de hacer más ágiles los procesos.¹⁵

De esta forma, fue aprobada la Ley de Enjuiciamiento Civil Español que entró en vigor el 1o. de enero de 2001. Dicha ley sintetizó los tiempos de respuesta a fin de aportar, en un término razonable, un resultado con sentencias más cercanas al inicio del proceso. Asimismo, permite regular los asuntos que anteriormente eran contemplados en hasta doce leyes distintas y, además, lo hace en forma eficiente desde el inicio del asunto hasta el dictado de la sentencia.¹⁶

Otras ventajas que trajo la expedición de esta ley fueron:

1. Llevó a cabo una nueva estructura del desempeño jurisdiccional, para que cada asunto tuviera un seguimiento continuo y fuera conocido por el tribunal, poniendo fin a los trámites excesivos y dilatados.

15. Esto obedeció en gran parte a la intención de realizar plenamente la garantía consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Esta garantía de tutela judicial efectiva, comprende también el derecho: al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informado de la acusación formulada contra él, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

16. La exposición de motivos de la Ley del Enjuiciamiento Civil, puede consultarse en http://www.guialex.com/TextosLegales/Ley_de_enju

2. Redujo los trámites y recursos, sin prescindir de ellos.
3. Otorgó respuesta a los problemas de difícil solución que se presentaban, y que se intentaban resolver con una ley del siglo pasado.
4. Resolvió el problema de las recusaciones temerarias, que como principal intención tenían la de dilatar el procedimiento.
5. Optó por plazos breves, pero a la vez los necesarios, para que dentro del plazo de 10 días pudiera dictarse sentencia en un juicio verbal, y en 20 días pudiera dictarse la del juicio ordinario.
6. Logró establecer una estructura del proceso que implica que los jueces tengan conocimiento de los asuntos, y no tengan que estudiarlos al final, sino que los conozcan etapa por etapa.

En otros países, los problemas se aprecian similares: retraso en la administración, tácticas dilatorias de los litigantes, leyes antiguas, etc.; pero las respuestas no han sido de la misma magnitud.¹⁷

17. Un excelente estudio sobre la crisis del proceso civil, los tiempos de resolución de los litigios en distintos países y que destaca la tendencia unificadora del proceso civil incluso entre países que pertenecen a sistemas jurídicos distintos, se encuentran en Zuckerman, Adrián A. S., "La Justicia en crisis: Dimensiones comparadas del Proceso Civil". *Debate Procesal Civil. Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán*, número 8, septiembre-octubre de 2000, p. 6-7.

Aunque se debe señalar que hay algunas excepciones, como el caso japonés. Japón es de los países considerados con un apto sistema de Justicia civil, en un año aproximadamente se da el resultado de la sentencia de primera instancia y aunque la apelación suspende la ejecución de la sentencia se da en forma minoritaria.

Cuenta con un código de procedimientos civiles que entró en vigor en 1998, cuyo espíritu es lograr que los ciudadanos obtengan una accesible y sencilla Justicia civil.¹⁸

Otro ejemplo es Alemania, ahí las costas procesales y los honorarios por representación legal se encuentran regulados en ley, el litigio se da dentro de un periodo razonable de tiempo, aproximadamente entre tres, seis y doce meses y existen aseguradoras especializadas en cuestiones litigiosas. Las familias contratan este tipo de seguros, por lo que los litigios están financiados por éstos de forma proporcional.¹⁹

III.- La unificación procesal civil en México

La propuesta que hoy, más que exponer como novedosa, asumo, fue hecha por vez primera, según tengo conocimiento, desde 1960, por Don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el primer Congreso y segundas Jornadas latinoamericanas de Derecho Procesal.²⁰

18. Zuckerman, *op. cit.*, pág. 10.

19. *Idem.*, p. 11.

Desde entonces, el ilustre maestro de generaciones apuntaba argumentos de diversa índole, muchos de ellos visionarios. Cito como ejemplo el argumento del maestro de que se tenía que atender al proceso de codificación procesal, que ya desde entonces se vivía en el mundo.²¹ Cuarenta años después, hemos retomado ese argumento exponiéndolo, con un nuevo enfoque y desde nuestra actualidad, al inicio de esta exposición.

Para 1978, el maestro Héctor Fix-Zamudio publicó un trabajo que tituló “*Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*”.²² En él, el maestro Fix-Zamudio daba cuenta de los esfuerzos por la unificación o armonización²³ del Derecho en Latinoamérica, que comenzaron con la creación, en 1948, del Comité Jurídico Interamericano, y que han pasado

-
20. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. “Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto civiles como penales”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 265-309.
 21. Alcalá-Zamora, *op. cit.*, pp. 265-266, señala como ejemplos los casos del Imperio Alemán y la república Austriaca en Europa y el caso de Estados Unidos, Venezuela y Brasil en nuestro continente y desarrolla su exposición tomando los casos de Suiza, la ex URSS, Canadá, Estados Unidos y Argentina.
 22. *Universidades*. México, 1978, pp. 529-553 y también en *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, UDUAL – Miguel Ángel Porrúa. México, 1988, pp. 311-335.
 23. El maestro Fix-Zamudio distingue entre ambos conceptos, señalando que el concepto de armonización es mucho más flexible en comparación con el de unificación, concepto más ambicioso que tiende, desde 1900 (fecha en la que se realizó el Congreso Internacional de Derecho Comparado en París) hacia una Ciencia Universal del Derecho que pudiera lograr una unificación, también universal de los ordenamientos jurídicos, *op. cit.*, pp. 316-323.

por diversas propuestas que incluyen, desde una Ley tipo para el Ministerio Público para todo el continente, hasta un Código Tributario y uno aeronáutico.²⁴

Coincidiendo con los argumentos de Don Niceto Alcalá, el también maestro de nuestra querida Facultad de Derecho de la UNAM, Don José Ovalle Favela, coincide en señalar²⁵ que la multiplicidad de ordenamientos procesales civiles plantea enormes dificultades para la Administración de Justicia, y que es necesario unificar la legislación procesal civil, otorgando al Congreso de la Unión la facultad para expedir un solo código con vigencia en todo el territorio nacional. Actualmente, el Congreso expide un ordenamiento válido en toda la República que es el Código Federal de Procedimientos Civiles. Sin embargo, estamos conscientes de que es facultad de los congresos estatales expedir los códigos de procedimientos civiles.

24. Otras propuestas incluyen un Código Penal tipo, Códigos Procesales Civiles (Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart) y penales (Alfredo Velez Mariconde y Jorge Claría Olmedo), y un sistema uniforme de protección a los Derechos Humanos basado en nuestro juicio de amparo y en el mandamiento de seguridad brasileño. *Loc. cit.* Véanse también las ponencias de Parodi, Berizonce, Hinojosa, Lucas y Martínez en Instituto de Investigaciones Jurídicas – Instituto Mexicano de Derecho Procesal. *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Serie A. Fuentes, b) Textos y estudios legislativos, número 88, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

25. Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. 7a. edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Harla. México, 1995, p. 22-24.

Hoy quisiera sumarme a las propuestas de esos insignes profesores, retomar algunos de sus argumentos, y señalar algunos otros que nos lleven a proponer la unificación de la legislación procesal civil en México, a través de la expedición de un Código Procesal *Tipo* para toda la República que, respetando la soberanía de los estados y las facultades de los congresos estatales, sirva como referencia para la armonización jurídica de la legislación procesal civil.

La exposición y síntesis de esos argumentos se hará en dos vías, no separadas por completo una de otra. Por una parte, nos referiremos a algunos aspectos de naturaleza económica que deben motivarnos a la unificación; y en una segunda vertiente, habremos de referirnos a aspectos de diversa índole que también son importantes para fundar nuestra propuesta.

Cuando se suscitan controversias entre los particulares y éstos no las pueden resolver entre sí, al acudir ante los tribunales competentes para lograr una solución que la dirima se da, desde luego, una relación jurídica entre ellos, regulada por diversos ordenamientos; pero adicional a esta relación se da otra, no menos importante, una relación de naturaleza económica que lleva a las partes a obtener beneficios distintos de los meramente jurídicos.

Siendo el Derecho un instrumento social, económico y político, un sector de la doctrina se abocó a la elaboración

de una nueva teoría que se encargara de analizar al Derecho desde un punto de vista distinto al de la teoría tradicional. De esta forma, nació el Análisis Económico del Derecho,²⁶ como un método adicional de estudio de los problemas jurídicos.

Este sistema de análisis del Derecho, sin embargo, en los países de Derecho escrito ha tenido una difícil recepción.²⁷ A pesar de ello, del Análisis Económico del Derecho se identifican muchos beneficios que se obtienen del cómo influyen las leyes en el comportamiento del titular de un derecho.²⁸

Por ello, sin pretender llevar a cabo un análisis desde la perspectiva que utiliza el *Derecho y la Economía*, haremos de señalar algunas razones que derivan de cuestiones económicas, y que muestran claramente las desventajas que la multiplicidad legislativa en la materia procesal civil trae para el ordenamiento jurídico mexicano.

Así, observamos que en todos los países existe una ascendente carga de asuntos en materia de litigio que

26. Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000, pp 3 y 4. "La expresión no es única para designar el concepto, también se utiliza *derecho y economía, economía del derecho y derecho y la economía*".

27. Cossío Díaz, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993, p. 264 y sig. "Se pregunta incluso si el análisis económico del derecho es aplicable a los países de tradición romanista y de derecho escrito".

28. Roemer Andrés, *op. cit.*, página 104.

propicia retrasos, y produce ante los tribunales una exagerada carga de trabajo,²⁹ pero se ha intentado, en ocasiones con mucho éxito, aplicar nuevas disposiciones en materia procesal. En algunos países se ha intentado contar con nuevos sistemas procesales tendientes a simplificar los procesos y mejorar la Justicia civil. Nuevos códigos procesales, medios alternativos de solución de controversia y nuevas instituciones han sido la constante.

En nuestro país, es innegable que se han incrementado en exceso las deficiencias en la mayor parte de los procesos judiciales, no sólo por lo que a la autoridad jurisdiccional corresponde, sino también debido a que las partes no se sujetan a los principios que deben regir tanto el proceso, como la ética del litigante.

Los elevados costos que esto conlleva provienen, entre otras cosas, de:

1. Leyes y procesos deficientes que obstaculizan una Justicia ágil;³⁰
2. Retraso en la solución de los conflictos planteados, por razones que van desde artilugios de los litigan-

29. Como botón de muestra ver *Informe de labores que rinde el Ministro Genaro David Góngora Pimentel 2000. Anexo estadístico*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

30. Rubio, Luis, Magaloni, Beatriz y Jaime, Edna, coordinadores. Fierro, Héctor, editor. *A la Puerta de la Ley*. Cal y Arena, México, 1994, pág. 29.

tes en el retraso de los asuntos, generalmente para el cobro de más honorarios, hasta el retraso que se da debido a la carga de trabajo en los tribunales;

3. Legislación procesal y sustantiva sumamente antigua, con la consiguiente falta de actualización en los ordenamientos y la deficiente o nula regulación de fenómenos de la modernidad;
4. Dispersión interpretativa, debido al exceso de legislación, con la consecuente falta de seguridad jurídica;
5. Federalismo procesal mexicano,³¹ que se traduce en familias de códigos filiales³² que se limitan a reproducir o imitar a otros códigos procesales que les sirven de modelo o matriz, con la consecuente compilación en la cooperación procesal interestadual en el despacho de exhortos, desahogo de pruebas y ejecución de sentencias;
6. Falta de uniformidad en la asignación de recursos económicos a los tribunales, que se refleja en una falta de uniformidad en la calidad de la impartición de Justicia, según los presupuestos que cada estado

31. La expresión es obra de Don Niceto Alcalá-Zamora, *op. cit.*, p. 276.

32. Alcalá-Zamora señala seis familias bien identificadas, básicamente de dos tipos: Puras (3) y mestizas (3). También se puede consultar un ejercicio aritmético muy interesante, mediante el cual calculó en 167,400 preceptos el total de normas jurídicas procesales vigentes en el país en ese momento (1960) y cómo se reduciría drásticamente la cifra si se unificara simplemente por familias (4200 preceptos).

le asigne, lo cual pugna directamente también con el aspecto de la independencia judicial;

7. Altos costos de la asesoría jurídica, que se refleja, como ya se señaló, en un retraso incluso provocado por los mismos litigantes en busca de mayores honorarios. Juicios más largos es igual a juicios más caros;³³
8. Escasa producción de estudios sobre las instituciones procesales, debido igualmente a la multiplicidad de ordenamientos; y
9. Gasto excesivo tanto de recursos materiales como humanos en la resolución de los conflictos, entre otros.

Costos, valga la expresión, muy costosos.³⁴ El precio que se paga por una Justicia deficiente es muy caro.

De acuerdo con algunos estudios realizados en México,³⁵ las controversias que surgen entre particulares se

33. Un cuadro que ejemplifica los términos no sólo legales sino reales que conlleva un juicio ejecutivo mercantil se puede consultar en Rubio, *et. all, op. cit.*, p. 45. El ejemplo podría ser retomado para el análisis de un juicio ordinario civil, por ejemplo.

34. Un planteamiento sumamente interesante sobre las consecuencias que redundan de un gobierno costoso se puede apreciar en Zaid, Gabriel, *El progreso improductivo*, Océano, México, 1999. "Es la oferta, y no la demanda, lo que falla en un país que se moderniza, ante todo porque se ofrecen cosas que cuestan demasiado", *op. cit.*, p. 12.

35. Rubio, Luis, *op. cit.*, páginas 58 y 59.

resuelven ante las dos primeras instancias; sin embargo, una parte considerable de esas sentencias se impugnan en tercera instancia, por lo que la impartición de justicia representa un costo alto por cuanto hace al tiempo invertido intentando resolver un asunto, y por cuanto a las horas hombre que se invierten en ello por ambas partes, actor y demandado, y por la autoridad jurisdiccional.

Don José María Morelos, hace ya casi dos siglos, decía que si la Justicia no es pronta, no es Justicia. Pero para tener acceso a una Justicia ágil, además de la reforma a las leyes procesales, se requieren una mejor preparación académica de las nuevas generaciones de abogados y una nueva cultura por parte de toda la población, así como de la modificación de conductas y hábitos de trabajo del Foro en general.³⁶

En México, la dilación se da en los procesos judiciales con gran facilidad, porque en la práctica los abogados pueden utilizar un sinnúmero de recursos, apelación y tácticas dilatorias con la intención de volver tortuoso el procedimiento judicial, lo que se traduce en un grado casi absoluto de desconfianza y en un casi nugatorio Acceso a la Justicia. Esto ha orillado a las partes a que, en lugar de resolver sus controversias ante un tribunal y a través de un documento emitido por éste, los conflictos tengan que resolverse por vías alternas, antes que llegar a un juzgador.

36. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. Tomo I. 8a. ed., Porrúa.

a) Soluciones viejas para viejos problemas. Una propuesta poco novedosa

Una Justicia eficiente representa e intenta resolver, desde diversos puntos de vista, cómo realizar los procedimientos en forma más eficaz, crear procedimientos más sencillos para llegar a una sentencia en el menor tiempo posible, cumpliendo con todos los requisitos durante el proceso en forma ágil, y resolver con la misma importancia las reclamaciones relativamente “*menores*”, etc.; pero para ello se requiere de una reforma procesal de particulares características.

Una reforma judicial de esa envergadura debe tener un enfoque de servicio, debe atender por igual a toda la población, debe ser de calidad, uniforme, práctica; es decir, que no se quede únicamente en el papel, no debe ser una reforma ideológica y debe tomar en cuenta los procedimientos, a los tribunales y a los abogados. Debe, finalmente, tener como resultado el ofrecer un producto judicial al alcance de toda la población³⁷ y, sobre todo, un producto jurídico eficaz.

Por ello, venimos a replantear una discusión de décadas que no ha corrido con la misma suerte que otras propuestas que le fueron contemporáneas, y que han ganado

37. Capelleti, Mauro y Garth, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. FCE. México. 1996, p. 100.

algunas batallas o se encuentran en la lucha por ser aceptadas.

Entre ellas están, por ejemplo, la creación del *Ombudsman* y los Consejos de la Judicatura, la tutela de los intereses difusos o la derogación de la fórmula Otero, que hoy son temas que han encontrado buena aceptación en el Foro.

Nuestra propuesta concreta se reduce, como he reiterado, a proponer la creación de un código *tipo*, pues, a nuestro modo de ver, la aventura de un Código único es un asunto que requerirá de mayor discusión y que tendrá que resolverse en otra arena, en la arena de las discusiones políticas, porque lleva implícito un carácter de federalismo que hoy en día no fácilmente se supera por los matices tan particulares que el concepto ha revestido en los últimos tiempos.

En suma, un código procesal tipo tendría que ser ampliamente discutido, pero podría generar, entre otras cosas:

1. El acceso a una buena representación legal;³⁸

38. Capelleti, *op. cit.* páginas 26 y 27. "Un reconocido logro que se obtuvo en las reformas de ayuda legal de Austria, Inglaterra, Holanda y Alemania Occidental es que a través del sistema "*judicare*" se logró proporcionar a las personas de bajos recursos económicos una buena representación jurídica, un abogado de la misma calidad que lo tendría si pudieran pagarlo, y que en realidad es pagado por el Estado. Y aún cuando ha sido criticado el sistema porque es muy restrictivo, se han logrado buenos resultados y se ha dado ayuda a un número considerable de personas".

2. Una mejoría en los tiempos de solución de los procesos;
3. Nuevos métodos de solución de controversias;
4. Unificación interpretativa y, en consecuencia seguridad jurídica;
5. Reduciría la multiplicidad legislativa en la materia, al asumir las entidades federativas el modelo tipo de código procesal, respetando así el principio federal;
6. La regulación de nuevas instituciones procesales y la consiguiente discusión de las figuras más novedosas en materia procesal, como las nuevas teorías sobre la acción o, por qué no, el establecimiento del principio de oralidad;
7. Unidad de órganos y fuentes del Derecho Procesal;
8. Métodos más sencillos de reforma de la legislación;
9. Disminución de los problemas que genera la aplicación de la ley procesal en el espacio;
10. Mayor abundancia de estudios sobre las instituciones procesales; y
11. Disminución de los costos y mejoramiento de la calidad de los procesos.

A modo de conclusión

No es mi intención cansarlos con argumentos que tal vez les parezcan redundantes o que sobran; pero sí quiero insistir en un aspecto que resulta muy interesante; vivimos tiempos nuevos, muy interesantes, a los que podemos sacar el mejor de los provechos.

Si la arena política está abierta a la discusión y al diálogo, es el momento de aprovechar para filtrar estas ideas que, tal vez con más fuerza que otras propuestas, pueden servir para mejorar aspectos que nuestra democracia requiere como es la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. “Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto civiles como penales”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 37-40, enero-diciembre de 1960.

Benda, et. al. *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina. Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1996.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. 1a. reimp., Debate. Madrid. 1998.

— *Teoría General del Derecho*. Debate. Madrid. 1998.

Capeletti, Mauro. “Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XXVIII, núm. 110, mayo-agosto de 1978.

Capelleti, Mauro y Garth. Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. FCE. México, 1996.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada. Tomo I, 8a. ed., Porrúa.

Cossío Díaz, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.

“*El informe Woolf y los nuevos procedimientos civiles de Inglaterra y Gales*”. (Nota elaborada por el Lic. César E. Hernández, colaborador del Consejero Jurídico de la Presidencia, Licenciado Germán Fernández Aguirre.) Inédita.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión Transnacional del derecho procesal constitucional” (Comunicación presentada en el *IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ciudad de México, 6-9 febrero, 2001).

Fix-Zamudio, Héctor. *Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*. Universidades. México, 1978.

— *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. UDUAL–Miguel Ángel Porrúa. México, 1988.

Informe de labores que rinde el Ministro Genaro David Góngora Pimentel 2000. Anexo estadístico. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, en www.unidroit.org.

“*Interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*”, en www.open.gov.uk/1cd/civil/inter.htm.

Manresa y Navarro. José María; Miguel, Ignacio y José Reus. *El enjuiciamiento civil*. Ángel editor. México, 2000.

Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. 7a. edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios. Harla. México, 1995.

Parodi, Berizonce, Hinojosa, Lucas y Martínez, en Instituto de Investigaciones Jurídicas – Instituto Mexicano de Derecho Procesal. *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Serie A. Fuentes, b) Textos y estudios legislativos, número 88, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

Revelli, Marco. *La ideología de la globalización. Y su realidad*. trad. De Miguel Carbonell. Inédito.

“*Revista del Abogado*. “Año 3, núm. 22, febrero de 2001.

Rodríguez Iglesias Gil, Carlos. “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999*. Konrad-Adenauer Stiftung-CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 2000,

Rubio Luis, Magaloni, Beatriz y Jaime, Edna, coordinadores. Fix-Fierro, Héctor, editor. *A la Puerta de la Ley*. Cal y Arena, México, 1994.

www.guialex.com/TextosLegales/Ley_de_enjuicia.../exposicion_de_motivos_iiii.shtm.

Zaid, Gabriel. *El progreso improductivo*. Océano. México, 1999.

Zuckerman, Adrián A. S. "La Justicia en crisis: Dimensiones comparadas del Proceso Civil". *Debate Procesal Civil*. Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán, número 8, septiembre-octubre de 2000.

**ASPECTOS GENERALES DE LA
PRENDA SIN TRANSMISIÓN DE
POSESIÓN, Y DEL FIDEICOMISO
MOBILIARIO DE GARANTÍA EN EL
DERECHO POSITIVO MEXICANO,
COMO TÉCNICAS MODERNAS DE
GARANTÍAS COMERCIALES Y
FINANCIERAS INTERNACIONALES**

*Susana Margarita Bravo Vieytez**

I. La relación Comercio e Inversión Internacionales

Para el desarrollo del presente trabajo, consideramos necesario iniciar el mismo reconociendo que la integración comercial y financiera mundial es el motor que está impulsando el desarrollo del Derecho Mercantil actual en

* Corredora Pública número 53 del Distrito Federal.

México, y el resurgimiento del Derecho Mercantil internacional.

Resulta evidente que en la actualidad existe una estrecha vinculación entre el comercio e inversión internacionales, de tal forma que, en ocasiones, es difícil distinguir la diferencia entre ambos conceptos. Si partimos de la concepción tradicional del comercio internacional, en donde la mecánica operativa es la venta de un bien y la explotación directa por su propietario, con su consiguiente garantía, y pasamos de ahí a toda una serie de operaciones complejas que involucran la asistencia técnica y el financiamiento que tienen los efectos de una inversión extranjera, se hace una transición casi imperceptible del concepto de operaciones de comercio internacional al concepto de proyectos de inversión internacionales.

De tal manera que operaciones específicas y simples de intercambio se consideran operaciones de comercio, pero al ser de gran tamaño e importancia se consideran inversiones, como sería el caso de la construcción de una autopista en donde la empresa constructora busca una serie de financiamientos, no sólo para una operación específica de compra internacional de maquinaria pesada gravada con garantía mobiliaria sin desplazamiento, sino que se dan una serie de créditos internacionales que son, al mismo tiempo, grandes proyectos de inversión en infraestructura nacional.

La circunstancia del acelerado proceso de integración comercial y financiera mundial ha obligado a las empre-

sas, por un lado, a vincularse y agruparse para enfrentar los desafíos de las economías a escala, el desarrollo tecnológico y la apertura de los mercados internacionales; y por el otro, el financiamiento del comercio exterior y las inversiones significan un desafío para las instituciones financieras, empresas y gobiernos para encontrar las fórmulas y soluciones que permitan el cambio de la inversión extranjera directa tradicional, a otras formas de realizar la inversión mediante el intercambio comercial y el financiamiento internacionales.

Hoy en día, la expansión del comercio internacional, el uso de la informática, las transferencias de tecnología y de inversiones, la aparición de innumerables modalidades de realización de negocios, así como el crecimiento y poder de las empresas transnacionales, han hecho surgir paulatinamente nuevas figuras jurídicas estructuradas principalmente conforme al sistema jurídico del *common law*, cuyos contenidos fluyen de los usos y de las prácticas mercantiles internacionales. Sin embargo, la introducción y desarrollo de dichas figuras jurídicas en los diversos Derechos internos, principalmente de los países en vías de desarrollo, es variada de acuerdo con el grado de la integración de los mismos en el ambiente económico internacional.

Actualmente, en el comercio internacional se están utilizando, además de los tradicionales créditos a la exportación, diversas técnicas de aseguramiento de eficacia real.

En el Derecho Comparado, podemos señalar que las actuales figuras jurídicas que son utilizadas como modernas técnicas de garantías de crédito sin transmisión de la posesión, se clasifican de acuerdo con los siguientes criterios:

1.- Las garantías mobiliarias inspiradas en el derecho de prenda clásica:

a) la prenda sin desplazamiento.

2.- Las garantías contractuales basadas en el derecho de propiedad:

a) la cláusula de reserva de dominio;

b) el arrendamiento financiero con opción a compra;
y

c) el fideicomiso de garantía.

La función económica de este tipo de garantías es la de facilitar la obtención del crédito, por medio de la afectación de un bien al pago de la deuda. Sin embargo, la inseguridad de que el crédito garantizado con las técnicas modernas de garantías reales pueda ser ejecutado y oponible *erga omnes* fuera del lugar de su constitución, ha

frenado su utilización, pese a los menores costos de financiamiento que ofrece en comparación con los seguros de crédito y las tradicionales garantías bancarias de carácter personal.

Asimismo, el incremento de situaciones que originalmente fueron nacionales pero que se convirtieron en internacionales contra la voluntad o desconocimiento del acreedor, dada la movilidad de los bienes y personas, justifica que desde un punto de vista del Derecho Internacional Privado sea necesario eliminar los obstáculos que impiden el reconocimiento y eficacia de las garantías mobiliarias sin desplazamiento fuera del país en donde se han constituido, para lo cual es necesario partir del hecho que el régimen jurídico al que se encuentran sometidas la variedad y diversidad de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, difieren generalmente aún dentro de un mismo sistema jurídico nacional (aspectos obligacionales, reales, formales y de publicidad y su vinculación con el Derecho Concursal), lo que dificulta la formulación de un régimen unitario a nivel de Derecho Internacional.

I.I. La integración comercial y financiera mundial como el motor en el desarrollo del Derecho Mercantil actual en México, y el resurgimiento del Derecho Mercantil internacional

Hemos reconocido, al principio de este trabajo, que la integración comercial y financiera mundial es el motor

que está impulsando el desarrollo del Derecho Mercantil actual en México, y el resurgimiento del Derecho Mercantil internacional.

Conocemos que la causa y el origen del Derecho Mercantil fue la rigidez del Derecho Civil, que no permitía adecuar la norma jurídica a los negocios de los comerciantes, lo que obligó a crear un Derecho especial para regular las actividades de las personas que se dedicaban a la intermediación.

La historia mundial nos enseña que en cada época se producen procesos de cambio, los mismos que responden a nuevas ideologías y a la creación y desarrollo de instituciones jurídicas que, en ocasiones, no se encuentran contempladas en un ordenamiento jurídico determinado.

Lo anterior, ha motivado que hoy en día los estados regulen la materia mercantil en el Derecho interno en base a leyes sectoriales o por actividad, esperando el momento en que la dinámica del Derecho Mercantil se calme y sedimente las instituciones jurídicas. Sin embargo, dado el actual proceso de integración comercial y financiero mundial, es difícil conocer a nivel del Derecho interno si el momento de esa sedimentación ha llegado para enfrentar el reto de sistematizar la legislación e incorporarla en un solo ordenamiento legal coherente; o incorporar en el mismo los principios básicos que confor-

man una determinada institución jurídica de su Derecho interno.

En el caso de las garantías mobiliarias sin desplazamiento en el Derecho mexicano, se optó por incorporar en diversos cuerpos legislativos los principios básicos que regulan la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía.

En cuanto al Derecho Mercantil internacional, es sabido el origen y su vocación internacional. En la actualidad, el avance de la tecnología y de la ciencia, el auge mundial del comercio, la interdependencia y globalización de las economías nacionales, el financiamiento de créditos internacionales y la creciente intervención de organismos jurídicos internacionales de alcance económico, que preparan y redactan textos de aplicación internacional, influyen para que las normas jurídicas del Derecho interno incluyan nuevas instituciones, porque las actuales pierden vigencia debido a que nos encontremos con situaciones de hecho que no se adecuan a las normas contenidas en el sistema jurídico nacional.

En diversos foros internacionales se presenta la tendencia de la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales, que dan como resultado una convención o ley modelo que establece los instrumentos internacionales que permiten

que el tráfico jurídico internacional tenga la seguridad y certeza jurídicas necesarias.

Sin embargo, estos foros internacionales reconocen serios obstáculos para dicha unificación y armonización. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICITRAL), desde 1977, ha realizado diversos estudios, enfocándose en tres posibles métodos de armonización:

- a) la preparación de normas de conflictos de leyes;
- b) la creación de normas sustantivas exclusivamente basadas en transacciones internacionales; y
- c) la unificación de leyes nacionales sobre garantías reales.

I.2 El Derecho Mercantil internacional en el proceso de uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales

Antes de tratar el tema de las garantías mobiliarias en el Derecho positivo mexicano, es preciso comentar que a nivel internacional existen diversos organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales que

están estudiado una serie de instrumentos internacionales, que permitan que el financiamiento internacional logre la seguridad y certeza jurídicas que requiere el actual tráfico jurídico internacional.

A continuación, mencionamos algunos de los textos internacionales más recientes sobre los procesos de uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras comerciales:

- a) la Convención del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), sobre el *Factoring Internacional* de Ottawa en 1988;
- b) la Convención de la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio Internacional (UNCITRAL), sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente;
- c) la Ley Modelo sobre aspectos jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos (EDI), y otros medios conexos de comunicación de datos elaborado por UNICITRAL;
- d) el Proyecto de Convención de UNIDROIT de Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles y el Protocolo sobre equipos de aeronaves;

- e) el proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre la Cláusula de Reserva "Simple" de 1982;
- f) el anteproyecto de Convención de Cesión de Créditos con fines de financiación elaborado por UNCITRAL; y
- g) el proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, elaborado por el *National Law Center for InterAmerican Free Trade*.

II.- Aspectos generales de la prenda sin transmisión de la posesión y del fideicomiso mobiliario de garantía, como técnicas modernas de garantías reales mobiliarias en el Derecho positivo mexicano

Actualmente, existen en el Derecho mexicano dos nuevas figuras jurídicas que son utilizadas como modernas técnicas de garantía:

- a) la prenda sin transmisión de la posesión; y
- b) el fideicomiso de garantía.

Con el establecimiento de ambas figuras en el Derecho mexicano, se pretende que nuestro ordenamiento jurídico

ofrezca ventajas económicas en materia de comercio y financiamiento internos, facilitando los procesos de otorgamiento y recuperación del crédito, que apoyen el desarrollo económico y social del país, haciendo posible que los deudores otorguen todo tipo de bienes muebles e inmuebles que obren en su patrimonio, así como los que resulten de procesos de producción, e incluso de los derivados de la venta de tales bienes, conservando el régimen legal vigente en materia de garantías reales y dejando en libertad a los contratantes de elegir entre la legislación anterior y las actuales reformas contenidas en la miscelánea de garantías de crédito.¹

a) Antecedentes

En este punto, es necesario recordar que el antecedente inmediato de la inclusión de estas dos figuras jurídicas en el Derecho mexicano fue el resultado de diversas reuniones de expertos sobre la materia de México, Estados Unidos y Canadá, que buscaron un sistema de armonización de leyes sobre garantías prendarias de los países miembros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, bajo el auspicio del *National Law Center for InterAmerican Free Trade*, basándose fundamentalmente en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, del nuevo concepto de garantía en el Código Civil de la Provincia del Québec, y el “*personal property security act*” en el resto del Canadá.

1. Dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y Comercio, de fecha 11 de diciembre de 1999.

Lo anterior, dio como resultado el proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, que tomó como base los principios e instituciones derivadas del *common law* de Estados Unidos. Otro resultado de dichas reuniones, fue la conclusión de que la unificación de criterios internacionales requería, desde el punto del Derecho interno de México, la inclusión de nuevas figuras jurídicas de garantías de crédito, por lo que se elaboró el Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias Mercantiles por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), en donde se estableció un cierto equilibrio entre los sistemas del *common law* y del Derecho Codificado o Sistema de Derecho Civil.

Ahora bien, en el pasado período legislativo se turnó a las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, para su análisis, estudio y dictamen dos iniciativas; la de la Ley de Garantías de Crédito del Ejecutivo Federal, y la de los Diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México.

Dichas comisiones, aprobaron la propuesta del Ejecutivo Federal de establecer dos nuevos tipos de garantías, pero consideraron más conveniente la propuesta de los Grupos Parlamentarios mencionados, de modificar y adicionar diversos ordenamientos legales vigentes, para incluir dentro ellos la mecánica para la

constitución y ejecución de garantías, sin necesidad de expedir una nueva ley en la materia.

Lo anterior, dio como resultado la modificación y adición a diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, conocida como “la Miscelánea de Garantías de Crédito”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del 2000, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Al hacer un breve análisis de la Miscelánea de Garantías de Crédito, se aprecia la inclusión de los principios básicos de un sistema de garantías reales moderno sobre bienes muebles e inmuebles que obren en el patrimonio del deudor, así como los que resulten de los procesos de producción e inclusive los derivados de la venta de dichos bienes, sobre los cuales el deudor conserva tanto la propiedad como la posesión de los bienes dados en garantía; sistema que puede coexistir con los sistemas tradicionales porque tienen naturaleza, funciones y fines diferentes.

Se incluyen la extensión automática de la garantía sobre el bien adquirido con anterioridad; dos procesos específicos de ejecución de las garantías reales otorgadas, uno extrajudicial y otro judicial, siendo el primero acordado entre las partes y previo sometimiento de la controversia a la autoridad judicial. Se establecen dos tipos

penales, y los lineamientos conforme a los cuales se registrarán los intermediarios financieros que puedan fungir como fiduciarios en los fideicomisos de garantía.

De la lectura del dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio y de la Miscelánea citada, se desprende que la introducción de ambas figuras jurídicas fueron para regular el tráfico jurídico nacional, sin contemplar el reconocimiento y eficacia fuera del país en donde se han constituido; es decir, el problema de la “internacionalización” de las mismas para regular el tráfico jurídico internacional.

La ausencia de normas de Derecho Internacional Privado específicas que regulen en nuestro Derecho el reconocimiento y eficacia de las nuevas garantías de crédito, en donde el deudor, el acreedor o en su caso el bien gravado en garantía se encuentre vinculado, además del Derecho Mexicano, con un sistema jurídico diverso, ocasiona la falta de seguridad y certeza jurídicas necesarias para asegurar que la garantía sea fácilmente realizable y oponible *erga omnes*, de tal forma que limita su ámbito de aplicación en el tráfico jurídico internacional, e impiden el fomento de las ventajas económicas del financiamiento internacional del crédito en México.

Sin embargo, México ha dado su primer paso para integrarse a un sistema internacional en materia de garan-

tías de crédito y lograr la uniformidad y armonización de los Sistemas de Garantías Comerciales y Financieras Internacionales, al incluir en su Derecho interno los principios básicos del nuevo sistema de garantías de crédito. El camino para lograr esa uniformidad y armonización es difícil y largo, y es en este punto donde el Derecho Internacional Privado debe analizar los obstáculos jurídicos que impiden el reconocimiento y eficacia de las garantías constituidas en el extranjero, y que limitan el tráfico jurídico internacional.

b) Factores jurídicos que obstaculizan la utilización de la prenda sin desplazamiento de posesión y el fideicomiso mobiliario de garantía en el Derecho mexicano, como técnicas modernas de garantías comerciales y financieras internacionales

De dichas figuras jurídicas, y para los fines del presente trabajo, solamente se tratarán algunos aspectos sobre la prenda sin desposesión y el fideicomiso mobiliario de garantía, considerados en forma conjunta como “garantías mobiliarias sin desplazamiento”.

II.1.- El carácter de *numerus clausus* de los derechos reales en el Derecho mexicano

En el Derecho Comparado los países del Sistema de Derecho Civil se inclinan por el criterio de *numerus clau-*

sus, que establece una enumeración limitada de los derechos reales, definiendo su alcance y contenido, mientras que en los países del sistema del *common law* se basan en el criterio de *numerus apertus*, lo que significa que existe la libertad de los particulares para crear derechos reales distintos de los establecidos por ley.

Como consecuencia de lo anterior, en el Derecho Comparado existe una gran diversidad y variedad de garantías mobiliarias, con un grado de desarrollo y aceptación diferente en los diversos sistemas jurídicos nacionales, de tal suerte que cuando existe un sistema jurídico que se basa en el criterio de *numerus apertus* y existe más libertad de los particulares para la creación de garantías mobiliarias, dicho sistema jurídico será más favorable para el reconocimiento y eficacia de las garantías válidamente constituidas en el extranjero, y al contrario, cuando un sistema jurídico se basa en el *numerus clausus*, su criterio es más restrictivo y existirán más obstáculos para el reconocimiento y eficacia de las mismas.

En el Derecho mexicano, la doctrina dominante se inclina por el criterio de *numerus clausus*, por lo tanto, los derechos reales son objeto de una regulación imperativa y restrictiva debido a que sólo pueden crearse válidamente y tener eficacia jurídica en los supuestos expresamente establecidos por el legislador. En este caso, existirán obstáculos para el reconocimiento y eficacia de las

garantías mobiliarias sin desplazamiento constituidas en el extranjero.

II.2.- Falta de un criterio para establecer cuándo existen garantías mobiliarias sin desplazamiento internacionales

No existe en nuestro Derecho² un concepto que lo defina, por lo que en términos generales podemos decir que existen garantías mobiliarias sin desplazamiento internacionales cuando el deudor, el acreedor o en su caso el bien dado en garantía se encuentre vinculado, además del Derecho mexicano, con un sistema jurídico diverso.

Sin embargo, no es lo mismo desde el punto de vista del sistema conflictual el carácter inicialmente interno o internacional de la garantía, para lo cual pueden darse dos momentos de vinculación:

1. En el momento de constituirse la garantía:

- a) el deudor tenga su establecimiento o residencia fuera del territorio nacional;

-
2. En el Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias Mercantiles de la SECOFI se establecía en el artículo 4 lo siguiente: "Art.4.- El deudor garante y los bienes afectos a una garantía mobiliaria podrán ubicarse dentro o fuera del territorio nacional. Sin embargo, para retener la prelación de la garantía relacionada con esta Ley, el acreedor garantizado deberá perfeccionarla fuera del territorio nacional, en los siguientes casos:

- b) el acreedor tenga su establecimiento o residencia fuera del territorio nacional; o
 - c) el bien dado en garantía se encuentre localizado fuera del territorio nacional.
2. Con posterioridad a la constitución de la garantía:
- a) el bien dado en garantía sea trasladado fuera del territorio nacional;
 - b) el deudor cambie su establecimiento o residencia fuera del territorio nacional; o
 - c) el bien dado en garantía sea transmitido a un tercero, con establecimiento o residencia fuera del territorio nacional.

-
- I. Cuando el deudor garante se encuentre localizado fuera del territorio nacional;
 - II. Cuando el deudor garante cambie su domicilio fuera del territorio nacional;
 - III. Cuando el deudor garante transfiera su obligación a un tercero localizado fuera del territorio nacional,
 - IV. Cuando los bienes en garantía se encuentren fuera del territorio nacional, aunque el deudor permanezca dentro del mismo, y
 - V. En caso de permitirlo el contrato de garantía, cuando el deudor garante traslade los bienes fuera del territorio nacional.

Para retener la prelación concedida a un tercero garantizado en otro país, deberá inscribirse la garantía mobiliaria conforme a este Ley antes de que ingresen al territorio nacional los bienes muebles objeto de la garantía.”

II.3.- Dificultades que se enfrentan las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento internacionales para ser inscritas en el Registro Público de Comercio, y para ser reconocidas como válidas cuando tienen modalidades diferentes a las previstas por la ley

Las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento otorgan al acreedor dos derechos accesorios: el de persecución y de prelación, quedando su ejercicio subordinado a la inscripción registral previa de la garantía, conforme a los artículos 366 y siguientes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ahora bien, la garantía será inscribible siempre y cuando el objeto de la garantía sea también inscribible conforme a los artículos 355 y 401 de esa Ley. Este punto tiene relevancia para el Derecho Internacional Privado, en donde con frecuencia las garantías reales sin desposesión no son o no pueden ser objeto de inscripción en el país donde pretenden ver reconocida su eficacia, y dado que en el Derecho mexicano se establece el criterio de *numerus clausus*, por lo tanto, los derechos reales son objeto de una regulación imperativa y restrictiva, debido a que sólo pueden crearse válidamente y tener eficacia jurídica en los supuestos expresamente establecidos por el legislador. En este caso, existirán obstáculos para el reconocimiento y eficacia de las garantías mobiliarias sin desplazamiento constituidas en el extranjero.

Ante la ausencia de normas de Derecho Internacional Privado en el Derecho mexicano que determine cuál es registro competente de las garantías mobiliarias que tengan un elemento extranjero, se estará a lo establecido para la publicidad de los derechos reales mobiliarios, conforme a lo establecido en el artículo 23 del Código de Comercio.

Por lo tanto, para que una garantía mobiliaria sin desplazamiento constituida en el extranjero sea eficaz en México, debe ser inscrita en el Registro Público Mexicano. Sin embargo, dicha inscripción sólo es posible si:

- a) la garantía extranjera corresponde a alguno de los tipos de garantías reales sin desplazamiento reconocidas por el Derecho mexicano; y
- b) los criterios de atribución de competencia registral se hallan localizados en el territorio mexicano.

II.4.- Importancia del establecimiento de normas de Derecho Internacional privado específicas, sobre las garantías mobiliarias sin desplazamiento en el Derecho mexicano

El sistema de conflictos de leyes, a nivel interno, se encuentra consagrado en el artículo 121 de nuestra

Constitución, y en los artículos 12 al 15 del Código Civil para toda la República en materia federal.

La ausencia de normas de Derecho Internacional Privado específicas que regulen en el Derecho mexicano las garantías mobiliarias sin desplazamiento internacionales origina problemas de calificación y delimitación de los efectos reales, obligacionales, formales y de publicidad de las mismas. Hemos mencionado que existe en el Derecho Comparado una gran diversidad y variedad de garantías mobiliarias, que dificulta al Derecho Internacional Privado la solución de todos los conflictos de leyes que surgen de las garantías mobiliarias internacionales.

La técnica conflictual plantea delicados problemas de calificación, conflicto móvil, equivalencia de instituciones, límites territoriales de la publicidad registral y orden público, entre otros. Lo anterior, obstaculiza a las garantías mobiliarias sin desplazamiento constituidas en un país, para que se les reconozcan sus efectos obligacionales, reales, formales y de publicidad en otros sistemas jurídicos que se encuentren vinculados, o que en entren en contacto con posterioridad a su constitución.

Además, el régimen de las garantías reales sin desplazamiento implica una derogación de los principios básicos que configuran el régimen general de transmisión y cir-

culación de los bienes muebles corporales, así como el principio de responsabilidad universal del patrimonio del deudor y de igualdad de los acreedores.

En el Derecho Comparado se aprecian tres sistemas diferentes, en relación con la adquisición y transmisión de los derechos reales:

- a) el sistema de transmisión consensual, que establece el acuerdo de voluntades para que surta efecto el traslado de dominio;
- b) el sistema causalista del título y el modo, que requiere que además del acuerdo de voluntades se realicen determinados actos previstos por la ley; y
- c) el sistema traslativo abstracto, que sólo necesita la voluntad de transmitir y adquirir el derecho real, sin depender de la eficacia o validez del acuerdo de voluntades.

En nuestro Derecho, la adquisición y transmisión de los derechos reales mobiliarios sin desplazamiento se basan en el sistema causalista del título y el modo, en donde la transmisión posesoria se ha sustituido por la exigencia de la publicidad registral, que constituye una

excepción al tráfico jurídico mobiliario en el Derecho mexicano, el cual se basa en la posesión misma del bien, y se manifiesta con la máxima “*la posesión equivale al título*”, al establecer el artículo 798 del Código Civil lo siguiente: “*la posesión da al que la tiene la presunción de propietarios para todos los efectos legales*”, presunción que en materia de garantías reales mobiliarias tiene una excepción debido a que “*toda garantía mobiliaria sin desplazamiento requiere que el derecho del acreedor siga al bien gravado cualquiera que sea su poseedor*”, basándose entonces el tráfico jurídico mobiliario en la publicidad registral, de acuerdo con el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sin embargo, dada la ausencia de normas de Derecho Internacional Privado en la miscelánea de Garantías de Crédito, existe la problemática de que la publicidad registral carece de efectos extraterritoriales, por lo que las garantías reales mobiliarias extranjeras inscritas en otro país tienen una aplicación limitada en el Derecho mexicano, debido a que solamente tiene efectos de una garantía real mobiliaria no inscrita.

En este caso, el tráfico jurídico mobiliario de las garantías reales sin desplazamiento extranjeras, pasa de la publicidad registral al de la posesión, con lo cual el acreedor garantizado queda privado de la protección legal que le dio la inscripción registral, y se aplica el supuesto de la apariencia jurídica que crea la posesión respecto de la

presunción de la titularidad. En este caso, el acreedor extranjero queda sujeto al régimen general de la circulación de los bienes muebles, y por lo tanto el tercero que haya adquirido el bien gravado, en virtud de un contrato oneroso y creyendo válidamente en el poder de disposición del transmitente, quedará protegido por la presunción de buena fe, conforme al artículo 366 de la citada ley.

Por lo anterior, podemos afirmar que en el Derecho mexicano no son válidas las garantías mobiliarias sin desplazamiento no previstas por el legislador, ni son oponibles a terceros las garantías mobiliarias sin desplazamiento previstas por el legislador pero no inscritas, por lo que desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado es imposible constituir una garantía real mobiliaria, cuando los elementos que determinan la competencia registral se encuentren fuera del territorio nacional. De igual forma, una garantía real mobiliaria válidamente constituida en el extranjero, pero desconocida por el Derecho mexicano, no puede ser inscrita en el Registro Público de Comercio Mexicano.

III. Conclusiones

- a) La inclusión de las figuras jurídicas de la prenda sin desplazamiento de la posesión y del fideicomiso mobiliario de garantía constituyen un avance dentro del Derecho mexicano, para lograr la uniformidad y

armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales.

- b) La Miscelánea de Garantías de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del 2000, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, no contempla el reconocimiento y eficacia fuera del país en donde se han constituido las garantías mobiliarias sin desplazamiento, es decir el problema de la “internacionalización” de las mismas para regular el tráfico jurídico internacional.
- c) La ausencia de normas de Derecho Internacional Privado específicas que regulen en nuestro Derecho el reconocimiento y eficacia de las nuevas garantías de crédito, en donde el deudor, el acreedor o en su caso el bien gravado en garantía se encuentre vinculado, además del Derecho mexicano, con un sistema jurídico diverso, ocasiona la falta de seguridad y certeza jurídicas necesarias para asegurar que la garantía sea fácilmente realizable y oponible *erga omnes*, de tal forma que limita su ámbito de aplicación en el tráfico jurídico internacional, e impiden el fomento de las ventajas económicas del financiamiento internacional del crédito en México.
- d) La falta de regulación de normas de Derecho Internacional Privado en México acerca de las

garantías mobiliarias sin desplazamiento, obligan a limitar los efectos reales, obligacionales, formales y de publicidad de las mismas, al encuadrar los supuestos dentro de las normas de conflicto generales existentes en el Derecho Mexicano.

- e) La subsumisión de las garantías mobiliarias sin desplazamiento internacionales a las normas conflictuales generales existentes en el Derecho mexicano, origina problemas de calificación, de orden público, etc. y provoca la aplicación de varios Derechos internos con los que tiene vinculación la garantía bajo la *lex contractus*, *lex rei sitae* o *lex loci*, lo cual impide el reconocimiento y eficacia de los derechos del titular de la garantía fuera del país en donde se constituyó.

- f) Es necesario formular una norma de conflicto que regule las garantías mobiliarias sin desplazamientos internacionales, en donde se concilie el interés del titular de la garantía y de los terceros de adquirentes de buena fe del bien gravado.

- g) También será necesario establecer una norma de conflicto que resuelva el problema del conflicto móvil, es decir el desplazamiento del bien gravado fuera del país en donde se constituyó, como

es el caso del bien gravado destinado a ser trasladado a un tercer país/exportación, o tránsito que obstaculiza los efectos de la oponibilidad *erga omnes*.

En estos supuestos, se podría establecer una norma de conflicto que prevea que en el caso de las operaciones de exportación las garantías se perfeccionen de acuerdo con las normas del país del destino del bien gravado, y en el de los bienes destinados a ser explotados en diferentes lugares se perfeccionen de acuerdo a la ley del lugar del establecimiento del deudor.

BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias Mercantiles, elaborado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Armonización de las leyes sobre garantías prendarias de los países miembros del Tratado de Libre Comercio. Enfoque México, publicado por el *National Law Center for InterAmerican Free Trade*.

ARTEAGA NAVA, ELISUR. *Aspectos Constitucionales de una ley modelo sobre garantías mobiliarias*. Ponencia presentada en el XXIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado Comparado, celebrado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C., los días 28 a 30 de octubre de 1999.

BOUZA VIDAL, NURIA. *Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*. Editorial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1991.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Comercio acerca de la iniciativa de Ley de Garantías de Crédito del Ejecutivo Federal, y la iniciativa de los Diputados integrantes de los

Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional y del Partido Verde Ecologista de México.

Miscelánea de Garantías de Crédito, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del 2000, y entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL. *Algunos comentarios en torno al nuevo sistema de garantías mobiliarias en una ley modelo; posibles relaciones con el sistema jurídico mexicano actual*. Ponencia presentada en el XXIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado Comparado, celebrado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C., los días 28 a 30 de octubre de 1999.

— *La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieros internacionales*. Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, número 6, abril 1999. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. México.

WILSON MOLINA, JOHN. *El gravamen Mobiliario*.

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN ARISTOTÉLICO, EN LA BASE DEL CONCURSO APARENTE DE NORMAS

*Jorge Ponce Martínez**

I. Introducción

Abordar el tema del concurso aparente de normas, trae a consideración muchas e importantes cuestiones. Entre otros aspectos de innegable relevancia, se ve involucrado uno de los momentos de mayor importancia en la actividad jurisdiccional: la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Así, se presupone en el juzgador un amplio conocimiento de las normas jurídico-penales, así como de la técnica para aplicarlas adecuadamente a los casos concretos. Debe saber, entonces, que cuando existan dos o más disposiciones que regulen un mismo caso solamente podrá aplicar una de ellas y excluir a las demás, porque

* Juez Octavo Penal del Distrito Federal.

independientemente de cualquiera otra consideración teórica, uno de los primeros aforismos o axiomas que aprende cualquier persona que se acerca al ámbito del Derecho Penal, es el que reza: “*non bis in idem*”, indicador no sólo de la prohibición del doble juzgamiento, sino implícitamente también de que no es posible sancionar o penar doblemente un mismo hecho delictuoso. Mucho mejor será resuelto el problema si se conocen los principios que rigen el concurso aparente de normas.

II. Concurso aparente de normas

Cuando un mismo hecho está regulado por dos o más normas, pero la efectividad de una de ellas (al abarcar por sí sola todo el desvalor del hecho), excluye a las otras, estamos ante un aparente concurso de leyes. Necesitamos referirnos enseguida a la terminología en cuanto a esta figura; por otro lado, habremos de ver como se relaciona con la interpretación y consiguiente aplicación de la ley penal; y cuál es el origen de este tema.

II.1. Terminología

Suele afirmarse que a partir de MERKEL comenzó a establecerse la correcta separación entre el concurso de normas y el concurso de infracciones. Al consultar la obra de dicho autor alemán, encontramos una exposición que, en lo general, subsiste aun en nuestros días:

“La concurrencia de delitos, por lo demás, se distingue: ... Del caso de mera concurrencia de

*leyes, o sea del caso en que solamente exista un delito, pero este único delito, por sus caracteres, pueda ser sometido a diferentes leyes entre las cuales exista una porfía aparente por apoderarse del hecho".*¹

Posteriores análisis sobre el tema han puesto de manifiesto que en realidad no se trata de una verdadera concurrencia de normas, puesto que si así fuese, ambas tendrían aplicación al hecho concreto;² pero esto ya lo había vislumbrado el propio MERKEL cuando afirmaba que sólo es aparente la pretensión de las normas concurrentes a ser aplicadas al caso concreto. La tendencia actual, al menos en la doctrina penal alemana, se orienta al empleo de la expresión "unidad de ley", abandonando la de "concurso de leyes". JESCHECK nos explica en este punto que:

*"...Como sólo puede aplicarse la ley primaria y la ley desplazada no aparece en absoluto en el fallo, parece adecuado sustituir la expresión tradicional, pero equívoca, de "concurso de leyes" por la de unidad de ley."*³

1. Merkel, A. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial La España Moderna. Madrid. 1911, pp. 378 y 379.
2. Puig Peña señala en forma elocuente: "... al saberse ya que una de las mismas no puede entrar en acción, huelga hablar de concurrencia de leyes". *Colisión de Normas Penales*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955, pág. 35.
3. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. 1978, pp. 1033 y 1034. Este mismo autor afirma que tal es el punto de vista de *Bohlmann, Geerds, Schmidt, Vorbem, Maurach, Saur, Wessels*, entre otros.

MIR PUIG se inclina por la denominación “concurso de leyes”. Distingue dos criterios, y explica su adhesión al que admite la concurrencia de varios preceptos. En efecto, sostiene que:

*“Existen en la doctrina dos direcciones distintas del concurso de leyes. Según la doctrina mayoritaria el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno de ellos será aplicable. Otra dirección entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es sólo aparente puesto que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad sólo concurre uno de ellos... La primera concepción es preferible por cuanto permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado”.*⁴

Nosotros podemos objetar la postura de este autor. En realidad, basta una simple reflexión para constatar que los términos “concurrencia” o “concurso”, deben interpretarse como la factibilidad misma de aplicar la norma al

4. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial PPU, S.A. Barcelona. 1996, p. 668.

caso concreto; entendámosla como un momento contemporáneo a la aplicación misma y, por ende, no cabe emplear las citadas expresiones porque en el momento de resolver sobre el hecho específico, el juzgador sólo aplica una sola norma, la que realmente concurre, que de antemano excluyó a la otra. La opinión correcta parece ser, entonces, la que el propio MIR PUIG rechaza. Tratando de justificar su posición, dicho autor español prosigue con sus argumentos:

*“Más evidente es la necesidad de poder aplicar el precepto desplazado cuando el preferente deja de poder serlo... Así sucederá cuando una modificación legislativa suprima el precepto preferente pero no el desplazado. Así, tras la supresión del delito de parricidio en el CP 1995, quienes hayan matado a uno de los parientes del anterior art. 405 CP bajo la vigencia de éste deberán ser castigados, al menos, por homicidio...”*⁵

No es posible tampoco aceptar esta explicación. Al menos en nuestro medio, hasta antes de la supresión del parricidio en el Código Penal mexicano, tradicionalmente se consideraba como un tipo autónomo, formado ciertamente a partir del de homicidio, pero que al agregársele la calidad de ascendiente en el sujeto pasivo, se desligaba de aquel tipo básico. Para los efectos de un procesamien-

5. *Ibidem*, p. 668 y 669.

to penal, se planteaba, por ejemplo, que a una acusación por parricidio no podía recaer un fallo por homicidio (sin justificarse, a pesar del increditaiento de la calidad de ascendiente en la víctima), en tanto que esa condena sería por delito diverso al del proceso y de la acusación.

Dicho en otras palabras, no se trata en el concurso aparente de normas de que apliquemos a conveniencia el precepto “preferente” o el “desplazado”, sino de que la norma que se aplique sea, independientemente de la denominación que le demos, la exactamente aplicable al caso concreto en que deba recaer la determinación judicial, aunado a la posibilidad de aplicación de la norma respectiva en función del adecuado proceso, que presupone congruencia entre los términos de la acusación y los de la sentencia definitiva.

II.2. Aplicación de la ley penal

Cuando hablamos de la aplicación de la ley penal a un caso específico, presuponemos una tarea interpretativa realizada en un momento previo. No puede, técnicamente, aplicarse una norma penal que antes no se ha interpretado. La razón es muy sencilla: debe averiguarse antes que nada el verdadero sentido de la norma penal. Sólo así ha de procederse después a aplicarla.

Luego entonces, si en el caso del concurso aparente de normas hay dos leyes que el juzgador tiene frente a sí, es

obvio que el primer paso, para saber cuál es la exactamente aplicable, es la interpretación de ambas normas. Hasta saber el significado y los alcances de éstas, podrá decidir la que aplicará y la que descartará.

Parece, vistas así las cosas, que no es del todo acertado sostener sin más, que el concurso aparente de normas sea un problema sólo de la aplicación de la ley penal, cuando quizá más importante aún sea la fase previa, que es la interpretación de las normas en conflicto, porque aquí radica verdaderamente la posibilidad del órgano jurisdiccional de advertir, conforme al contenido mismo de las normas en juego, cuál tiene mayor exactitud respecto al encuadramiento del caso examinado. No podría ser de otra manera. Lo confirma opinión autorizada sobre el particular:

*“...la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe quedar desplazada, depende de la interpretación de las distintas normas penales en juego. Pero existen distintos principios que la doctrina ha ido elaborando para orientar y que resultan válidos a condición de que se admita que no suelen ofrecer soluciones automáticas...”*⁶

Más claro aún resulta el hecho de que, como bien observa JESCHECK, si es precisa la interpretación de

6. Cfr. Mir Puig, Santiago. *Ob. cit.*, p. 669.

los tipos involucrados, la infinitud de posibilidades existentes origina la renuncia del legislador para establecer reglas específicas con pretensión de abarcar todos los casos concretos,⁷ ha de limitarse, por lo tanto, solamente a fijar los principios generales estimados más importantes para resolver fácticamente dicha problemática.

II.3. Principio “*non bis in idem*”

Nosotros asumimos como cierto que el principio “*non bis in idem*”, es más que la traslación al ámbito jurídico del principio de contradicción formulado por Aristóteles hace más de dos siglos.⁸ Es indudable que, como en su tiempo sostuvo este filósofo, una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y bajo la misma relación. Esa es la idea que axiomáticamente se contiene en el principio que nos ocupa y en torno al cual, por lo general, poco nos detenemos a reflexionar.

En forma precisa se desconoce el momento en que históricamente tomó carta de naturalización en el ámbito jurídico. PUIG PEÑA, al hacerse cargo de una reseña sobre los antecedentes del concurso aparente de leyes, no refiere que en el Derecho Romano haya vestigios del

7. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. 1978, p. 1035.

8. Lo que es evidente no requiere demostración. Así lo expresaba Aristóteles al referirse al principio de contradicción: “Que es imposible afirmar y negar a la vez una misma cosa, es un principio que no expresa ninguna demostración...”. *Tratados de Lógica*. Editorial Porrúa. S.A. México. 1993, p. 168.

empleo de dicho aforismo o principio; su aparición la ubica hasta el denominado Derecho Intermedio, concretándose a señalar que:

“En el llamado Derecho Intermedio no existió ciertamente un tratamiento científico de esta importante cuestión del Derecho Penal aparte del anterior principio proveniente de la literatura jurídica romana (se refiere a la fórmula general de Papiniano que decía: “in toto iure generi per speciem derogatur”), si bien claro está, es de suponerse se resolviesen intuitivamente los principales supuestos que se presentaban atendiendo sobre todo al principio de la consunción en virtud del “brocardo lex consumens derogat legi consueta” y de la regla “non bis in idem” “tan fundamental dentro del área del Derecho Punitivo”.⁹

No obstante, siguiendo una prelación lógica, debe reconocerse que conceptualmente el *non bis in idem* es anterior a la fórmula papiniana, ciertamente que esta última, como también lo explica PUIG PEÑA,¹⁰ fue la que con ciertas variantes o alternativas (por ejemplo, su transposición: “*lex specialis derogat legem generalem*”) resolvió numerosos casos de concurso aparente de normas; empero, si la Grecia anterior a Roma conoció primeramente el “*non bis in idem*”

9. *Colisión de Normas Penales*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1955, pp. 25 y 26.

10. *Ibidem*.

a través del principio de contradicción aristotélico, es obvio que éste antecedió a las formulaciones romanas.

Es más, nosotros nos atrevemos a sostener incluso que los brocardos tales como "*lex specialis derogat legem generalem*" y "*lex consumens derogat lex consumpta*", en esencia, no son sino derivaciones del *non bis in idem*. Así resulta del más somero análisis a tales fórmulas. Veámoslo: Si el primer brocardo está indicando que una ley especial deroga a otra general, ello obedece a que las dos no pueden regir o aplicarse al mismo tiempo al caso concreto. Otro tanto resulta del segundo mencionado, pues también indica la prevalencia de una ley sobre otra en relación a un supuesto de hecho. Esto es, en tales fórmulas subyace el principio de contradicción de Aristóteles.

De cualquier manera, nadie puede negar que el *non bis in idem* actualmente se encuentra plasmado en los textos constitucionales, a nivel de garantía fundamental. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la segunda parte del artículo 23, ordena:

"Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene..."

Quizá haya quien sostenga que se trata de una garantía que sólo incumbe al ámbito procesal. Una afirmación tal es errónea, porque más allá del doble enjuiciamiento,

también está el propósito del legislador de que una persona no sea sancionada o castigada dos veces por la comisión de un mismo hecho delictuoso. Sería absurdo pensar que el mandato constitucional prohíbe procesar doblemente por un idéntico delito, y que no prohíba también la doble imposición de pena por un solo hecho ilícito. Estimamos así suficientemente claro que el fundamento constitucional derivado del axioma “*non bis in idem*”, es base para la regulación en las leyes penales secundarias acerca del concurso aparente de normas. Por supuesto que para hacer esta aseveración, no pasamos por alto que si en tal concurso sólo una de las normas en juego es la aplicable (por ser a la que se encuadra exactamente el caso) y la otra queda eliminada, las legislaciones penales secundarias en nuestro medio también parten de que el artículo 14 de la Constitución Federal, en el párrafo tercero, a la letra dice:

“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 trate.”

III. Principios de solución al concurso aparente de normas

III.1. Principio especialidad

Contenido en la expresión “*lex specialis derogat legem generalem*”, se encuentra el criterio del principio de especialidad. Partimos de que una norma penal reúna todos

los elementos de otra, pero se diferencie por contener al menos un elemento adicional. Hablamos, entonces, de una ley especial, en base a la cual el hecho subsumible se contempla bajo una forma específica, no general.

Es indudable que cuando se actualiza el supuesto de la norma especial también sucede con el de la norma general, pero no a la inversa. JESCHECK explica esto, y se refiere, además, al tipo de relación originada en la especialidad:

*“En la especialidad concurre, pues, una relación lógica de dependencia propia de la subordinación, pues toda acción que realice el tipo del delito especial también realiza necesariamente, al mismo tiempo, el tipo del general, mientras que no sucede lo contrario. En Derecho Penal, ello tiene la consecuencia de que la ley general debe retroceder: *lex specialis derogat legi generali*”.*¹¹

Nadie discutirá que invariablemente la ley especial prevalece sobre la general. Los cuestionamientos no suelen hacerse sobre la validez del principio, sino a que en caso de imposibilidad de aplicar la norma específica (originalmente admisible), sea válido aplicar en substitución la norma genérica. Nos remitimos en este punto, a lo

11. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. 1978, p. 1035.

expuesto en cuanto a la inadmisibile opinión de MIR PUIG, en el sentido de considerar aplicable a un caso concreto la norma general del tipo de homicidio, en reemplazo de la específica del tipo de parricidio al acaecer la supresión legal de este último.

Ejemplificando con las disposiciones del Código Penal alemán relativas al robo (frente a otras figuras de dicho ordenamiento), WESSELS anota con acierto que

*“...la especialidad reside siempre en relación entre cambios calificantes o privilegiantes y su tipo fundamental... Del mismo modo, los cambios independientes están en relación de especialidad frente a su tipo fundamental, por ejemplo, el robo (artículo 249) frente a la coacción (artículo 240) y al hurto (artículo 242)”.*¹²

En nuestro contexto son válidas observaciones similares. El tipo de robo simple o genérico del artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, constituye un tipo básico o fundamental, pero general respecto del tipo complementado cualificado de robo, que puede integrarse por la existencia adicional de violencia (artículo 373), o de alguna otra de las circunstancias agravantes (artículo 381), taxativamente señaladas por dicho ordenamiento.

12. Wessels, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1980, p. 237.

Claramente se comprende, por otra parte, que en caso de no llegar a acreditarse procesalmente la circunstancia adicional cualificante o privilegiante de dichos tipos complementados, puede aplicarse la norma general del tipo básico, precisamente porque técnicamente este último subsiste (en tanto que el tipo complementado carece de vida independiente, por ser eventual la existencia de la circunstancia adicional).

Por lo demás, habrá de indicarse que el principio de especialidad es el único criterio plasmado en el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 60., que a la letra dispone:

“ ... Cuando una materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

III.2. Principio de consunción

Actualmente, es insuficiente la simple afirmación hecha por PORTE PETIT acerca de que *“Existe este principio, cuando la materia regulada por una norma, queda subsumida en otra de mayor amplitud.”*¹³ No es bastante tal aserto, porque precisa aludir a las razones por las que la materia regulada por una norma queda comprendida dentro de otra más amplia.

13. Porte Petit C., Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993, p. 173.

Hablando con mayor propiedad, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALAREE, nos dan una idea más amplia cuando explican:

“Según el principio de consunción, un tipo legal comprende también el desvalor delictivo de otro. En general se trata de actos posteriores propios al acto delictivo que quedan consumidos; los que signifiquen su agotamiento, pero no una nueva actividad delictiva... Pero el principio de consunción no sólo presenta un problema de interpretación, sino además de atribución a un tipo penal, esto es, un juicio valorativo respecto de la situación concreta en el sentido de si ella realmente se puede incluir en un solo tipo legal que abarque todo el desvalor que ella comprende o si, por el contrario, se trata de la realización de dos tipos diferentes”.¹⁴

Esta concepción, enfocada en el sentido de que el mayor desvalor derivado de la conducta delictiva comprende el de otro acto u otros, constituye un criterio de tendencia mayoritaria. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, por ejemplo, emplean el término englobar al referirse a esto:

“Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se cas-

14. Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malaree, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Trotta, S.A. 1997, p. 100.

tigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte.”¹⁵

Sin embargo, debe reconocerse que ha resistido el paso del tiempo el planteamiento hecho por PORTE PETIT en cuanto a las hipótesis de consunción,¹⁶ que se concretan a cinco rubros: 1) El bien tutelado por la norma de mayor amplitud, comprende al tutelado por la norma de menor alcance (donde, a su vez, incluye la hipótesis de progresión, como el caso de lesiones y homicidio; la consumación respecto de la tentativa y actos preparatorios; y el delito de lesión respecto del de peligro); 2) El hecho previsto por la norma de menor amplitud es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud (abarcando el supuesto del llamado delito complejo); 3) Los medios exigidos en un tipo, son de mayor amplitud que los del tipo de otra norma que resulta consumida; 4) Los medios exigidos en un tipo corresponden a otra figura delictiva descrita autónomamente (la falsificación que queda comprendida en el fraude, cuando es el medio para la realización de este último); y 5) Hipótesis del hecho anterior y posterior (siguiendo a MAGGIORE, PORTE PETIT afirma la existencia de un hecho posterior, cuando éste sigue a otro como actuación del fin por el cual se cometió el primero).

15. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, p. 522.

16. Porte Petit C., Celestino. Obra citada, pp. 177 a 179.

III.3. Principio de alternatividad

Para referirnos al principio de alternatividad, tendremos que suponer la ineptitud legislativa de haber creado dos normas penales idénticas, por lo que resulta lo mismo aplicar una que otra. Será indiferente cuál aplique el juzgador, para quien, no obstante, subsiste la prohibición de la dual aplicación, pero no por otra razón que no sea el evitar la doble imposición de pena.¹⁷

Se atribuye la creación de este principio a BINDING.¹⁸ Su naturaleza siempre ha sido discutible, por lo que en la actualidad su estudio está abandonado. No se necesita mayor análisis para percatarse de que aquí no se trata de un concurso aparente de disposiciones. Si puede aplicarse cualquiera de las dos, precisamente porque en cada una encuadra perfectamente el hecho enjuiciado y la elección sólo depende del órgano jurisdiccional, no hay ningún conflicto en las disposiciones. Tampoco lo habría, inclusive, si aplicara ambas normas (puesto que las dos son aplicables) e impusiera una única pena.

PAVÓN VASCONCELOS se encargó desde hace mucho tiempo de ejemplificar en nuestro medio casos de alternatividad:

17. *Ibidem*, 182. Cfr. también Pavón Vasconcelos, Francisco. *Concurso Aparente de Normas*. Editorial Cajica, S.A., 1975, pág. 129. Puig Peña no coincide al respecto, pues habla de que "...fue ideado por los tratadistas alemanes, y, en realidad, sostenido por todos ellos, si acaso con alguna excepción aislada como *Von Hippel*", *Colisión de Normas Penales*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955, p. 88.

18. Pavón Vasconcelos, Francisco. Obra citada en nota anterior, p. 138.

“El artículo 123 del Código Penal..., tipificador del delito genérico de traición a la patria recoge un tipo de formulación alternativa, al establecer que comete el delito de traición: el que atente contra la independencia de la República Mexicana, su soberanía, su libertad o la integridad de su territorio, en tanto que el artículo 124 del mismo código, igualmente ley mixta alternativa, sanciona entre otras hipótesis, al que destruya o quite las señales que marcan la frontera de la nación o de cualquier otro modo haga que se confundan; al que oculte o auxilie a los espías, etc...”¹⁹

III.4. Principio de subsidiariedad

La alusión al principio de subsidiariedad, pretende encontrar fundamento en el brocardo *“lex primaria derogat legis secundaria”*. PUIG PEÑA lo explica así:

“...cuando actúa el principio de subsidiariedad no se va a producir el contacto o colisión de normas, sino que viviendo ambas, con distinta fuerza en el mundo de la realidad jurídica, al disponerse a entrar una de ellas en acción, atrae por la misma fuerza de su poderío a la otra o secundaria no dejándola actuar. Desaparece pues, está última de la escena jurídica (no total-

19. *Colisión de Normas Penales*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1955, p. 75.

mente absorbida por aquélla como hubiera sucedido si hubiera actuado el principio de la consunción), sino simplemente desplazada, arrinconada, inoperante precisamente porque la otra no le deja actuar: Lex primaria derogat legis subsidiaria... ”²⁰

Dicho en otras palabras, se parte de que de las dos normas en juego, tendrá aplicación la norma primaria o principal, y no la subsidiaria, secundaria o supletoria. Aquélla desplaza a esta última.

Hay quien entiende que en la subsidiariedad estamos ante una disposición penal que sólo es aplicable de forma auxiliar, en caso de que no intervenga otra disposición punitiva; tales disposiciones son distintas pero protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios de ataque.²¹ Se habla, además, de dos clases de subsidiariedad: expresa o formal y tácita o material, según se encuentre o no consignada en la ley. Lo cierto es que se ha discutido sobre la validez de este principio, por su estrecha relación con el principio de especialidad.²²

20. Cfr. Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Bosch Casa Editorial, S. A. Barcelona. 1978, p. 1036.

21. Cfr. Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S. A., 1997, págs. 235 y 236. En el mismo sentido Porte Petit, C., ob. cit. p. 182.

22. *Concurso Aparente de Normas*. Editorial Cajica, S. A. 1975, p. 127.

La dificultad para encontrar casos de subsidiariedad expresa, ya la hizo notar PAVÓN VASCONCELOS,²³ quien en cuanto a la subsidiariedad tácita se refiere al caso del sujeto que para robar penetra en un inmueble habitado:

“Pensemos, sin embargo, que en el caso del ejemplo el agente quede excluido de pena por el robo, ya por ampararse en la excusa absolutoria del artículo 377, o bien por operar una causa de atipicidad, como lo sería si el apoderamiento, por error, recayera en un bien de su propiedad: la inoperancia de la norma principal haría en cambio aplicable, en forma subsidiaria, el tipo penal del artículo 285 que sanciona el allanamiento de morada; el ejercicio ilegal de la medicina, dice Soler, puede subsistir como punible, a pesar de no serlo como tal un aborto...”²⁴

III.5. Principio de mayor gravedad positiva

Como su nombre lo indica, se trata del principio en razón del cual, si dos normas penales regulan un mismo hecho con penalidad distinta, habrá de aplicarse la que contemple la mayor o más grave punibilidad.

En el actual Código Penal Español se establecen, de acuerdo con el artículo 80., cuatro reglas para resolver el

23. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, pág. 520.

conflicto aparente de normas, y la cuarta de ellas a la letra dice:

“4a. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”²⁵

Afortunadamente, nuestro Código Penal para el Distrito Federal no contiene en la actualidad una disposición así. Fácilmente se comprende que este principio de mayor gravedad positiva no debe ser incluido en la legislación punitiva, por la sencilla razón de que invariablemente debe regir la disposición del artículo 14 Constitucional, acerca de que en todos los casos imperará la norma penal exactamente aplicable al caso concreto. Podrá haber una de las normas en conflicto que señale más grave punibilidad, pero que no sea la que se adecue con mayor fidelidad al caso concreto y, por lo mismo, se rechazará. El criterio de la mayor penalidad parece que en última instancia sólo pudiera cobrar vigencia dentro del principio de la alternatividad, o bien bajo los supuestos de la subsidiariedad, según se infiere de lo expuesto con anterioridad.

IV. Conclusiones

a) En realidad, basta una simple reflexión para constatar que los términos “conurrencia” o “concurso”, deben interpretarse como la factibilidad misma de aplicar la

norma al caso concreto. Entendámosla como un momento contemporáneo a la aplicación misma y, por ende, no cabe emplear las citadas expresiones, porque en el momento de resolver sobre el hecho específico el juzgador sólo aplica una sola norma, la que realmente concurre, que de antemano excluyó a la otra. La opinión correcta parece ser, entonces, la que sostiene que no existe un verdadero concurso de leyes penales, porque si así fuera ambas podrían aplicarse.

Deviene entonces inadmisibile la opinión de MIR PUIG, acerca de que no es aparente sino real el concurso de las normas penales en conflicto; y más rechazable todavía, lo es su argumentación de que ante la derogación del tipo de parricidio, sin más puede aplicarse en la situación de un enjuiciado el tipo de homicidio.

Al menos en nuestro medio, hasta antes de la supresión del parricidio en el Código Penal mexicano, tradicionalmente se consideraba como un tipo autónomo, formado ciertamente a partir del de homicidio pero que, al agregársele la calidad de ascendiente en el sujeto pasivo, se desligaba de aquél tipo básico. Para los efectos de un procesamiento penal, se planteaba, por ejemplo, que a una acusación por parricidio no podía recaer un fallo por homicidio (sin justificarse a pesar del inacreditamiento de la calidad de ascendiente en la víctima), en tanto que esa condena sería por delito diverso al del proceso y de la acusación.

Dicho en otras palabras, no se trata en el concurso aparente de normas, de que apliquemos a conveniencia el precepto “preferente” o el “desplazado”, sino de que la norma que se aplique sea, independientemente de la denominación que le demos, la exactamente aplicable al caso concreto en que deba recaer la determinación judicial, aunado a la posibilidad de aplicación de la norma respectiva en función del adecuado proceso, que presupone congruencia entre los términos de la acusación y los de la sentencia definitiva.

b) Si en el caso del concurso aparente de normas hay dos leyes que el juzgador tiene frente a sí, es obvio que el primer paso, para saber cuál es la exactamente aplicable, es la interpretación de ambas normas. Hasta saber el significado y alcances de éstas, podrá decidir la que aplicará y la que descartará.

En este contexto, constituye un desacierto sostener a la ligera que el concurso aparente de normas sea un problema sólo de la aplicación de la ley penal, cuando quizá más importante aún sea la fase previa que es la interpretación de las normas en conflicto, porque aquí radica verdaderamente la posibilidad del órgano jurisdiccional de advertir, conforme al contenido mismo de las normas en juego, cual tiene mayor exactitud respecto al encuadramiento del caso examinado.

c) Sostenemos que el principio “*non bis in idem*”, no es más que la traslación al ámbito jurídico del principio de

contradicción formulado por Aristóteles hace más de dos mil años. Es indudable que, como en su tiempo sostuvo este filósofo, una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y bajo la misma relación. Esa es la idea que axiomáticamente se contiene en la expresión “*non bis in idem*.”

Siguiendo una prelación lógica, debe reconocerse que conceptualmente el “*non bis in idem*” es anterior a la fórmula romana “*in toto iure generi per speciem derogatur*”, así como a la transposición de éste al señalar “*lex specialis derogat legem generalem*”. En efecto, si la Grecia anterior a Roma conoció primeramente el principio lógico de contradicción aristotélico, es obvio que éste antecedió a las formulaciones romanas, las cuales no son sino derivaciones del mismo.

De cualquier manera, nadie puede negar que el *non bis in idem* actualmente se encuentra plasmado en los textos constitucionales a nivel de garantía fundamental. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la segunda parte del artículo 23, ordena: “*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...*”.

Estimamos, entonces, que éste es el fundamento constitucional para hablar del concurso aparente de normas penales, aunque también lo es el mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, que obliga al juzgador a sancionar con la “*...ley exactamente aplicable al delito de que se trata*”.

d) Los principios dogmático penales más importantes para resolver el concurso aparente de normas, resultan ser el de especialidad y el de consunción (también llamado de absorción). Existe una tendencia mayoritaria a cuestionar la validez de los criterios de alternatividad, subsidiariedad, y de mayor gravedad punitiva. Pareciera ser, incluso, que de alguna manera la postura de observancia a la norma de mayor gravedad en la punibilidad, es directriz en las soluciones admisibles con los planteamientos de la alternatividad y la subsidiariedad.

e) Consideramos importante una observación al principio de alternatividad: Tenemos que suponer la ineptitud legislativa de haber creado dos normas penales idénticas, por lo que resulta lo mismo aplicar una que otra. Para el juzgador, no obstante, subsiste la prohibición de la dual aplicación, pero no por otra razón que no sea el evitar doble imposición de pena. No se necesita mayor análisis para percatarse de que aquí no se trata de un concurso aparente de disposiciones. Si puede aplicarse cualquiera de las dos, precisamente porque en cada una encuadra perfectamente el hecho enjuiciado y la elección sólo depende de la autoridad jurisdiccional, no hay ningún conflicto entre las disposiciones. Tampoco lo habría inclusive si aplicara ambas normas (puesto que las dos son aplicables) e impusiera una única pena.