

RDE

PRIMAVERA 2016 NUMERO ONCE

Revista de Derecho de la Empresa



U UPAEP

FACULTAD DE DERECHO

Contenido

CONSEJO EDITORIAL.....	4
PRESENTACIÓN.....	5
COLABORACIONES INTERNACIONALES	7
PANAMÁ, S.A.....	8
LA SOCIEDAD ANÓNIMA PANAMEÑA	8
COMO SOCIEDAD “OFF SHORE”	8
TÓPICOS DE DERECHO	26
REFLEXIONES SOBRE EL APRENDIZAJE BASADO	27
EN PROBLEMAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.	27
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN MÉXICO.	42
ERRORES DE TÉCNICA LEGISLATIVA	42
EL CARÁCTER NORMATIVO Y LÓGICO EN EL	62
SISTEMA NORMATIVO EN LA TEORÍA DE Kelsen	62
Resumen.....	62
1. Marco Histórico- Conceptual.	63
1.1. Teoría Institucionalista.	64
1.2. Teoría Normativista.....	65
1.3. Concepto de Ordenamiento Jurídico.	65
1.4. Distinción entre orden jurídico y el sistema normativo.....	67
2. Tipos De Sistemas Normativos.....	69
2.1.1 Sistema Normativo Estático.	69
2.1.2. Sistema Normativo Dinámico.	70
2.2 La validez y la vigencia de la norma jurídica	71
2.3 La eficacia de la norma.....	72
2.4 La derogación de la norma jurídica	73
3.2 El carácter de diacrónico del sistema normativo	74
3.4. Análisis de las antinomias en el tiempo, a la luz de un caso específico.....	76
Conclusiones	77
Bibliografía.	78
TEMAS DE DERECHO	81
LA SUPRESIÓN DE LA LEGÍTIMA FORZOSA EN.....	82

EL DERECHO POSITIVO MEXICANO Y SUS	82
IMPLICACIONES PARA LA EMPRESA FAMILIAR.	82
DIRECTORIO.....	128
POLÍTICAS EDITORIALES:	129
CINTILLO LEGAL	131

CONSEJO EDITORIAL

Dr. José De Jesús Ledesma Uribe.

Dr. Oscar Cruz Barney.

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Dr. Eugenio Hernández Aliste.

(Chile)

Dr. Ulises Montoya Alberti.

(Perú)

PRESENTACIÓN.

La Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla a través del Departamento de Ciencias Sociales y de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas se complace en presentar a usted el Undécimo número de RDE Revista de Derecho de la Empresa, correspondiente a Primavera 2016.

Este ejemplar representa el VI aniversario de la revista, la cual en este número se encuentra dividida en tres secciones, que son Colaboraciones Internacionales, Tópicos de Derecho y, Temas de Derecho de la Empresa. En cada una de estas secciones los temas abordados por los especialistas estimulan el análisis en temas de actualidad que permiten la reflexión de los abogados en tópicos de vanguardia, en virtud de que el Derecho es cambiante debido a la realidad económica, política y social que se desarrolla en la sociedad.

En la sección de Colaboraciones Internacionales, el Dr. Augusto Ho de Panamá participa con la conferencia el título: **“Panamá, S.A. La sociedad anónima panameña como sociedad ‘off shore’”**, dictada en el Congreso de Derecho de la Empresa celebrado en nuestra institución. En dicho tema aborda la estructura y la problemática actual de la sociedad anónima en Panamá, así como, los beneficios que esta reporta para los accionistas del comercio internacional.

La segunda sección Tópicos de Derecho, el que presenta aporta su artículo titulado: **“Reflexiones sobre el aprendizaje basado en problemas en la Enseñanza del Derecho”**, en el cual se aborda el análisis del aprendizaje basado en problemas en la enseñanza del Derecho el cual está acorde a las competencias que se requieren hoy día en la globalización y en los requerimientos del actual ejercicio profesional.

En esta sección colabora también el Dr. Alejandro Cruz Olmedo Flores y la Mtra. Adriana Gabriela Olmedo Jiménez, con su artículo titulado: **“La inconstitucionalidad de la Ley en México. Errores de técnica legislativa”**, en el cual se resalta la importancia del control constitucional y las controversias constitucionales tramitadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un tema de actualidad y necesario para el ejercicio profesional.

El Mtro. Juan Manuel Contreras Méndez, participa con su artículo titulado: **“El carácter normativo y lógico en el sistema normativo en la teoría de Kelsen”**, el cual se centra en la premisa de Kelsen de que el sistema normativo es un sistema dinámico con

particularidades como la unidad, la coherencia y la autosuficiencia, pasando por el análisis histórico conceptual, la diversidad de sistemas normativos y la problemática de las antinomias en dicho sistema.

En la tercera sección de este número Temas de Derecho de la Empresa contamos con las valiosas colaboraciones de la Mtra. Ana María Estela Ramírez Santibañez, quien ha titulado su capítulo: “**La supresión de la Legítima Forzosa en el Derecho positivo mexicano y sus implicaciones para la empresa familiar**”, en el cual aborda las implicaciones para la empresa familiar la legitima forzosa, así como los antecedentes del Derecho romano, su regulación en el Derecho positivo mexicano y la vinculación entre la legitima y las consecuencias con motivo de su derogación.

Por su parte el Dr. José Luis Pérez Becerra, aborda el tema titulado “**Hostigamiento laboral**”, desde sus antecedentes, las bases jurídicas internacionales y la legislación en México; este es un tema que empieza a presentarse en los tribunales y que representa un paradigma en el actual ejercicio del Derecho.

Esperamos que este número invite al análisis y permia la reflexión sobre temas actuales de Derecho y que proporcione una luz para resolver las nuevas problemáticas jurídicas que se presentan en la sociedad.

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández
Director de la Revista de Derecho de la Empresa

COLABORACIONES INTERNACIONALES

PANAMÁ, S.A.
LA SOCIEDAD ANÓNIMA PANAMEÑA
COMO SOCIEDAD “OFF SHORE”.

Augusto Ho.¹

Sumario.- Palabras Clave. Introducción. Sociedades Comerciales. Requisitos para que exista una Sociedad Comercial. Otros tipos de sociedades comerciales. La Ley 32 de 1927. Definición de Sociedad Anónima. Caracteres fundamentales de la sociedad anónima. Caracteres distintivos de la Sociedad Anónima En Panamá. Tipos de Acciones. ¿Qué hace atractiva a una sociedad Off Shore panameña?. Usos de las sociedades Anónimas. Las solicitudes caprichosas de la OCDE. De la condición de informante oficioso. Escisión de sociedades. Reactivación de Sociedades. Ultimas regulaciones para las sociedades anónimas en Panamá. Certificados de acciones al portador. Intendencia de supervisión y regulación de sujetos no financieros. A manera de cierre.

Palabras Clave.- Sociedad Anónima. Sociedad Anónima Panameña. Sociedad “Off Shore”. Sociedad Comercial. Tipos de Acciones.

Introducción

Nos corresponde en esta ocasión referirnos a la figura de la sociedad anónima de Panamá en su condición o calidad de sociedad “off shore”. Inicialmente esta presentación y escrito habían sido preparados para un público internacional con la idea de definir las características de esta figura comercial societaria y su participación como vehículo de manejo de inversiones internacionales. Los más recientes acontecimientos, específicamente

¹ Abogado, Diplomado en Docencia Superior en Competencias, Post Grado en Docencia Superior, Post Grado en Derecho Público, Maestría en Derecho Civil, Maestría en Derecho Comercial. Catedrático de Informática Jurídica, Derecho Informático y Derecho Societario desde 1993. Miembro de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. Miembro fundador de la Asociación Panameña de Derecho y Nuevas Tecnologías (APANDETEC). Presidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Consultor externo del Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá.

la publicación de los mal llamados *Panamá Papers* a inicios de abril del 2016, nos obligan a complementar y explayarnos en una tarea de docencia más profunda; más allá del simple escándalo mediático. Así las cosas; el desconocimiento y el morbo periodístico, tuvieron sus momentos. Corresponde ubicar ahora los temas en un justo contexto. Con lo anterior, no pretendemos el papel de defensor de oficio, pero desde una perspectiva estrictamente académica, pretendemos plantear realidades jurídicas y comerciales dignas de examinar con sentido crítico y objetivo.

Iniciaremos nuestro trabajo como corresponde, introduciendo al lector en expresiones muy puntuales y hasta básicas pero necesarias. Pasaremos a analizar la institución Sociedad Anónima, a la luz de la legislación panameña. Analizaremos sus componentes, usos, características y conveniencia. Las condiciones nos exigen hacer un alto en nuestra explicación y necesariamente abordar la figura de la OCDE y sus constantes solicitudes hacia Panamá, iniciando con elementos que impactan a la sociedad anónima panameña, como a otros temas de índole fiscal. Finalmente, haremos un análisis del impacto del fenómeno Panamá Papers y sus repercusiones internacionales.

Sociedades Comerciales

La expresión sociedad en general invoca colectividad, reunión de varios miembros independientes, participación múltiple de agremiados. En materia estrictamente comercial, hace referencia a la unión de personas naturales que unen sus esfuerzos económicos principalmente para explotar una actividad comercial determinada.

La literatura nos señala que las primeras sociedades comerciales tienen sus orígenes en Italia, precisamente cuando los inversionistas particulares se organizaban para financiar viajes al continente americano. Por ser una inversión fuerte, las entidades de financiamiento no otorgaban todos los fondos a un comerciante en particular; por ello, tanto unos como otros unieron fuerzas para emprender las aventuras financieras de las fechas. Por otra parte, adelanto que la exportación de sociedades *off shore* es una iniciativa del Reino Unido de Gran Bretaña; de allí la denominación; siendo una isla, toda actividad que se realizara fuera de su territorio, es una actividad “fuera de las costas.” En ese estricto sentido, para el caso de países que limitan geográficamente con otros países, la expresión más adecuada sería “fuera del territorio”.

Nace así una persona moral o jurídica, que no es ninguna de las personas naturales que la componen, pero que por ficción de ley, tiene vida jurídica en lo sucesivo. La autonomía, singularidad y capacidad de comprometerse, son características que se desprenden de la condición de limitación de la responsabilidad, a la cual nos referiremos más adelante.

Requisitos para que exista una Sociedad Comercial.

Si bien es cierto existen varios tipos de sociedades de naturaleza comercial, existe algunos requisitos en común que las caracterizan. Las mismas prácticamente están presentes en las distintas legislaciones que abordan el tema. Veamos cada una de ellas:

Animus societatis: Expresión proveniente del latín que significa ánimo de asociarse. Para que exista sociedad comercial, es evidente que la persona natural que participe lo haga voluntariamente, con el propósito de unir esfuerzos, convencido de participar y cumplir con las exigencias de la unión a la par con otros de igual condición y propósito. Debe existir esa intención de asociarse, de llevar adelante una actividad comercial en conjunto.

Aporte: Implica la cuota parte que aporta quien participa en colectividad para llevar adelante los propósitos de la sociedad. La sociedad en su inicio no cuenta con patrimonio propio. Ese primer impulso financiero se lo darán aquellos que compongan la sociedad a través de un aporte (que se desprende del capital personal), el cual puede realizarse de diferentes formas: a) Dinero: ya que formaría así un capital inicial para sufragar los gastos de inicio de las operaciones comerciales, así como contar con capital de reserva, gastos de administración y futuras reinversiones. b) en Trabajo: Puede reconocerse a un inversionista el trabajo aportado al desarrollo de la sociedad y la búsqueda de sus propósitos. Es importante no confundir la condición de empleado y la de socio por aporte de capital de trabajo. El primero es remunerado a través de un salario, el segundo es un reconocimiento a un aporte (cuantificable) que se presta con esfuerzo y dedicación al desarrollo de la empresa. c) En tercer lugar, el aporte puede hacerse a través de bienes, sean muebles o inmuebles. Tales como un local, mobiliario, vehículos, equipo de oficina, maquinaria o cualquier otro que permita llevar adelante las actividades comerciales propias de la empresa. Este último elemento es muy válido; los bienes aportados deben representar para la sociedad un provecho útil, cónsono con los propósitos comerciales.

Lucro: Se define como la intención de generar una ganancia económica. Nadie realiza una inversión económica para no sacarle provecho. Es evidente que la intención de asociarse y aportar en una empresa, es generar ganancias económicas. En las sociedades comerciales ello es así; el propósito no es la beneficencia ni mucho menos perder en la inversión. Se trata de un negocio, realizado a través del más tradicional de los vehículos jurídicos para llevarlo a cabo.

Otros tipos de sociedades comerciales

Solo a manera enunciativa, sin ánimo de profundizar en cada una de ellas y a efectos de ampliar un poco el espectro de las sociedades comerciales, citamos a continuación un listado de algunas sociedades que contempla la legislación comercial panameña:

Sociedades accidentales: Son llamadas así toda vez que se constituyen entre dos o más sociedades previamente constituidas para un propósito en particular, luego de ello se separan y cada una continúa su actividad independiente. Es muy frecuente en el ramo de la construcción.

Sociedades de Responsabilidad limitada: Aquellas que solo comprometen a los asociados hasta donde haya llegado su aporte. Tienen la particularidad que no implican anonimato. En su acta constitutiva, se debe citar los nombres de todos los asociados. Posiblemente por esta característica, los inversionistas han dejado de utilizarlas con el tiempo.

Sociedades en Comandita: Implica un mandato de administración del giro de los negocios. Su característica más notoria es el hecho que el administrador rinde cuentas de su gestión y hasta responde con su patrimonio personal en caso de decisiones mal tomadas que hayan finalizado en pérdidas para los asociados. Por este último motivo, también ha caído en desuso.

Sociedades Colectivas: Con frecuencia su nombre va acompañada de las nomenclaturas “e hijos”, “y hermanos”, “y compañía”. El uso de la razón social obliga a todos los que participan. El nombramiento del administrador en este tipo de sociedades le otorga a los mismos amplios poderes de administración, pero a su vez es severa la rendición de cuentas que se le exige, también responde solidaria e ilimitadamente. Las decisiones se

toman en cuenta por votación de las personas no por la cantidad o porción de capital invertido.

Sociedades Anónimas (S.A.): Es sin duda el tipo de sociedad más utilizada en el territorio nacional, así como servicio exportable al extranjero. Implica una participación por acciones y prima el principio de responsabilidad limitada.

La Ley 32 de 1927.

Es curioso que la ley que regula las sociedades anónimas en Panamá esté próxima a cumplir 90 años de vigencia. Es curioso, pero no es coincidencia. Por algo ha durado tanto. Dicho sea de paso, hay quienes sostienen que tiene sus orígenes en la ley de sociedades del estado de Delaware. Si bien es cierto la norma ha sufrido modificaciones con el pasar del tiempo, en su esencia es la misma disposición de hace nueve décadas. Es seguramente la norma más citada a nivel nacional diariamente.

Definición de Sociedad Anónima

Para el autor Joaquín Garrigues, la sociedad anónima es una sociedad capitalista dedicada, con capital propio dividido en acciones y bajo el principio de la responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de una industria mercantil.

De la anterior definición podemos rescatar algunos elementos: *Capital*, Implica que es una sociedad capitalista, que vive del aporte de los socios. *Acciones*, su capital social está dividido en acciones, comprendidas como cuota partes del capital social. *Responsabilidad Limitada*: La responsabilidad llega hasta donde llegue el aporte, por ende, el accionista solo arriesga el monto de su aporte, no afectará el resto de su patrimonio personal.

Caracteres fundamentales de la sociedad anónima

Además de la responsabilidad limitada a la cual ya nos referimos, la sociedad anónima tiene otras características. Veamos.

Razón Social: Hace referencia a la distinción o nomenclatura con la que se le denomina. Al considerarse una persona jurídica independiente a quienes la componen, la idea es que sea identificable por un nombre. La lógica nos indica que el mismo no puede ser igual entre una y otra sociedad. En el caso de la legislación panameña, ese nombre

puede estar escrito en español o en cualquier otro idioma que también utilice las letras de nuestro alfabeto.

Capital: El capital social es aquel que va a manejar la sociedad. Para llevar adelante sus propósitos comerciales, la sociedad necesitará de un capital para invertir. En algunas legislaciones, ese capital debe estar pagado y depositado antes de la creación misma de la sociedad; mientras en otros casos, ese capital es autorizado, no necesariamente ha sido pagado, pero se presume que es el monto al cual se llegará recaudar al momento de colocar o distribuir las acciones entre los socios.

Cesibilidad de los títulos o acciones: Este elemento brinda versatilidad y comodidad en el uso de este tipo de sociedades. La participación se manifiesta en el número de acciones no en función del individuo que participa como socio. Las acciones son transferibles; permiten captar o ganar dividendos dependiendo de la cotización o valor de las mismas en el mercado, por ende, un elemento trascendental es la capacidad de ser cedidas a otra persona, puede ser onerosa o a título gratuito.

Solemidades: Existen varias teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de las sociedades. Entre otras, se habla de que es un acuerdo entre socios, el cual se plasma en un Pacto Social, que una vez inscrito, adquiere su personería jurídica. Por lo anterior, es evidente que el pacto implica una serie de pasos o solemnidades a efectos de darle formalidad al nacimiento de la sociedad. Veamos:

- **Suscripción de un Pacto Social:** No es otra cosa que la firma y acuerdo plasmado en un documento, donde se indican las cláusulas que regirán las actividades de la sociedad. Es su primer acto constitutivo. Lo suscriben al menos dos personas que adquieren la condición de socios, en el caso de la legislación panameña, los suscriptores toman al menos una acción cada uno, a efectos de justificar esa condición de socios.
- **Protocolización ante Notario:** Una vez suscrito el Pacto, el mismo debe protocolizarse ante notario público. Este acto formal implica que un documento privado, al pasar por las manos del señor Notario, se convierte en un documento público, a efectos que luego de allí sea inscrito ante el Registrador Público.
- **Inscripción en el Registro Mercantil:** Esta solemnidad se cumple en casi todos los sistemas registrales. Implica incluir a la sociedad en el registro de naturaleza mercantil que se alberga en el Registrador Público. El efecto obtenido es el de dar vida jurídica a la sociedad.

Caracteres distintivos de la Sociedad Anónima en Panamá

Nos referimos ahora a algunas de las características que si bien se comparten algunas con las de otras jurisdicciones, éstas en particular han contribuido al buen manejo de las sociedades.

Fundadores: Genéricamente llamados suscriptores. Ya nos hemos referido en parte a ellos en líneas anteriores. Son los primeros que suscriben el Pacto Social y lo presentan a protocolizar ante Notario Público.

Mínimo 2 personas: El requisito de dos personas como mínimo, hace referencia a la condición de socios, a pluralidad participativa. Ciertamente la legislación no define un máximo de suscriptores, pero si establece un mínimo de dos.

Capital: es un capital declarado o autorizado, mas no necesariamente pagado previamente. No podemos negar que este carácter ha sido criticado en foros. Al no tratarse de un capital realmente pagado, sugiere la posibilidad de inexistencia en la condición eminentemente mercantil de la sociedad. En la práctica, el capital social mínimo declarado es de diez mil dólares; ello es así toda vez que al calcularse los derechos registrales en función al capital social declarado, por ese monto o por uno menor, el monto de los derechos registrales es el mismo.

Objeto: Hace referencia a las actividades a las que se dedicará la sociedad. Es importante que la sociedad declare el tipo de actividad de comercial que pretende explotar. En el caso de la sociedad panameña, la legislación permite incluir un sinnúmero de actividades, pudiendo la sociedad dedicarse a una o a muchas de las citadas. En la praxis, no podemos negar que existe en ocasiones confusión sobre el particular. Se solicita por parte de instituciones bancarias o por despachos públicos que se detallen o incluyan a actividades que no son las propias a desarrollar; tales como la apertura de cuentas bancarias o la actividad inmobiliaria. Es evidente que en algún momento, la empresa necesitará de abrir una cuenta bancaria o arrendar o comprar un bien inmobiliario, pero ello no implica que formen parte del giro habitual de su negocio. Por otra parte, existen actividades comerciales que exigen requisitos previos a la constitución de la sociedad que pretenda explotar la actividad en particular. Es el caso de actividades comerciales reguladas por la naturaleza del servicio y los productos a comercializar; como ejemplo están la actividad de seguros, banca, venta de armas o municiones, entre otras.

Directores no tienen que ser accionistas: Es una característica que llama la atención. La condición de anonimato se extiende a la posibilidad que ninguno de los directores de la sociedad, necesariamente sea accionista. Los directores deberán velar por la ejecución de las decisiones tomadas por la directiva; conducen, guían y cuidan del buen manejo de los negocios.

Pacto Social que puede ser otorgado dentro o fuera de Panamá: Es una gran ventaja. Si bien el mismo se protocoliza y registra bajo la legislación panameña, lo cierto que ese primer acuerdo entre socios puede darse en cualquier parte del mundo.

Acciones: Ciertamente la variedad de las mismas es amplia. Ya más adelante tendremos la oportunidad de explayarnos en el tema; mientras que en otras legislaciones es algo limitada la oferta, la legislación panameña permite un buen número de opciones.

Voto: La forma de ejercerlo al momento de tomar decisiones se da en función del número de acciones con la que se cuente. La regla general indica que cada acción dará derecho a un voto; por ende, la capacidad mayor o menor de tomar decisiones se da en función no del número de personas, sino en el número de acciones que una misma persona represente.

Dignatarios: La ley 32 de 1927 indica el mínimo de tres (3) cargos a saber; Presidente, Secretario y un Tesorero. Además el pacto social puede reconocer otros cargos tales como Vice Presidentes y Sub Secretarios o Vocales. Es importante destacar que una misma persona natural puede ejercer dos cargos en la Directiva; además, es permitido que un cargo pueda ser ejercido por una persona jurídica.

Duración: Fue un tema largamente discutido. Consideramos que mucha confusión se desprendió en su momento al pretender igualar la condición de persona natural con la de persona jurídica, al reconocerles a estas últimas un domicilio, una nacionalidad y un nombre (razón social). La sociedad puede llegar a ser perpetua, toda vez y luego de dejar muy claro que la muerte biológica no alcanza a la persona jurídica o persona moral.

Tipos de Acciones

Nos avocamos a ampliar y explicar los diferentes tipos de acciones que permiten la legislación panameña. Algunas las hemos encontrado en otras legislaciones, otras no. En

ocasiones tienen características similares pero en otras van acompañadas de algunas restricciones.

Acciones al portador: Lo primero que hay que señalar sobre el particular es que las mismas son reconocidas desde el inicio de la legislación aún vigente. Si bien es cierto, por presiones de la OCDE (a la cual le dedicaremos unas líneas más adelante), han sido eliminadas por disposición de ley, lo cierto es que en el caso de la ley panameña, las mismas aún pueden emitirse. Como quiera, se han utilizado otras fórmulas para limitar su emisión y uso.

Tal como puede colegirse del nombre, las acciones al portador son propiedad de quien ostente la tenencia de las mismas. Por lo anterior, la transmisibilidad de las mismas es mucho más fácil y expedita. Los principales argumentos para abogar por la eliminación de las acciones al portador es que las actividades ilícitas, tales como lavado de activos, terrorismo y demás, son realizadas a través de estas herramientas jurídicas. En ese sentido, Panamá ha implementado una serie de medidas de manera tal que se cumpla con la transparencia y el combate a las actividades ilícitas internacionales. Para muestra un botón; desde hace dos años, las sociedades anónimas creadas por ley panameña, deben optar por eliminar las acciones al portador en sus Pactos Sociales o someterse a un régimen de custodia de las mismas en manos de un depositario, que para los efectos puede ser un abogado, un fiduciario, un banco o un contador público autorizado. Estos agentes depositarios deberán registrarse ante la Corte Suprema de Justicia y están en la obligación de revelar la identidad de los legítimos propietarios de las acciones al portador de las cuales sean depositarios, solo a agentes de instrucción y dentro de una investigación sumarial.

Acciones nominativas: La mismas indican el nombre del propietario de la acción. Tanto en el certificado de acción como en el libro de registro de acciones, la acción que pertenezca a un socio en particular deberá llevar el nombre del mismo.

Acciones comunes: Aquellas que no tienen privilegios, perciben dividendos, tienen derecho a la cuota de liquidación.

Acciones preferidas: Tienen preferencia en el pago de dividendos. Prelación en el orden de pago y otras prebendas.

Acciones con valor nominal y sin valor nominal: Es un tema en ocasiones poco comprendido. Primero es menester comprender que una sociedad comercial inicia sus

operaciones con un capital semilla y el objetivo es que el mismo se incremente con el tiempo y el desarrollo de sus actividades. La verdad es que llega un momento determinado en que el propio accionista no sabe cuánto vale su acción. La duda puede ayudar a despejarla el Estado Financiero de la empresa, instrumento que mide la salud económica de la misma. Las acciones nominales son aquellas que tienen un valor numérico; tienen un valor predeterminado. Por su parte las acciones sin valor nominal no reflejan una cifra o la cuantía del aporte sino una cantidad determinada de acciones.

Acciones industriales: Este tipo de acciones son muy interesantes. Son un reconocimiento al valor que tienen elementos como inventos, patentes o una marca de fábrica. En ocasiones, tal como indicamos en párrafos anteriores, los aportes pueden realizarse a la sociedad con otros bienes que no sean necesariamente económicos, aunque sean bienes intangibles. Por ello esto sucede mucho con la propiedad industrial e intelectual. No perdamos de vista que estos bienes al ser explotados o aplicados, pueden representar a su vez ganancias para la empresa.

¿Qué hace atractiva a una sociedad Off Shore panameña?

Ya hemos mencionado que la ley que regula las sociedades anónimas en Panamá data de 1927. Por ende, es una figura harto conocida y para nada improvisada. Con los años, se ha ganado un espacio en la economía local e internacional. Bien utilizada, ha sido instrumento para realizar inversiones, proteger propiedades, garantizar retiros y hasta planificar herencias. Examinemos entonces algunos factores que permiten que la sociedad anónima panameña sea competitiva ante otras legislaciones.

Una legislación adecuada: conocida ampliamente y bien manejada por los profesionales: Estudios han demostrado que la legislación en materia societaria es muy bien manejada por los abogados panameños. Independientemente de la especialidad que cada profesional del derecho elija, es un común denominador que maneje con fluidez el tema societario.

Un Centro Financiero consolidado desde la década del '70s: En efecto, siendo Panamá un país que no cuenta con riquezas naturales (petróleo o metales preciosos), ni territorio muy extenso, ni industria altamente desarrollada, la opción es proceder como país de servicios. Entre otros, los servicios financieros encabezan la lista. Desde la década de los

años setenta el país inició la consolidación de un centro financiero hoy día muy bien posicionado y complementado además con un centro de seguros y reaseguros.

Uso del Dólar como moneda estable: Desde los inicios de la vida republicana, Panamá ha utilizado el dólar como moneda de curso legal. Siendo esta moneda referente de cambio y patrón, resulta muy ventajoso realizar inversiones en el país gracias al uso de esa moneda en nuestro sistema financiero.

Telecomunicaciones adecuadas: Gracias a su posición geográfica, por Panamá cruzan varias redes de fibra óptica que en la industria de las telecomunicaciones es un sinónimo de velocidad, calidad y seguridad de la comunicación. En la era de la información y comunicación, es evidente que el tenerlas bien desarrolladas se constituyen en el mejor de los aliados.

Posición geográfica privilegiada: Enclavada casi en el centro del continente americano, siempre ha sido una posición privilegiada. Con acceso directo desde muchos puntos geográficos importantes.

Cuenta con el *Hub* aéreo de las Américas: Una vez más aprovechando la posición geográfica, se ha desarrollado en los últimos años un centro para interconexión de vuelos entre el norte y sur del continente. Lo anterior se le suma la ampliación del aeropuerto internacional de Tocumen.

Desarrollo portuario moderno: Con los puertos mejor equipados del área y movimiento de carga de contenedores.

Canal de Panamá: Por más de cien años, el Canal de Panamá ha acortado tiempo, costos y distancias entre los buques que lo cruzan. Rutas marítimas se han beneficiado de esta vía, sin considerar que para el mes de junio de 2016, se inaugura el Tercer juego de esclusas del Canal, permitiendo el paso de buques de mayor dimensión, los llamados Neo Panamax. Esto implica mayor tránsito de carga de toda naturaleza; granos, contenedores, petróleo, etc. En fin, el comercio marítimo mundial se beneficia en gran medida.

Flota mercante más grande del mundo: Panamá mantiene el liderazgo en materia de registro marítimo mundial. Ya hace años que Liberia quedó en segundo lugar. Los armadores, eligen el país como bandera para sus buques, aprovechando las bondades de un registro abierto. Cabe mencionar que por razones obvias todos los buques registrados

dentro del registro naval panameño, utilizan una sociedad anónima panameña como propietaria del buque.

Usos de las sociedades Anónimas

Es evidente que las circunstancias a la fecha de promulgación de la ley de sociedades anónimas son muy distintas a las de hoy día. Lo dicho se convierte en el primer argumento válido para echar por tierra aquellos que indican que las sociedades anónimas se constituyen exclusivamente para lavado de dinero proveniente del narcotráfico o el financiamiento de armas nucleares, entre otros. Nunca fue la esencia de la ley de la época el que esta figura jurídica sirviera para estos menesteres. Ahora bien, no podemos negar que en efecto hayan podido ser utilizados para esos malsanos propósitos. El instrumento no es malo, malo es el uso distorsionado que puede llegar a dársele.

Una sociedad anónima tiene en primera instancia ribetes mercantiles. Su primer propósito es servir de instrumento para agremiar socios capitalistas con ánimo de explotar alguna actividad comercial en particular. Por su característica de responsabilidad limitada, también ha sido utilizada para separar bienes de toda naturaleza; cuentas bancarias, inversiones inmobiliarias, bursátiles y financieras. Incluso otros la han utilizado para organizar patrimonio familiar con la intención de dejarlas en herencia.

Las solicitudes caprichosas de la OCDE

Hacemos un alto en el camino de esta exposición para desarrollar una serie de puntos relevantes con respecto al tema central que nos ocupa. Hace ya algunos años, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha venido haciendo una serie de solicitudes a Panamá, so pretexto de su lucha contra la evasión fiscal y en pro de la transparencia. Estas solicitudes se basan en sugerir una serie de cambios a la legislación local como a las conductas fiscales internas del país. Más que sugerencias, se trata de verdaderas presiones y amenazas con incluir al país en una de sus tantas listas de diferentes tonalidades.

Es relevante antes de continuar, conocer qué es la OCDE. Se trata de un organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fundada en 1960 y con sede central en París, Francia. En

la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros. Como adelanto, les dejamos saber que de los 34 Estados que la componen, 28 de ellos permiten el uso de las acciones al portador en sus legislaciones, pero irónicamente le han insistido a Panamá, eliminar las mismas de su legislación.

Más allá de sus loables intenciones que puedan tener entre sus miembros, es menester examinar la condición jurídica de esta entidad. Lo primero que debemos dejar establecido es que la OCDE no es una entidad de Derecho Internacional, como si lo es el caso de la ONU o la OEA. Por lo anterior y tomando en cuenta el artículo 4 de la Constitución Nacional de Panamá, esta condición riñe con su contenido, toda vez que el citado artículo 4 establece que Panamá acatará las normas de Derecho Internacional. Es decir, si la OEA o la ONU aprueban una norma, la República de Panamá, en estricto cumplimiento al artículo citado, debe acatarla. No debe ser así en el caso de normas o lineamientos emanados de la OCDE.

Una de las tantas solicitudes al Estado panameño es el reporte de oficio de todo aquel inversionista extranjero que pretenda invertir en el país. La gran mayoría de los países que conforman la OCDE, son verdaderos infiernos fiscales para sus ciudadanos y el fisco los persigue en cualquier parte del mundo donde estén. Panamá por su parte tiene un sistema fiscal territorial, o sea que solo grava al nacional por las rentas generadas en el territorio nacional y no así a las rentas generadas en el extranjero. La OCDE ha impuesto modelos que pretende que los países miembros o no de su club, acaten. Panamá ha ofrecido establecer sus propios modelos y pactar en particular con todos aquellos países que así quieran hacerlo. Lo anterior, tomando en consideración la soberanía fiscal y tributaria que debe tener cualquier país. El fisco panameño no es recaudador de impuestos de otros países, ni informante oficioso (léase gratuito) de presuntos evasores.

La OCDE se ha valido de una presunción *Juris Tantum* al calificar a todos de evasores fiscales. Estas presunciones se contraponen a las de *Juris et de jure*, es decir, las que se ajustan a derecho. En otras palabras, se parte de la premisa de que toda persona que constituya una sociedad anónima panameña, lo hace con el exclusivo propósito de lavar

dinero mal habido, evadir el fisco u ocultar riquezas injustificadas. Esa es la máxima que ha utilizado la OCDE ante aquellos países que no se han dejado llevar por sus amenazas.

Por otra parte y según el artículo 17 de la Constitución Nacional de Panamá, las autoridades panameñas garantizan la vida, honra y bienes de los nacionales y de los extranjeros que estén bajo su jurisdicción. Si un extranjero adquiere una sociedad off shore, los bienes en esta deben ser protegidos por el Estado panameño, toda vez que al estar esa sociedad registrada en Panamá, está entonces bajo su jurisdicción.

No habrá fueros ni privilegios. Es una máxima que encontramos en todas las constituciones del mundo. En efecto, el artículo 19 de la Constitución Política de Panamá así lo establece. Esta norma no distingue entre nacionales o extranjeros, por ende aplica a todos. Al exigirnos que informemos de las inversiones de extranjeros en el país, so pretexto de detectar si evaden impuestos en su país de origen, estaremos estableciendo un fuero a favor de los nacionales y en contra del extranjero; una vez más incitándonos a violar nuestra propia constitución.

Otra disposición contenida en las constituciones modernas, es la que hace referencia a la inviolabilidad de correspondencia y documentos privados. En el artículo 29 de la constitución panameña se hace referencia a este principio básico de privacidad. Al informar oficiosamente a los países de origen que sus nacionales realizan una inversión en el país, se hará necesario sustentarlo con documentos o correspondencia privada. Por lo anterior, la condición de informante oficioso riñe contra nuestra constitución política nuevamente.

Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales; así reza el artículo 32 de nuestra Carta Magna, es un principio universalmente reconocido, el del debido proceso. Al hacer las veces de informante oficioso, estaremos usurpando funciones privativas de las respectivas instituciones del Estado, facultadas para investigar y enjuiciar.

Por todo lo sustentado en líneas anteriores, la solicitud de hacer las veces de informantes oficiosos de países de la OCDE es sin lugar a dudas una aberración jurídica.

De la condición de informante oficioso

En alguna manera ya nos hemos referido a esta figura en líneas anteriores. Mientras transcurrían las semanas en que preparábamos este artículo, sucedió lo que tanto

advertíamos. Panamá, en medio de presiones acompañadas por chantaje mediático (caso #PanamaPapers) tuvo que aceptar la imposición de la OCDE liderado en este caso por el Ministro francés Sapin, a hacer las veces de informante oficioso (léase gratuito) del fisco de los países miembros del citado grupo de países. Por todos los elementos antes analizados frente a varios artículos de la carta magna panameña, vaticinamos una ola de violaciones a la misma y por ende a un sin número de derechos y garantías fundamentales.

No hay que llamarse a engaños, el caso #PanamaPapers no es otra cosa que un ataque directo a las instituciones y el sistema de servicios financiero panameño con la idea de llevarse el negocio de off shore a Delaware, Nevada y otros estados. Además, el resurgimiento de las relaciones con Cuba no es casual; se le va a entrenar para convertirlo en un paraíso fiscal en mediano plazo.

Irónicamente, la primera estrategia planeada y lanzada fue el descrédito de las sociedades anónimas. Decimos irónico toda vez que resulta que las mismas son malas si se constituyen en Panamá, pero buenas si se constituyen en Delaware. Por otra parte, el escándalo mediático cuestionó y satanizó el que un extranjero hubiera constituido una sociedad anónima en Panamá; creemos que el momento es propicio para aclarar que cualquier político, artista o futbolista puede tener una sociedad anónima. NO hay delito en ello. En todo caso, delito fuera que esa persona pretenda utilizar a una sociedad para ocultar en el anonimato fondos mal habidos, producto del narcotráfico, evasión de impuestos o tráfico de armas. Cierro este punto indicando que ningún político, artista o deportista norteamericano salió a relucir en 11.2 millones de documentos, ninguno; esa fue la condición.

Escisión de sociedades

Retornando a los temas propiamente societarios, traemos a colación ésta figura que fue promulgada por la Ley 85 de 2012. La escisión de sociedades es un método para reorganizar la empresa. En ocasiones, puede suceder que alguno de los socios desee separarse de la sociedad, llevándose consigo parte del patrimonio aportado. A través de la escisión, hay una división del patrimonio, se traspa parte del patrimonio a una sociedad receptora y se realiza la emisión de nuevas acciones en esta última sociedad. La posibilidad de trasladar una parte del patrimonio social e incorporarlo a otra sociedad, evita la venta de esa cuota social a un tercero que no conocen el resto de los socios que quedan en la

sociedad primera, por otra parte mantiene al socio en actividad comercial, por ende es una migración más cómoda y expedita.

Reactivación de Sociedades

De más reciente data, a través de la Ley 85 de 2012 se permite la reactivación de las sociedades. Implica un retornar a la vida jurídica, pero para ello deben reunirse algunas condiciones:

- Debe realizarse antes que termine la liquidación. La sociedad puede estar disuelta, pero no liquidada aún.

- O una vez terminada la liquidación, aparezcan bienes de la sociedad que no se liquidaron.

Tanto la escisión como la reactivación deben constar en acta y ser inscrito ante el Registro Público.

Ultimas regulaciones para las sociedades anónimas en Panamá

Veamos ahora algunas regulaciones que afectan directamente la actividad de las sociedades off shore. Cabe resaltar que estas regulaciones se han realizado con la finalidad de brindar más transparencia y evitar el uso abusivo de las sociedades en actividades ilícitas.

Certificados de acciones al portador

A través de la ley 43 de 2013, se adopta un régimen de custodia de acciones al portador. Tal como hemos comentado en párrafos anteriores, si bien es cierto que las acciones al portador aún pueden emitirse según la ley vigente, lo cierto es que a partir de la norma citada deben las mismas permanecer en manos de un custodio. Las sociedades que no pretendían emitir este tipo de acciones, tuvieron hasta el día 31 de diciembre de 2015 como plazo máximo para modificar sus pactos sociales, eliminando las acciones al portador. Aquellas sociedades que no realizaron esas modificaciones, deben someterse al régimen de custodios de acciones al portador. Cabe mencionar que para efectos de apertura de cuentas bancarias a nombre de sociedades, las mismas deben eliminar las acciones al portador; consideramos que no debe ser prohibido por el banco lo que no prohíbe la ley, pero los bancos aseveran

que el contrato de cuenta bancaria es de naturaleza privada (de adhesión) y se rigen por esas cláusulas (modificadas unilateralmente).

Intendencia de supervisión y regulación de sujetos no financieros

Esta intendencia ha sido creada más recientemente a través de la ley 23 de 2015. Su propósito es detectar y que se le reporten aquellos movimientos sospechosos de fondos. Así las cosas, recae sobre empresas o entidades estatales que regularmente manejan traslado de fondos, no exclusivamente en efectivo. Hace referencia a sujetos no financieros para hacer la diferencia con las entidades financieras tales como bancos, seguros, empresas bursátiles, todas ellas reguladas a través de otras intendencias. Citamos entonces aquí las empresas establecidas en Zonas Francas, los casinos y juegos de azar, corredoras de bienes raíces, empresas en el ramo de la construcción, empresas de transporte de valores, casas de empeño, comercializadoras de metales preciosos, Lotería Nacional de Beneficencia, el Banco de Desarrollo Hipotecario, El Banco Hipotecario Nacional, Correos y Telégrafos nacionales, Sociedades Anónimas de Prestamos y Ahorros para la vivienda, Casas de cambio, empresas dedicadas a la compra y venta de autos nuevos o usados, empresas de remesas de dinero, Abogados, Contadores y Notarios.

Todos y cada uno de ellos tienen la obligación de reportar ante la intendencia el movimiento irregular o sospechoso de fondos.

A manera de cierre

Hemos procurado abordar el tema de la sociedad anónima panameña cuando es utilizada en el extranjero, o sea cuando es adquirida y manejada por personas ubicadas fuera del territorio nacional. En el ínterin, procuramos referirnos a sus usos más cotidianos, a las normas que la han regulado y modificado, a sus ventajas y finalmente nos referimos a los últimos acontecimientos internacionales en el uso de este instrumento legal.

El combate a la corrupción, al lavado de activos o la evasión fiscal, no se encara contra el instrumento; se encara con transparencia, con mucha docencia y con normas claras. El mito de considerar una sociedad anónima como sinónimo de delito, es una leyenda urbana y un acto de desconocimiento total de la realidad jurídica e internacional. La ventaja del escándalo mediático llamado PanamaPapers nos ha regalado la oportunidad

de hacer más docencia y aprovechar foros como éste para explicar, aclarar dudas y también descubrir las verdaderas intenciones en esta fiesta de morbo periodístico. Esperamos haber cumplido al menos un poco esa misión.

TÓPICOS DE DERECHO

REFLEXIONES SOBRE EL APRENDIZAJE BASADO EN PROBLEMAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.

Felipe Miguel Carrasco Fernández²

Sumario: Palabras Clave. Resumen. 1.- Antecedentes Históricos. 2.- Concepto. 3.- Metodología. 4.- Ventajas. 5.- Desventajas. Bibliografía.

Palabras Clave: Enseñanza del Derecho; Aprendizaje basado en problemas. Docencia. Pedagógica. Método de casos.

Resumen.

Entre las nuevas metodologías docentes independientemente del método de casos, se ha utilizado en diversas universidades de los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y en diversos países de Europa inclusive en Australia el denominado Método de Aprendizaje Basado en Problemas conocido comúnmente por sus siglas (ABP), el cual utiliza como metodología el análisis de diversos problemas para que los alumnos trabajen en la resolución de estos, curiosamente dichos problemas han sido llamados casos y son diseñados específicamente para que el alumno desarrolle determinadas habilidades, es importante resaltar que los catedráticos utilizan en ocasiones problemáticas reales o bien hipotéticas con la finalidad de que el alumno se acerque a la vida real y enfrente problemáticas de esta en su área profesional tratando de establecer soluciones propias intercambiando opiniones a través de la discusión en el aula y así encontramos que esta metodología del aprendizaje basado en problemas se ha utilizado en las escuelas de

² Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II CONACYT-México. Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México (UPAEP). Académico de Número de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y Previsión Social. Autor de diversos libros en Derecho del Trabajo

medicina, administración de empresas y se ha difundido a las ciencias sociales obviamente se ha aplicado también a las ciencias jurídicas y es el método más utilizado preponderantemente en posgrados en derecho.

Respecto a los nuevos métodos de enseñanza que se están utilizando en las universidades y en sus posgrados, Ortiz Vidal considera. “Las nuevas metodologías docentes abren la puerta a una enseñanza más real y próxima a los desafíos profesionales. Con ellas, el alumno se encuentra motivado al comprender la utilidad de su aprendizaje”.³

En igual sentido y apoyando la importancia de la nueva metodología Pietro Díaz, considera.

La explosión del conocimiento ha dejado obsoleto el aprendizaje fundamentado en la transmisión de numerosos datos, que se basaba en la certeza de que resultarían útiles en el futuro; por consiguiente, el énfasis en el aprendizaje se ha desplazado hacia el desarrollo de competencias transversales y al de la capacidad de mantener formación autónoma durante toda la vida, sede en la que el ABP se presenta como la estrategia educativa más apropiada.⁴

Las metodologías docentes activas se encuentran centradas en el aprendizaje del estudiante “Entre las que destaca la conocida en el mundo anglosajón, en cuyo seno nació, como Problem Based Learning o aprendizaje basado en problemas”.⁵

A mayor abundamiento Cormier expone:

La originalidad del método APP (Aprendizaje a través de Problemas) reside en el hecho de que a los estudiantes se les entrega un problema sin que se les hayan proporcionado previamente los conocimientos necesarios para resolverlo. En este método, prácticamente no hay clases magistrales. Son los estudiantes los que, en pequeños grupos, intentan resolver un problema bajo la supervisión del profesor. De esta manera, los problemas constituyen la pieza clave del material pedagógico. Estos son generalmente diferentes de los utilizados en el método de casos, puesto que no contienen toda la información que se requiere para lograr su solución. En este sentido, los problemas del método APP reflejan mucho mejor la realidad.⁶

Respecto a la diferencia del método de casos y el aprendizaje basado en problemas Savery, expone:

³ María Dolores Ortiz Vidal y Salvador Tomas Tomas “El aprendizaje basado en problemas: Un enfoque interdisciplinar de Derecho Procesal y Derecho Internacional Privado”. En IV Congreso Nacional de Innovación en Ciencias Jurídicas: Coordinación y planificación en los estudios de Derecho. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1704> p. 304

⁴ Pietro Díaz citado por Miguel Abel Souto “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”. Revista Jurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 14, Nº 1, 2005 [En Línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441871> p. 473

⁵ García Sevilla citado por Miguel Abel Souto. Ídem. p. 470

⁶ Monique Cormier. Op. Cit. p.180

La enseñanza utilizando casos o problemas (también conocida como “case-based education” y “problem based learning-PBL”, con las diferencias conocidas que ambos poseen), comienza con los ejemplos seleccionados y requiere que los alumnos trabajen de manera constructiva, utilizando información de los ejemplos para deducir cuáles son los principios teóricos aplicables al caso.⁷

Uno de los críticos del método de casos en las escuelas de derecho lo fue Jerome Frank, quien proponía la utilización de la metodología utilizada en las escuelas de medicina para los estudiantes universitarios de derecho, al respecto Molina Saldarriaga expone:

Dentro de los teóricos del Realismo Jurídico Norteamericano se encuentra el Profesor Jerome Frank, quien en 1933 afirmaba la necesidad de copiar el modelo utilizado por las escuelas de medicina para la enseñanza de su disciplina a los estudiantes; esto es, permitir a los estudiantes de las escuelas y facultades de Derecho el trámite de casos reales que les permitiera poner en práctica los conocimientos sustantivos y adjetivos que venían adquiriendo durante el curso de sus estudios. Sin embargo, ya desde 1901 los profesores Lyublinsky, (de nacionalidad rusa), y Rowe, (de nacionalidad americana), proponían asociar la aplicación del modelo tradicional de la medicina al derecho.⁸

1.- Antecedentes Históricos.

En relación a la utilización del método de aprendizaje basado en problemas encontramos diversos antecedentes históricos en distintos países y en diversas áreas del conocimiento, al respecto Cornier expone lo siguiente:

El método APP fue introducido en las facultades de medicina en los Estados Unidos, en los años cincuenta, concretamente en la Universidad Case Western Reserve. En forma experimental, a fines de los años sesenta, fue aplicado en Canadá, en la Universidad McMaster de Hamilton, en Ontario. Al principio, este método fue como una solución alternativa al programa tradicional de formación en medicina, al cual se le reprochaba principalmente su ineficacia en materia de transferencia del aprendizaje, uno de los pioneros del método APP, sostenía que los estudiantes de medicina eran incapaces de recordar los conocimientos que adquirirían en los cursos básicos porque sus conocimientos estaban estructurados en organizaciones mentales inapropiadas para el trabajo clínico. Estos estaban estructurados más bien en torno a taxonomías y a jerarquías que a síntomas o signos clínicos. El método APP ha permitido remediar esta situación.

De esta manera, varias facultades de medicina modificaron total o parcialmente su plan de estudios y adoptaron el APP. Desde 1985, la Escuela de Medicina de Harvard adoptó un programa híbrido (enseñanza tradicional + APP) y, en 1987, la Facultad de Medicina de la Universidad de Sherbrooke fue la primera, en Quebec, y la segunda de las 1.400 facultades de medicina que hay en el mundo en aplicar este método a la totalidad de su plan de estudios. Ya en 1992, Norman y Schmidt habían registrado unas sesenta escuelas de medicina en el mundo que utilizaban este método en una parte o en la totalidad de su plan de estudios. En 1993, la Universidad de Montreal y la Universidad de Laval, en el Quebec, comenzaron a integrar poco a poco el método APP en sus programas.

⁷ Savery citado por Alexandra Rengel y Katia Fach. Op. Cit. p. 5

⁸ Cesar Augusto Molina Saldarriaga. Op. Cit. p.193

Actualmente, el APP se practica en varios países, entre los cuales se cuentan Australia, Canadá, los Países Bajos, Nueva Zelandia y el Reino Unido. La mayor parte de los resultados de investigación publicados se refieren a experiencias realizadas en el campo de la formación médica; sin embargo, el APP también se utiliza en la formación de las más variadas disciplinas, tales como arquitectura, economía, ingeniería, informática, derecho, matemáticas y trabajo social.⁹

En relación a la influencia de las facultades de medicina como antecedente histórico en la enseñanza del aprendizaje basado en problemas. Souto nos hace referencia en los siguientes términos:

El ABP nace en 1969, en la nueva facultad de medicina de la universidad canadiense de McMaster, como respuesta a la escasa efectividad de los métodos tradicionales para la preparación profesional ante el enfrentamiento a nuevos problemas. Concretamente, en la población de Hamilton se generó un debate sobre la ineficacia de sus médicos para abordar los problemas de salud y se constató que los estudiantes con buenos conocimientos en diversas materias médicas eran incapaces de aplicarlos, por lo que la universidad de McMaster se replanteó la formación tradicional basada en el conocimiento sistemático y potenció las competencias y habilidades necesarias para el trabajo. También se aplicó muy pronto el ABP en las escuelas de medicina de las universidades estadounidense de Case Western Reserve y australiana de Newcastle.

En 1974 la universidad holandesa de Maastricht organizó todos sus estudios según esta técnica pedagógica y la universidad danesa de Aalborg creó la variante del aprendizaje basado en proyectos para gran parte de sus enseñanzas. Rápidamente se expandió por todo el mundo no sólo en la medicina, veterinaria, enfermería, odontología e ingenierías sino también a las ciencias sociales en general, como económicas, empresariales, administración y dirección de empresas, psicología, trabajo social, y a las ciencias jurídicas en particular.¹⁰

El método del aprendizaje basado en problemas permite enfrentar a los estudiantes a los desafíos del mundo laboral, en este sentido Cornier, establece:

Actualmente, como muchas otras universidades en el mundo, las universidades de la provincia de Quebec enfrentan nuevos desafíos, tales como el tener que responder a las múltiples exigencias de un mercado de trabajo en plena transformación. En algunas disciplinas, las universidades deben formar profesionales aptos para ejercer su profesión en cuanto finalizan sus estudios debido a la presión que ejercen no solo la sociedad, sino también las asociaciones profesionales. La traducción y la terminología constituyen un buen ejemplo de esta situación. De ahí proviene que las universidades estén obligadas a asegurarse de que sus métodos pedagógicos permitan formar titulados competentes, de manera que estos estén bien conceptuados por los empleadores.¹¹

Respecto a los antecedentes históricos en Europa Font Rivas expone:

El aprendizaje basado en problemas llega a Europa a mitad de los años 70. En 1974 se crea la Universidad de Maastricht, en los Países Bajos. Una universidad nueva ofrece, por primera vez en suelo europeo, la posibilidad de cursar todos sus estudios con una

⁹ Monique Cormier. Op. Cit. p. 181

¹⁰ Miguel Abel Souto. Op. Cit. p. 472 y 473

¹¹ Monique Cormier. Op. Cit. p. 179

metodología de aprendizaje distinta a la tradicional. De forma paralela, en Dinamarca, la Universidad de Aalborg ofrece enseñanzas de tipo técnico mediante una variante de la anterior, que denomina aprendizaje basado en proyectos.¹²

2.- Concepto.

El aprendizaje basado en problemas como metodología de enseñanza ha sido conceptualizado en los siguientes términos por Font Ribas: “Es una metodología de aprendizaje que consiste en construir el conocimiento sobre la base de problemas de la vida real”.¹³

Respecto a la relación entre la teoría constructivista y el aprendizaje basado en problemas Díaz Baringa considera lo siguiente: “Hoy en día, bajo el influjo de la corriente constructivista, aumenta aún más el interés por los enfoques integradores basados en actividades que fomentan el pensamiento complejo y el aprendizaje centrado en la práctica mediante el afrontamiento de problemas significativos, situados en el contexto de distintas comunidades”¹⁴

Miguel Martínez, considera que el aprendizaje basado en problemas combinado con proyectos específicos tiene como beneficio los siguientes: “La labor de Resolución de Problemas se articula con la labor del Aprendizaje Basado en Proyectos (Project Based Learning). Con ello se cambia el principio tradicional del ABP, de un aprendizaje centrado exclusivamente en el alumno, y se adopta una visión más colectiva del aprendizaje, por involucrar problemas articulados con proyectos más amplios, que se deben estudiar y afrontar en equipo.”¹⁵

A mayor abundamiento continúa diciendo Miguel Martínez:

La idea de una enseñanza centrada en el propio alumno (student-centred), que cambia el foco tradicional de la relación en que el maestro enseña y el alumno aprende. De este modo, la responsabilidad del aprendizaje recae en el alumno, y el profesor desempeña el rol de orientador de los estudios. Este aspecto constituye uno de los propulsores del ABP Y es el responsable de su éxito, pues promueve cambios radicales en el papel y en la organización de la educación superior.¹⁶

¹² Antoni Font Ribas. “Líneas maestras del aprendizaje en problemas”. Revista: Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado 2004. No. 18. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27418106> p. 81

¹³ Ídem. p. 79

¹⁴ Frida Díaz Baringa. “El aprendizaje basado en problemas y el método de casos”. En Enseñanza situada: Vínculo entre la escuela y la vida”. McGraw-Hill. México. 2005. p. 2

¹⁵ Miguel Martínez y Ulises Araujo. Op. Cit. p. 180

¹⁶ Ídem. p. 178

Por su parte Pérez Hurtado, considera que la educación jurídica no puede sustituir o compensar la experiencia profesional y que una técnica efectiva lo constituye la solución de problemas para acercarnos a la práctica profesional toda vez que se generan hábitos de pensamiento y análisis en los futuros abogados y es en las escuelas de derecho donde se pueden desarrollar estas considerando al respecto:

Podemos afirmar que las escuelas de derecho se encuentran en mejor posición que los despachos de abogados, compañías, organizaciones o el gobierno para enseñar y desarrollar habilidades, incluyendo la de solucionar problemas, por las siguientes razones:

- 1) Las escuelas de derecho permiten a los estudiantes integrar las habilidades con la doctrina con suficiente tiempo para pensar en el cuándo y el porqué.
- 2) Las escuelas de derecho ofrecen oportunidades para experimentar en un ambiente controlado, donde los errores no resultan en consecuencias lamentables para el cliente o para la reputación del joven abogado.
- 3) La asesoría proporcionada en el trabajo por abogados más experimentados a los recién egresados ha disminuido en vista de presiones económicas, de tiempo y de la competencia internacional.
- 4) El proceso de aprendizaje durante la práctica es muy largo. Generalmente los estudiantes necesitan hacer trabajos menores por lo menos durante dos años antes de participar activamente en casos importantes y poder desarrollar habilidades.
- 5) La práctica por sí misma no necesariamente hace abogados competentes. La práctica perfecta hace abogados perfectos, pero la práctica imperfecta puede llevar al desastre, a costa del cliente. Un buen curso de desarrollo de habilidades en la escuela de derecho ayudará a los estudiantes.¹⁷

Ortiz Vidal en relación al aprendizaje basado en problemas considera:

Constituye un instrumento didáctico que consiste en presentar a los alumnos una situación controvertida con el objeto de que éstos, a través del trabajo autónomo y en equipo, desarrollen y lleven a cabo los razonamientos críticos necesarios dirigidos a solventar el problema planteado. A través de la metodología ABP, el docente plantea una cuestión problemática en la que pide a sus alumnos el desarrollo y la posterior resolución de la misma, a través de un proceso ordenado y supeditado por los distintos miembros del grupo. Sin embargo, la confección de esta alternativa metodológica requiere tomar en consideración distintos factores, entre otros, la formación del alumnado en la materia, su dominio de la asignatura, su habilidad comunicativa y su capacidad de resolución del problema.¹⁸

En la actualidad se ha cuestionado a los programas académicos respecto a la relación que tienen entre teoría y preparación de los alumnos a la práctica profesional en un ambiente real, respecto de la importancia de lograr este objetivo a través del aprendizaje basado en problemas Bárbara Duch ha considerado que:

¹⁷ Luis Fernando Pérez Hurtado "Cómo desarrollar en los estudiantes de Derecho la habilidad de solucionar problemas". Revista internacional de Derecho y Ciencias Sociales No. 3. Otoño 2003. Vol. 1. México UDEM. <http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/jusrev/282/281613.htm?s> = p. 9

¹⁸ María dolores Ortiz Vidal y Salvador Tomas Tomas. Op. Cit. p. 905

La parte central del trabajo de los profesores en el ABP es la formulación de los problemas. Un buen problema debe ser abierto y controversial para estimular la discusión, atrapar la atención de los alumnos y motivarlos a lograr una comprensión más profunda de los conceptos en cuestión. Un problema bien diseñado debe vincular el tema del estudio con el mundo real, familiarizar a los alumnos. A menudo se discute el ABP en términos de que hay que elegir entre el aprendizaje basado en problemas y el aprendizaje que no lo está. Los autores demuestran que todo el aprendizaje está basado en problemas. La pregunta es ¿Qué tipo de problemas podrá motivar el aprendizaje de los alumnos? Los alumnos van a trabajar con los problemas “escolares” (por ejemplo, ¿cómo hay que hacer para satisfacer los requisitos arbitrarios del profesor con el mínimo esfuerzo) o problemas relevantes para la sociedad?. Los problemas que funcionan bien requieren que los estudiantes tomen decisiones. Se debe pedir que los alumnos justifiquen sus decisiones sobre la base de los principios que aprendieron.¹⁹

Es cada vez más frecuente el uso de esta metodología en diversas áreas del conocimiento, al respecto Cornier expone:

Algunas disciplinas, en especial la medicina, la arquitectura y el derecho, utilizan en forma cada vez más frecuente el aprendizaje a través de problemas (APP) para mejorar la calidad de la formación en la enseñanza superior. Este enfoque da prioridad al alumno y a la práctica de la profesión. Al estudiante se le proponen problemas reales, semejantes a los que tendrá que enfrentar en su vida profesional. De este modo, se produce una modificación en el proceso de aprendizaje: los alumnos trabajan en una serie de problemas sin que se les hayan entregado anteriormente los conocimientos pertinentes para solucionarlos.²⁰

3.- Metodología.

La metodología del aprendizaje basado en problemas se centra en el aprendizaje del alumno respondiendo así al nuevo paradigma de la enseñanza al respecto Escribano González, expone:

La esencia de esta metodología es partir de la problematización para llegar al conocimiento riguroso, también, la diversidad de formas de aprendizaje que suscita unido al rigor del conocimiento y sus procesos, los diseños individualizados y de grupo, el seguimiento tutorial, la investigación del alumno, la elaboración cognitiva en torno a los contenidos hallados, etc. hacen que estemos ante un método innovador instruccional que generará un cambio docente en las próximas décadas. La metodología didáctica denominada Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) tiene una larga historia en el ámbito educativo

¹⁹ Bárbara Duch, Susan Groh, Deborah Allen. “El poder del aprendizaje basado en problemas”. Revista: INNOVAR. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales 2006. http://books.google.com.mx/books?id=znaOaKjTG0EC&pg=PA7&lpg=PA7&dq=Duch+B%C3%A1rbara+Groh+Susan+Allen+Deborah+Aprendizaje+basado+en+problemas&source=bl&ots=NREx9riAJp&sig=Z7kNNI_o1cA_eHBuCMZl6zZA2BI&hl=es&sa=X&ei=NHRRVPSNEsmBiwKgsICACA&ved=0CCsQ6AEwAg#v=onepage&q=Duch%20B%C3%A1rbara%20Groh%20Susan%20Allen%20Deborah%20Aprendizaje%20basado%20en%20problemas&f=false p. 2

²⁰ Monique Cormier. Op. Cit. p.178

anglosajón. Este método de enseñanza hace hincapié en la necesidad de ayudar a los alumnos a desarrollar estrategias y construir conocimiento. Los profesores tienen cada vez más un interés creciente en este método de enseñanza porque promueve la actividad, el aprendizaje transferencial y potencia la motivación entre los alumnos.²¹

Los pilares fundamentales del aprendizaje basado en problemas son explicados por Ortiz Vidal en los siguientes términos:

El primer pilar se erige sobre el papel que juega el docente-tutor en la promoción del trabajo cooperativo. El segundo, se sustenta en la participación activa del estudiante que, mediante una actitud receptiva, asume su responsabilidad y compromiso ante el proceso de enseñanza. La garantía de esta herramienta docente necesita, de manera inexcusable, de la simbiosis de ambos fundamentos, para que, el docente facilite el aprendizaje y el alumno adquiera las concretas competencias pretendidas por el tutor.²²

Moust Van Berkel y Schmidt al citar a otros autores establece que la metodología del ABP se basa en la guía de las siete estrategias como se describe a continuación:

- 1.- Clarificar fases y conceptos poco claros en la descripción problema.
- 2.- Definir el problema; que significa: describir exactamente que fenómenos tienen que explicar y comprender.
- 3.- Lluvia de ideas (brainstorm): usar los conocimientos previos y el sentido común, intentando producir diferentes explicaciones posibles.
- 4.- Elaborar las explicaciones propuestas: intentar construir una teoría de los procesos fundamentales de los fenómenos.
- 5.- Formular temas de aprendizaje para un aprendizaje autorregulado
- 6.- Intentar superar lagunas de conocimiento a través del estudio personal
- 7.- Compartir los descubrimientos en el grupo e intentar integrar el conocimiento adquirido en una explicación apropiada de los fenómenos. Comprobar el nivel de un conocimiento suficiente. Evaluar el proceso de la adquisición del conocimiento.²³

Por su parte Hemelo describe en relación a los objetivos anteriores cuales deben tener mayor investigación en los siguientes términos:

Los dos últimos objetivos son los que tienen menos investigación en comparación con los tres objetivos primeros que cuentan con una investigación considerable; quizás se deba este aspecto a la relación que tienen estos objetivos 4º y 5º con elementos socio afectivos y su dificultad de operativizar las variables en la investigación como han señalado para los modelos de enseñanza personales y sociales. No obstante, las habilidades de colaboración y la motivación intrínseca que parten del propio sujeto constituyen un eje importante en la investigación que presentamos sobre la inteligencia emocional en sus dos subfactores de

²¹ Alicia Escribano González, María Teresa Bejarano, Franco María Ángeles Zúñiga Fernández, y José Luis Fernández Gijón. "Programa de metodología didáctica para la mejora de la inteligencia emocional y el aprendizaje basado en problemas". p. 279

²² María Dolores Ortiz Vidal y Salvador Tomas Tomas. Op. Cit. p. 905 y 906

²³ Moust, Van Berkel y Schmidt citado por Alicia Escribano González, et. Al. Op. Cit. p. 278 y 279

inteligencia interpersonal (colaboración con los demás) e intrapersonal (motivación intrínseca del sujeto).²⁴

Hoy día la clase magistral en sentido tradicional es cuestionada en virtud de las exigencias profesionales que se requieren en el desempeño laboral.

Por su parte Serna de las Garza establece para esta metodología lo siguiente:

- a) El profesor debe entregar a los alumnos un problema, por escrito, para efecto de que lo estudien, lo analicen e identifiquen soluciones posibles.
- b) La entrega del problema debe hacerse con la debida anticipación a la clase en la que se habrá de discutir colectivamente el problema. Esto es necesario para dar tiempo a que los alumnos se preparen para la discusión, analizando el problema, identificando el material necesario para encontrar las soluciones posibles, y discutiendo en equipos de tres o cuatro estudiantes los distintos ángulos del problema. A su vez, la medida de la anticipación habrá de ser función de la complejidad del problema.
- c) El método se funda en la idea de que la esencia de la profesión jurídica es resolver problemas. De esta manera, el litigante ha de resolver los problemas que le plantean sus clientes. El juez ha de resolver los problemas derivados de las controversias que tienen que conocer. El abogado de empresa ha de resolver los problemas que la vida corporativa del establecimiento mercantil o las transacciones comerciales en las que éstas incurren le plantean. Asimismo, esos problemas pueden reducirse a una serie de hechos que con mayor o menor coherencia, mayor o menor orden, son descritos al jurista por el cliente, por las partes en conflicto, por los directivos de la empresa, para que encuentre la solución jurídica posible.
- d) Por otro lado, es preciso señalar que el problema debe ser cuidadosamente diseñado por el profesor, tomando sus elementos de situaciones reales o ideándolos a partir de situaciones hipotéticas. Como dice Nathansovn, la efectividad del método de problemas depende de la calidad del escenario fáctico que el profesor presenta a los alumnos al plantearles el problema.²⁵

Tardif citado por Cornier, establece los cuatro elementos característicos de todo problema que se resuelve con el método del aprendizaje basado en problemas:

- Un objetivo por alcanzar;
- Datos que uno debe visualizar mentalmente;
- Obstáculos por superar;
- Conocimientos que se deben movilizar.

Un problema en APP moviliza conocimientos previos si consiste en una descripción neutra de un acontecimiento o de una serie de hechos que deben ser explicados, si conduce efectivamente a una actividad de resolución de problemas, si está formulado de manera concreta y si su complejidad se adapta a los conocimientos del estudiante. Por otro lado, como generalmente un problema se elige de acuerdo con su ocurrencia en la práctica, es un buen ejemplo de una situación profesional.²⁶

²⁴ Hemelo citado por Escribano González. Op. Cit. p. 280

²⁵ José María Serna De La Garza. Op. Cit. p. 1063

²⁶ Tardif citado por Monique Cormier. Op. Cit. p.183

Por su parte Cornier en relación a las dificultades del estudiante en esta metodología considera: “El estudiante tiene dificultades en relacionar teoría y práctica.

- Al estudiante le cuesta establecer comparaciones con otros campos del saber, es decir, le es difícil transferir conocimientos.
- El estudiante olvida rápidamente lo que se le enseña. Asimila mal los conocimientos y en forma superficial”.²⁷

Des Marchais y Dumas, establecen las cualidades de un buen problema en esta metodología en los siguientes términos:

- Debe generar un proceso de análisis.

El problema debe ser lo suficientemente complejo para que el estudiante lo detecte como tal y para que active sus conocimientos previos con el fin de que formule hipótesis acerca de las soluciones o explicaciones.

- Debe conducir a que el alumno descubra los objetivos de aprendizaje subyacentes.

El simple análisis del problema debe permitir que el estudiante detecte los objetivos de aprendizaje definidos por el profesor.

- Debe despertar el interés y la motivación.

Un problema debe simular una situación que represente la realidad, de modo que el estudiante pueda establecer claras relaciones con sus necesidades profesionales futuras.²⁸

4.- Ventajas.

El aprendizaje basado en problemas permite que el estudiante adquiera principalmente competencias como lo establece la teoría constructivista, al respecto Souto, expone: “El aprendizaje resulta especialmente efectivo cuando se realiza en colaboración con otros, y la psicología cognitiva, que promueve la motivación del alumno, conditio sine qua non del aprendizaje significativo.”²⁹

Por su parte Ortiz Vidal considera que el alumno responde a reflejos diversos, habilidades que serán necesarias en su experiencia profesional al manifestar lo siguiente:

El empleo de esta técnica permite que el alumno tome la iniciativa en la búsqueda de nuevos conocimientos, ostentando una postura reflexiva y autónoma. Se evita con ello, que el alumno sea un mero receptor, un sujeto pasivo que no cuestione lo que acontece en su entorno. Con este método, el individuo no sólo aprende nuevos conocimientos, sino que también despliega otras habilidades. La labor se centra en preguntar, buscar, sistematizar, interrogar, fundamentar, en definitiva, pensar de forma reflexiva e interactiva, huyendo de la repetición de datos de forma memorística como modelo idóneo de aprendizaje.³⁰

²⁷ Des Marchais y Dumas citados por Monique Cormier. Op. Cit. p.179

²⁸ Ídem. p. 184

²⁹ Miguel Abel Souto. Op. Cit. p. 469

³⁰ María Dolores Ortiz Vidal y Salvador Tomas Tomas. Op. Cit. p. 908

Por lo tanto, el aprendizaje basado en problemas desarrolla habilidades en el alumno y no la repetición de conocimientos como lo expone Souto al establecer las siguientes ventajas:

El aprendizaje es más significativo, al relacionarlo con la vida real, con lo que en situaciones semejantes se tenderá a la comprensión y no a la repetición; el desarrollo de las habilidades de comunicación y trabajo en equipo o cooperativo y el pensamiento crítico, aunque algunos estudios se han manifestado en contra al advertir demasiada dependencia del grupo y poca capacidad de aprendizaje autónomo; el incremento de la autodirección, pues al alentar el aprendizaje de cómo aprender promueve la metacognición, la definición de problemas, búsqueda, discriminación y manejo de la información, la percepción de la forma en que se analizan los problemas y si los resultados tienen sentido o las estrategias de aprendizaje centradas en lo que hace el aprendiz en contextos nuevos; el fomento de la toma de decisiones y, por último, pero no en importancia, la mayor motivación respecto a los métodos tradicionales, en la medida en que constituye una actividad diferente que identifica a los alumnos y considera la posibilidad de interactuar.³¹

Respecto a las principales competencias que desarrolla el alumno al utilizar el método de aprendizaje basado en problemas podemos decir que mejora el aprendizaje en virtud de que se logra cimentar el entendimiento y la resolución de problemas, logrando como competencias principales las siguientes, en palabras de Newmann.

1. Se utiliza el pensamiento de orden superior;
2. Se enfatiza el conocimiento en profundidad;
3. Se consigue conectar la materia con la realidad del mundo exterior;
4. Se mejora sustancialmente el nivel intelectual de las discusiones de la clase;
5. Se promueve el desarrollo de determinados valores sustanciales a la sociedad democrática, en especial la tolerancia, el respeto y la inclusión de todos los alumnos y de todas las opiniones.³²

La formación científica y profesional por medio de la resolución de problemas, como lo cita Ulises Araujo: “Busca la articulación entre teoría y práctica y entre conocimiento científico y cotidiano social”³³

5.- Desventajas.

Existen algunos detractores del método de aprendizaje basado en problemas y consideran que entre las desventajas existe la resistencia al cambio en el método tradicional además de que deberá asumir responsabilidades y acciones, las cuales se apartan de una metodología tradicional, además se considera que otro problema es el grado de compromiso por parte del alumno.

Respecto a las desventajas Souto, considera:

³¹ Miguel Abel Souto. Op. Cit. p. 481

³² Newmann citado por Alexandra Rengel y Katia Fach. Op. Cit. p. 6

³³ Ulises Araujo. Aprendizaje basado en problemas y construcción de ciudadanía: el proyecto de la Universidad de São Paulo”. En Martínez, Miguel. “Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las universidades” <file:///C:/Users/Propietario/Downloads/10173.pdf> Op. Cit. p. 177

La ansiedad de los alumnos en las etapas iniciales del ABP, que consta de 7 pasos según el modelo clásico de Maastricht, porque estiman que no saben lo suficiente y van despacio; las dificultades de aplicación a grupos grandes, frecuentes y especialmente preocupantes en las ciencias jurídicas, pese a las adaptaciones asiáticas y españolas del ABP, dado que, aun cuando el tamaño reducido del grupo no garantiza la colaboración, la permite en mayor medida y facilita la supervisión de los alumnos, los procesos de búsqueda de soluciones y aprendizaje, la participación, el trabajo metódico, la cohesión grupal y da más tiempo a las intervenciones de cada miembro, de modo que la dimensión del grupo acaba condicionando la efectividad del ABP.³⁴

Por lo tanto, evaluar este nuevo enfoque que es la enseñanza a través del método de aprendizaje basado en problemas requiere asumir la dicotomía entre los estudiantes formados según la enseñanza tradicional y los formados a través de este método, por su parte Cormier considera: “La diferencia entre los estudiantes formados según la enseñanza tradicional y los formados a través del APP tiene más que ver con la asimilación de los conocimientos y las capacidades de aprendizaje que desarrollaron estos alumnos, que con el conjunto de conocimientos o la competencia que adquirieron. En este aspecto, los estudiantes formados a través del método APP presentan una clara ventaja.”³⁵

Respecto a la evaluación, podemos decir que ésta forma parte del aprendizaje; al respecto debemos recordar que en el enfoque tradicional de la enseñanza los alumnos son considerados como receptores pasivos de la información y por lo tanto el objetivo principal es demostrar el grado de memorización del contenido expuesto por el profesor en el proceso de enseñanza; lo anterior establece un gran abismo con el objetivo que se persigue al evaluar el aprendizaje basado en método de solución de problemas, toda vez que en éste es importante que el alumno esté consciente que la evaluación puede ser a través de la llamada autoevaluación o bien lo pueden evaluar los demás miembros del grupo o el catedrático, independientemente de ello también puede evaluarse el proceso del trabajo y sus resultados; por lo tanto, es imprescindible que el estudiante tenga claro cuáles son los fines del aprendizaje, cuáles son las habilidades que se pretenden desarrollar a través de este método y cuáles son los medios o recursos para alcanzarlos, por lo tanto, por cualquier sistema de evaluación por el que el catedrático opte para la evaluación de sus estudiantes en este método preparan a éste en diversas competencias que necesitará en su futuro ejercicio profesional, como son la capacidad de pensamiento crítico, argumentación, el debate, el

³⁴ Miguel Abel Souto. Op. Cit. p. 482

³⁵ Monique Cormier. Op. Cit. p. 190

trabajo en grupo, liderazgo, recabar información y análisis de la misma, construcción de una hipótesis y solución del problema planteado; en consecuencia se modifica el rol pasivo del estudiante en la enseñanza tradicional y asume una actitud de autoaprendizaje y construcción del conocimiento a través del análisis de información, doctrina, legislación y jurisprudencia para atender la problemática planteada y proponer soluciones a ésta; con lo anterior el estudiante tiene una visión global del problema planteado y entenderá que las problemáticas en la vida real en ocasiones están correlacionadas con distintas disciplinas jurídicas y las implicaciones que pueden tener, generando así un análisis integral del problema a solucionar.

Bibliografía.

- Araujo, Ulises. Aprendizaje basado en problemas y construcción de ciudadanía: el proyecto de la Universidad de São Paulo”. En Martínez, Miguel. “Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las universidades”
<file:///C:/Users/Propietario/Downloads/10173.pdf>
- Bárbara Duch, Susan Groh, Deborah Allen. “El poder del aprendizaje basado en problemas”. Revista: INNOVAR. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales 2006.
http://books.google.com.mx/books?id=znaOaKjTG0EC&pg=PA7&lpg=PA7&dq=Duch+B%C3%A1rbara+Groh+Susan+Allen+Deborah+Aprendizaje+basado+en+problemas&source=bl&ots=NREx9riAJp&sig=Z7kNNI_o1cA_eHBuCMZl6zZA2BI&hl=es&sa=X&ei=NHRRVPSNEsmBiwKgsICACA&ved=0CCsQ6AEwAg#v=onepage&q=Duch%20B%C3%A1rbara%20Groh%20Susan%20Allen%20Deborah%20Aprendizaje%20basado%20en%20problemas&f=false
- Cormier, Monique. “Entorno a una pedagogía centrada en el estudiante: El método aprendizaje a través de problemas aplicado a la terminología”. [En Línea]
<http://www.oalib.com/paper/2662675#.VzujsTXhDIU>
- Díaz Baringa, Frida. “El aprendizaje basado en problemas y el método de casos”. En Enseñanza situada: Vínculo entre la escuela y la vida”. McGraw-Hill. México. 2005.

- Díaz, Pietro citado por Miguel Abel Souto “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”. Revista Jurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 14, Nº 1, 2005 [En Línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441871>
- Escribano González, Alicia; Bejarano, María Teresa; Zúñiga Fernández, Franco María Ángeles y Fernández Gijón, José Luis. “Programa de metodología didáctica para la mejora de la inteligencia emocional y el aprendizaje basado en problemas”.
- Font Ribas, Antoni. “Líneas maestras del aprendizaje en problemas”. Revista: Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado 2004. No. 18. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27418106>
- Martínez, Miguel y Araujo, Ulises. “Aprendizaje Servicio y Responsabilidad Social de las Universidades”. [En Línea] <file:///C:/Users/Propietario/Downloads/10173.pdf>
- Molina Saldarriaga, Cesar Augusto. “Fundamentos teóricos y metodológicos del método clínico de la enseñanza del derecho”. Revista de la Facultad d Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, No. 108, Año 2008. <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/608>
- Ortiz Vidal, María Dolores y Tomas Tomas, Salvador. “El aprendizaje basado en problemas: Un enfoque interdisciplinar de Derecho Procesal y Derecho Internacional Privado”. En IV Congreso Nacional de Innovación en Ciencias Jurídicas: Coordinación y planificación en los estudios de Derecho. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1704>
- Pérez Hurtado, Luis Fernando. “Cómo desarrollar en los estudiantes de Derecho la habilidad de solucionar problemas”. Revista internacional de Derecho y Ciencias Sociales No. 3. Otoño 2003. Vol. 1. México UDEM. <http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/jusrev/282/281613.htm?s=>
- Rengel, Alexandra y Fach, Katia. “Estrategias de innovación en la enseñanza del derecho en España: El ejemplo de las Law Schools estadounidenses”. En Social Science Research Network. Marzo No. 28. Año 2012. [En Línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030348

- Serna De La Garza, José María. “Apuntes sobre las opciones del cambio en la metodología de la enseñanza del Derecho en México”. Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art7.htm>
- Souto, Miguel Abel “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”. Revista Jurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 14, N° 1, 2005 [En Línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441871>

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN MÉXICO.

ERRORES DE TÉCNICA LEGISLATIVA

*Alejandro Cruz Olmedo Flores*³⁶

*Adriana Gabriela Olmedo Jiménez*³⁷

Sumario: 1.- Introducción. 2. El sentido del Control Constitucional. 3. La Naturaleza Jurídica del Control. 4. Las Normas Inconstitucionales. 5. El Control Constitucional en México. 6. Las Controversias Constitucionales. 7. Las Controversias Constitucionales tramitadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 8. Artículos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde existe conflicto constitucional. Conclusiones.

Palabras Clave.- Supremacía. Control. Constitucional. Inconstitucionalidad. Controversia.

1.- Introducción

La inconstitucionalidad de las leyes en nuestro país, esta ligada a una característica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la supremacía constitucional. Si bien es cierto, que esta característica, ya se encontraba establecida en el artículo 126 de la Constitución de 1857, y en el artículo 133, de la de 1917; sin embargo, ésta sirvió para desarrollar el Juicio de Amparo, como un sistema para lograr se declarara la inconstitucionalidad de las leyes, pero con efectos particulares. Es hasta, las reformas de diciembre de 1994, que se incorpora el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, con efectos erga omnes; sin embargo, no sólo se estableció este sistema general y

³⁶ Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, BUAP. Realizó estudios de Licenciatura y Maestría en Derecho, con terminación en Derecho Constitucional en la División de Estudios de Posgrado, BUAP; de Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho en la División de Estudios de Posgrado, del Departamento de Derecho, UAT.

³⁷ Realizó estudios de Licenciatura y Maestría en Derecho, con terminación en Laboral y de la Seguridad Social, en la División de Estudios de Posgrado, BUAP. Postulante en Derecho Laboral.

abstracto, sino que se amplió el sistema de control de la competencia constitucional a través de las controversias constitucionales, otorgando facultad a la Suprema Corte de Justicia de la nación para conocer de este tipo de demandas, cuando se impugnaran disposiciones generales, tal y como lo disponen los incisos h, i, j y k, de la fracción I, del artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 constitucional, al reglamentar en el Título Segundo, las Controversias Constitucionales, en más de veinte ocasiones utilizan las palabras norma, norma general, normas generales, sin que éstas palabras se encuentren textuales en la redacción de la fracción I, del Artículo 105 constitucional, lo que constituye el motivo de este trabajo.

2. El sentido del control constitucional.

Menciona Duverger,³⁸ que a fines del siglo XVIII, aparecieron, en Estados Unidos primero, y en Francia después, unas constituciones, es decir, unos textos que definían los órganos esenciales del Estado y proclamaban, en general, las libertades públicas fundamentales. Estas constituciones se consideraron superiores a las leyes ordinarias votadas por el Parlamento y establecieron, de este modo, por encima de la ley misma, un grado superior de legalidad, una especie de superlegalidad.

Sostiene Duverger que el principio de la constitucionalidad de las leyes tiene un alcance diferente, según que la Constitución contenga o no una declaración de derechos y según se trate de una constitución rígida o una constitución flexible.

La superioridad de la Constitución no existe en todas partes, sostiene este autor que para que exista es preciso, ante todo, que las disposiciones de la constitución no puedan ser modificadas por el Parlamento. “Los juristas establecen, pues, una distinción entre las llamadas constituciones rígidas y las llamadas flexibles. Llaman constitución flexible a la que puede ser modificada por el Parlamento, de la misma forma que las leyes y la constitución, pues una ley que contradice la Constitución flexible no tiene, así, ninguna superioridad sobre la ley ordinaria. Esta superioridad sólo puede establecerse si se exige un

³⁸ Cfr. Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, S.A., 1984, p. 173.

procedimiento especial, distinto al de votación de las leyes ordinarias, para modificar la Constitución: en dicho caso se la califica de rígida.

Decir que la Constitución es superior a las leyes —y a las normas inferiores— significa que una ley contraria a una disposición constitucional es irregular y no debe aplicarse. Este es el principio de la constitucionalidad de las leyes. Pero sólo puede aplicarse, en la práctica, si la violación de la Constitución por una disposición legal es constatada oficialmente, y si el órgano que la constata tiene poder para sacar de ello las debidas consecuencias. Se llama control de la constitucionalidad de las leyes a esta operación de verificación, que debe conducir normalmente a la anulación o a la no aplicación de la ley.³⁹

La doctrina de la supremacía de la constitución es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber-ser, y que se incorpora así a la normación constitucional. Pero si no desencadena como corolario algún mecanismo que le haga efectiva, corre riesgo de ineficiencia y de falta de practicidad. En efecto, cuando la Constitución que no debe ser violada lo es, se torna menester recuperar la supremacía ultrajada por la inconstitucionalidad, y nulificarla mediante algún sistema. El mecanismo y el sistema a que estamos aludiendo implican lo que se denomina control constitucional, revisión constitucional, defensa constitucional o jurisdicción constitucional. Bajo cualquier nombre, se trata de una verificación o fiscalización que tiende a detectar si la Constitución ha sido transgredida, y a emitir un pronunciamiento afirmativo o negativo, con algunos efectos que dependen del sistema. Comprendemos que ahora no se trata de definir un mero principio como el de la supremacía, por muy trascendental que sea, sino de arbitrar una técnica para que la supremacía opere. En sentido amplio, esta técnica es una garantía, es decir, un procedimiento de reaseguro para la supremacía de la Constitución; y como esta supremacía que había sido pensada en el constitucionalismo moderno a favor y en protección de los gobernados, el mecanismo de control como garantía de la supremacía se convierte, a su vez, en una garantía en pro de los individuos.⁴⁰

3. La naturaleza jurídica del control

³⁹ Cfr. Duverger, Maurice, *op. cit., supra*, nota 52, pp. 173-175.

⁴⁰ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *La Interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional.*, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1987, p. 118.

Es importante esclarecer, aunque sea someramente, cuál es la naturaleza jurídica del control constitucional, tomando en cuenta la pluralidad de sistemas de control que conocen la doctrina y el derecho comparado.

Se dirá que es difícil, porque procesalmente no es lo mismo la acción de inconstitucionalidad que la vía incidental o de excepción, como no lo es la jurisdicción concentrada y la jurisdicción difusa. Sin embargo, existe una base común a todas las modalidades del control constitucional, al menos cuando éste responde a un sistema jurisdiccional y no político.⁴¹

Un aspecto común radicaría, en la proyección del principio de supremacía constitucional para defensa de la constitución, para frustrar la aplicación de una norma o un acto inconstitucionales. Habría, en primer plano, inaplicabilidad, aun cuando el control se adelantara a la vigencia de la norma (impidiendo por ejemplo, que la ley se promulgara), y también cuando, ya vigente, cupiera decir que, por la abrogación de la norma general, más que de implicación (a un caso) se trataría de retirar, por derogación, su vigencia del orden normativo (para todos los casos). Tal vez, esa misma inaplicabilidad equivaldría a una nulificación o invalidación (de nuevo, con efectos variables: *inter-partes*, o *erga omnes*). Que en todo ello haya interpretación, aplicación, integración, etcétera, es otra cuestión, y es verdad; pero toda la gama de posibilidades induce a la legitimación a lograr el control, a las vías procesales, a los efectos de la declaración, etcétera, no alcanzan a cambiar o alterar la naturaleza común de todo tipo de control, y se aclara otra vez que esto lo circunscribimos especialmente al control jurisdiccional de constitucionalidad. Quizá la cuestión algo difiera, si se enfocará el control a través de un órgano político, que pudiera asumir naturaleza consultiva en algunos casos; y también de abarcarse la jurisdicción constitucional cuando toma a su cargo el juzgamiento de delitos contra la Constitución cometidos por gobernantes, o el enjuiciamiento político de los últimos.⁴²

En el control a cargo de la jurisdicción constitucional se moviliza muy intensamente la interpretación constitucional: todo control jurisdiccional requiere siempre interpretación constitucional, y ésta cumple siempre un papel de control; pero se minimizaría la naturaleza del control jurisdiccional si se la limitara a una identidad con la mera interpretación. Más

⁴¹ Cfr. *Idem*, p. 120.

⁴² *Idem*, p. 121.

bien, diremos que el control tiene siempre una naturaleza de defensa de la supremacía constitucional, que bien admite su inclusión entre las garantías que la protegen.

Hasta aquí hemos procurado develar una naturaleza de defensa del control para inaplicar a normas y actos que ofenden a la constitución. Habíamos dicho que eso era un “primer plano”, y terminábamos enlazando el control con la interpretación constitucional. Esto nos permite adelantar que no todo control ni toda interpretación constitucionales concluyen en la aludida inaplicación, o sea, no siempre tienen como resultado final una declaración de inconstitucionalidad. Hay un control e interpretación que, a la inversa, salvan la constitucionalidad de una norma o un acto que parecían colisionar con la constitución si es así, esta segunda situación o este “segundo plano” parecen desmentir la naturaleza de defensa que busca y logra la inaplicación, ya que si no se declara la inconstitucionalidad no hay desaplicación. Por eso, hay que incorporar esta nueva perspectiva a la naturaleza del control, para que también quepa en el control y participe de su naturaleza esta clase de control que, lejos de desembocar en la inaplicación, armoniza y comparte con la constitución aquello que *prima facie* se suponía contrario a ella.

¿Hay aquí, por lo menos y también, defensa de la constitución aunque no haya inaplicación? Seguramente sí, porque cuando la jurisdicción constitucional le asigna objetivamente su sentido a la constitución, la preserva precisamente con ese sentido genuino que tal jurisdicción está llamada a atribuirle. Pero, como no hay inaplicación de una norma o de un acto, aquella defensa, que ya no conduce a fulminar desviaciones mediante la inaplicación, impide reconocer que la inaplicación sea imprescindible para configurar la naturaleza del control; puede haber control también cuando no hay inaplicación de una norma que se declare inconstitucional.⁴³

4. Las normas inconstitucionales

Plantea José Moreso, el problema surge de aceptar el principio dinámico del derecho, de acuerdo al cual una condición necesaria para que una norma N sea jurídica es que exista otra norma jurídica N que autorice su creación, y aceptar también que las normas inconstitucionales... son normas jurídicas [hasta que un tribunal constitucional no las

⁴³ Cfr. *Idem*, p. 122.

declara inconstitucionales o si nunca son propuestas en cuestión ante órgano alguno competente para declararlas tales].

Sostiene que todo acto de creación del derecho es también un acto de aplicación del derecho, si se exceptúa los casos extremos: la creación de la Constitución originaria y el acto de ejecución de una sentencia.⁴⁴

Este autor hace un estudio de la posición de Kelsen, mediante unas tesis: 1) Una condición necesaria de la validez de una norma con rango de ley es que ésta sea creada de acuerdo a la Constitución.

De acuerdo a Kelsen: Una ley sólo puede ser válida si se funda en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución.⁴⁵

Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que la faculte a imponer normas. Las normas de competencia son aquellas que establecen qué órgano y mediante qué procedimientos tiene autorización para regular determinada materia. Por tanto, puede decirse que una norma con rango de ley L es válida en el derecho D de un país [pertenece a D] sólo si existe una norma constitucional de competencia NC que autoriza la creación de L. Sólo si existe dicha norma de competencia NC que autoriza a un órgano O [el Parlamento] mediante el procedimiento P a regular la materia M; y si el órgano O, mediante el procedimiento P, regula la materia M con la creación de la norma L, entonces L es válida. Esta es una posible formalización del principio dinámico del derecho...

2) Si como parece presuponer la tesis 1), se equipara la validez con la pertenencia al derecho, entonces las normas inválidas no pertenecen al derecho: las leyes que no han sido creadas de acuerdo a la Constitución no son válidas. Las normas inconstitucionales no pertenecen al derecho. Kelsen sostiene: una norma no válida no es existente, es la nada jurídica; la expresión ley inconstitucional aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos.⁴⁶

⁴⁴ Cfr. Moreso Mateos, José J., "Sobre normas constitucionales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 38, mayo-agosto 1993, p. 82.

⁴⁵ Cfr. *Idem*, p. 83.

⁴⁶ Cfr. *Idem*, p. 84.

Sostiene Moreso Mateos, que Kelsen tiene razón en que si se acepta la tesis 1) entonces debe aceptarse la imposibilidad de las normas que tengan la propiedad de ser válidas y, a la vez, inconstitucionales, puesto que si una norma no está de acuerdo con la Constitución es inválida y, agrega, el enunciado de que la norma con rango de ley L es válida e inconstitucional es un enunciado contradictorio, puesto que el predicado válida aplicado a una norma con rango de ley es sinónimo de constitucional.

3) Es posible que algunas veces se creen normas que aparentemente no han sido autorizadas por la Constitución.

4) Las normas de la Constitución que autorizan la creación de normas con rango de ley son disposiciones alternativas.

5) La Constitución puede autorizar la anulación de las normas creadas de acuerdo a la cláusula alternativa de alguna de sus normas de competencia, pero también puede no autorizarlo.

“Es posible que la Constitución faculte a determinados órganos a aplicar las normas, pero que les vede la posibilidad de examinar la constitucionalidad de las normas que deben aplicar”. Es posible, que la Constitución autorice a algún órgano o a órganos distintos del legislativo a controlar la constitucionalidad de las leyes. Según Kelsen, el control puede realizarse de tres formas: *a)* otorgando competencia a algunos órganos de aplicación [a los jueces y tribunales]; *b)* otorgando competencia a un órgano especial [un tribunal constitucional] para que controle las normas creadas de forma irregular, y *c)* atribuyendo responsabilidad personal [estableciendo una sanción para dicho caso] al órgano que crea normas de forma irregular.

6) Hasta que no sean declaradas inconstitucionales por algún órgano competente las normas creadas de forma irregular son normas válidas, conformes a la Constitución: “las llamadas leyes inconstitucionales son leyes conformes a la Constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial”.

7) Si un órgano declara inconstitucional determinada ley, tal declaración tiene valor constitutivo. La declaración es la que constituye la inconstitucionalidad de la ley. Las normas inconstitucionales no son nulas, sino anulables.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. *Idem*, pp. 84-86.

5. El control constitucional en México

En nuestro país el control se ejerce principalmente a través del juicio de amparo, hasta antes de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1994, que introdujo cambios muy importantes a la organización, competencias y funcionamiento del Poder Judicial de la Federación y, en especial, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Entre esos cambios destaca la nueva redacción del artículo 105 de la Constitución, que ahora reglamenta, de manera más amplia y precisa, las llamadas controversias constitucionales y que introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, las acciones de inconstitucionalidad de tipo abstracto, cuyo conocimiento corresponde directamente a la Suprema Corte. Ambos procedimientos tienen por objeto y finalidad la defensa de la constitucionalidad.

Las acciones de inconstitucionalidad están tomadas del modelo europeo de justicia constitucional, sin que se hubiera realizado algún foro académico previamente que trajera como resultado la propuesta de establecer la acción de inconstitucionalidad.⁴⁸

El establecimiento de este tipo de acción trae como consecuencia el fenómeno que se conoce como politización de la justicia o el de la judicialización de la política, es decir, al dejar en el Poder Judicial el control constitucional, al establecer la acción de inconstitucionalidad y la nueva redacción del artículo 105 constitucional en lo que respecta a las controversias constitucionales. Este fenómeno se puede dar en nuestro país, debido a los actores y los intereses que pueden poner en movimiento la acción de inconstitucionalidad, así como por las materias a que pudiera referirse.

6. Las Controversias Constitucionales

Las controversias constitucionales se refieren a los conflictos jurídicos que pueden plantearse entre órdenes jurídicos, niveles y órganos de gobierno, en relación con la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales que emitan.

El artículo 105 constitucional reformado en 1994 prevé, en su fracción I, once incisos que señalan los supuestos en que puede plantearse una controversia constitucional. De esos incisos, seis son nuevos, ya sea porque no estaban previstos del todo o porque la

⁴⁸ Cfr. Fix Fierro, Héctor, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM, p. 53.

nueva redacción los hace explícitos. Se trata de las controversias entre la Federación y un Municipio; entre el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, o entre aquél y cualquiera de las cámaras de éste o la Comisión Permanente, ya sea como órganos federales o del Distrito Federal; entre el Distrito Federal y un municipio; entre dos municipios de diversos estados; un estado y uno de sus municipios, o entre un estado y un municipio de otros estados, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Algunos de los aspectos que plantea el nuevo régimen de controversias constitucionales que parecen definiciones o problemáticos son los siguientes:

a) La excepción en materia electoral. Se requiere evitar que por la vía de las controversias constitucionales se planteen conflictos sobre la calificación de las elecciones, para lo cual ya existen órganos judiciales especializados. Sin embargo, puede haber violaciones constitucionales, por actos o disposiciones de naturaleza electoral, que resulte adecuado plantear a través de las controversias, por ser ésta la única vía de defensa de la constitucionalidad.

b) Este aspecto tiene que ver con los efectos de la sentencia cuando se trate de la impugnación de disposiciones generales. El artículo 105 distingue dos tipos de casos: cuando la impugnación sea promovida por la Federación en contra de disposiciones generales de los municipios o de los estados, o cuando éstos impugnen disposiciones municipales, pero también cuando se trate de conflictos entre poderes u órganos de un mismo nivel de gobierno, la resolución de la Corte puede tener efectos generales, es decir, anular la norma impugnada, con el voto de ocho de los once ministros. Esto no sólo constituye una barrera para que se pronuncie tal anulación, sino que constituye un retroceso respecto del anterior artículo 105 constitucional, conforme al cual la resolución podía tener siempre efectos generales, bastando la mayoría en el pleno de la Corte.

En los demás casos, aquellos en que los estados o los municipios impugnen disposiciones federales o los municipios lo hagan respecto de los estados o la federación, la sentencia tendrá efectos únicamente respecto de las partes de la controversia. Podría darse así el caso de que las normas federales dejaran de aplicarse respecto de algún o algunos estados o municipios que las hayan impugnado. Esto violenta el principio de igualdad en dos sentidos: entre las entidades federativas y los municipios entre sí, y entre los distintos niveles de gobierno.

Las controversias constitucionales se encuentran establecidas en el título II de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

Se establece que tendrán el carácter de parte, como actor, la entidad, poder u órgano que promueva la controversia; como demandado, la entidad poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que se objeto de la controversia; como tercero o terceros perjudicados, las entidades, poderes u órganos mencionados en la fracción primera del artículo 105 constitucional, que pudieran resultar afectados por la sentencia que llegará a dictarse, y; el procurador de la república.⁴⁹

7. Controversias constitucionales tramitadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Controversia constitucional número 14/2002, promovida por el Municipio de Magdalena de kino, estado de Sonora, en contra del Congreso y del Poder Ejecutivo de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez del artículo 72, fracciones I, incisos a), b), c) y d), IX y XII, primer párrafo, de la ley de hacienda municipal estatal, reformado mediante decreto número 237, publicado en el boletín oficial de la citada entidad el 31 de diciembre de 2001.

Se resuelve:

Primero.- Es procedente y fundada la controversia constitucional promovida por el Ayuntamiento del Municipio de Magdalena de kino, estado de Sonora.

Segundo.- Se declara la invalidez del artículo 72, fracciones I, incisos a), b), c) y d), IX y XII, de la ley de hacienda municipal del estado de sonora, reformado mediante el decreto número 237, publicado en el Boletín Oficial de la entidad, el treinta y uno de diciembre de dos mil uno, en términos de la parte final del último considerando de esta resolución.

Tercero.- Publíquese esta sentencia en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como en el Diario Oficial de la Federación y en el Boletín Oficial del estado de Sonora.

⁴⁹ Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. artículo 10.

Controversia constitucional número 15/2002, promovida por el Municipio de Cananea, estado de Sonora, en contra del Congreso y del Poder Ejecutivo de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez del artículo 72, fracciones I, incisos a), b), c) y d), IX y XII, primer párrafo, de la Ley de Hacienda municipal estatal, reformado mediante decreto número 237, publicado en el boletín oficial de la citada entidad el 31 de diciembre de 2001.

Se resuelve:

Primero.- Es procedente y fundada la controversia constitucional, promovida por el Ayuntamiento del Municipio de Cananea, estado de Sonora.

Segundo.- Se declara la invalidez del artículo 72, fracciones i, incisos a), b), c) y d), IX y XII, de la Ley de Hacienda municipal del estado de Sonora, reformado mediante el decreto número 237, publicado en el Boletín Oficial de la entidad el treinta y uno de diciembre de dos mil uno, en términos de la parte final del último considerando de esta resolución.

Tercero.- Publíquese esta sentencia en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como en el Diario Oficial de la Federación y en el Boletín Oficial del estado de Sonora.

Controversia constitucional número 327/2001. promovida por el Ayuntamiento del Municipio de Tecamac, estado de México, en contra del Congreso, del Gobernador y de otras autoridades de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez del artículo 47, último párrafo de la Ley Orgánica para la Contaduría General de glosa del Poder Legislativo del estado de México, contenida en el Decreto número 25 y publicada en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 15 de octubre de 1991; de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del estado de México, contenida en el decreto número 96, y del Reglamento del Poder Legislativo, publicados en el Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno” el 15 de septiembre de 1995, así como de los oficios de fechas 17 y 24 de agosto de 2001, de la Comisión de Inspección de la Contaduría General de glosa del poder legislativo.

Se propone:

Primero: con las salvedades a que se refieren los siguientes resolutivos, se sobresee en el juicio respecto de los actos precisados en el resultando segundo.

Segundo: se declara la invalidez del artículo 47, último párrafo, de la Ley Orgánica para la Contaduría General de glosa del poder legislativo del estado de México, en la porción normativa que señala “...hasta la intervención de la Tesorería Municipal...” declaratoria cuyos efectos quedaron precisados en el último considerando, y se declara la validez de ese mismo dispositivo, también en su último párrafo en la porción normativa que señala “la Comisión Inspectoradora de la Contaduría General de glosa podrá solicitar... la revocación definitiva del servidor público municipal que corresponda...”.

Tercero: se declara la invalidez de los actos consistentes en el oficio girado por la comisión inspectora de la contaduría general de glosa del Poder Legislativo del estado de México, y dirigido al municipio actor, de fecha 17 de agosto de 2001, por el cual se le comunicó la intervención de su tesorería, el acuerdo tomado por dicha comisión inspectora de esa misma fecha, en el que acordó realizar tal intervención, el diverso oficio girado por la comisión inspectora de la contaduría general de glosa del poder legislativo del estado de México, dirigido al Presidente Municipal del municipio actor de fecha 24 de agosto de 2001, por el cual le solicitó la revocación definitiva del nombramiento del tesorero municipal, y el acuerdo tomado por dicha comisión inspectora, también de 24 de agosto de 2001, en el que acordó realizar tal solicitud al presidente municipal, declaratorias todas cuyos efectos fueron precisados en el último considerando de esta resolución.

Cuarto: publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Diario Oficial de la Federación, así como en el Periódico Oficial del estado de México.

Controversia constitucional número 20/2003, promovida por el Municipio de San Luis Río Colorado, estado de Sonora, en contra de los poderes ejecutivo y legislativo de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez de los artículos 1º, fracción I y 2º, fracción I, de la ley número 155 de ingresos y presupuesto de ingresos del estado de sonora, para el ejercicio fiscal 2003, publicada en el Boletín Oficial estatal el 26 de diciembre de 2002.

Se propone:

Primero: es procedente y fundada la controversia constitucional promovida por el municipio de San Luis Río Colorado, estado de Sonora.

Segundo: se declara la invalidez de los artículos 1º, apartado a, fracción I, y 2º, fracción I, de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos del estado de Sonora, para el ejercicio fiscal de 2003, expedida por el congreso estatal y publicada en el Boletín Oficial del estado el 26 de diciembre de 2002, para los efectos precisados en el último considerando de este fallo.

Tercero: esta ejecutoria surtirá plenos efectos a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en los términos precisados en el último considerando de esta sentencia.

Cuarto: publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Diario Oficial de la Federación y en el Periódico Oficial del estado de Sonora. Controversia constitucional número 44/2002, promovida por el poder legislativo del estado de Jalisco, en contra del Ayuntamiento constitucional de Mazamitla, Jalisco, demandando la invalidez del acuerdo contenido en el acta de sesión ordinaria de cabildo de veintinueve de abril de dos mil dos, consistente en la privación de la representación política y suspensión en sus funciones como regidor a Salvador Elizondo Sánchez.

Se resuelve:

Primero.- es procedente y fundada la presente controversia constitucional, promovida por el Poder Legislativo del estado de Jalisco.

Segundo.- se declara la invalidez del acto de sesión ordinaria de cabildo de veintinueve de abril de dos mil dos, del ayuntamiento de Mazamitla, estado de Jalisco, en lo que se refiere a la "...determinación en cumplimiento del artículo 27 de la Ley de Incompatibilidad de Empleo relativa al procedimiento entablado en contra del, ciudadano regidor, salvador Elizondo Sánchez", en los términos y para los efectos precisados en el último considerando de esta resolución.

Tercero.- se requiere al ayuntamiento de Mazamitla, estado de Jalisco, para que dé cumplimiento a la presente ejecutoria e informe de ello a este alto tribunal, en los términos establecidos en el último considerando de este fallo.

Cuarto.- publíquese esta resolución en el diario oficial de la federación, en el periódico oficial del estado de Jalisco y en el semanario judicial de la federación y su gaceta.

Controversia constitucional número 27/2003. promovida por el Municipio de Calvillo, estado de Aguascalientes, en contra de los poderes legislativo y ejecutivo de la mencionada entidad federativa, demandando la invalidez de la fe de erratas al decreto “76”, que contiene la Ley de Ingresos del citado municipio, para el ejercicio fiscal de dos mil tres, así como del oficio número 1784, del expediente I-E-3-2003, del quince de febrero de dos mil tres, de la mesa directiva de la comisión permanente, publicados en el periódico oficial estatal el, veinticuatro de febrero de dos mil tres.

Se resuelve:

Primero.- es procedente y fundada la presente controversia constitucional.

Segundo.- se declara la invalidez de la fe de erratas al decreto “76”, (ley de ingresos del municipio de calvillo, Aguascalientes, ejercicio fiscal del año dos mil tres), publicada en el periódico oficial de esa entidad federativa, el veinticuatro de febrero de dos mil tres, en términos del considerando sexto de esta resolución.

Tercero: publíquese esta sentencia en el Diario Oficial de la Federación, en el Periódico Oficial del Estado y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

8. Artículos de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde existe conflicto constitucional

[...]

ARTICULO 10. Tendrán el carácter de parte en las controversias constitucionales:

- I. Como actor, la entidad, poder u órgano que promueva la controversia;
- II. Como demandado, la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la **norma general** o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia;

[...]

ARTICULO 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las **normas** que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

[...]

ARTICULO 14. Tratándose de las controversias constitucionales, el ministro instructor, de oficio o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto que las motivare, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva. La suspensión se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable.

La suspensión no podrá otorgarse en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de **normas generales**.

[...]

ARTICULO 19. Las controversias constitucionales son improcedentes:

I. Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

II. Contra **normas generales** o actos en materia electoral;

III. Contra **normas generales** o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, **normas generales** o actos y conceptos de invalidez;

IV. Contra **normas generales** o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, **normas generales** o actos y conceptos de invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. Cuando hayan cesado los efectos de la **norma general** o acto materia de la controversia;

VI. Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto;

VII. Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21, y

VIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de esta ley.

[...]

ARTICULO 20. El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando la parte actora se desista expresamente de la demanda interpuesta en contra de actos, sin que en ningún caso pueda hacerlo tratándose de **normas generales**;
- II. Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo anterior;
- III. Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la **norma** o acto materia de la controversia, o cuando no se probare la existencia de ese último; y
- IV. Cuando por convenio entre las partes, haya dejado de existir el acto materia de la controversia, sin que en ningún caso ese convenio pueda recaer sobre normas generales.

ARTICULO 21. El plazo para la interposición de la demanda será:

- I. Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;
- II. Tratándose de **normas generales**, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la **norma** que dé lugar a la controversia, y
- III. Tratándose de los conflictos de límites distintos de los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de sesenta días contados a partir de la entrada en vigor de la **norma general** o de la realización del acto que los origine.

ARTICULO 22. El escrito de demanda deberá señalar:

- I. La entidad, poder u órgano actor, su domicilio y el nombre y cargo del funcionario que los represente;
- II. La entidad, poder u órgano demandado y su domicilio;
- III. Las entidades, poderes u órganos terceros interesados, si los hubiere, y sus domicilios;
- IV. **La norma general** o acto cuya invalidez se demande, así como, en su caso, el medio oficial en que se hubieran publicado;
- V. Los preceptos constitucionales que, en su caso, se estimen violados;

VI. La manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor y que constituyan los antecedentes de la norma general o acto cuya invalidez se demande, y

VII. Los conceptos de invalidez.

ARTICULO 23. El escrito de contestación de demanda deberá contener, cuando menos:

I. La relación precisa de cada uno de los hechos narrados por la parte actora, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron, y

II. Las razones o fundamentos jurídicos que se estimen pertinentes para sostener la validez de la norma general o acto de que se trate.

[...]

ARTICULO 41. Las sentencias deberán contener:

I. La fijación breve y precisa de las **normas generales** o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;

II. Los preceptos que la fundamenten;

III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;

IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una **norma general**, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia **norma** invalidada;

V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las **normas generales** o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;

VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

ARTICULO 42. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare

inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En aquellas controversias respecto de **normas generales** en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

En todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

[...]

ARTICULO 44. Dictada la sentencia, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará notificarla a las partes, y mandará publicarla de manera íntegra en el Semanario Judicial de la Federación, conjuntamente con los votos particulares que se formulen.

Cuando en la sentencia se declare la invalidez de **normas generales**, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará, además, su inserción en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en que tales normas se hubieren publicado.

[...]

ARTICULO 47. Cuando cualquiera autoridad aplique una **norma general** o acto declarado inválido, cualquiera de las partes podrá denunciar el hecho ante el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien dará vista a la autoridad señalada como responsable, para que en el plazo de quince días deje sin efectos el acto que se le reclame, o para que alegue lo que conforme a derecho corresponda.

Si en los casos previstos anteriormente, las autoridades no dejan sin efectos los actos de que se trate, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará el asunto al Ministro Ponente para que a la vista de los alegatos, si los hubiere, someta al Tribunal Pleno la resolución respectiva a esta cuestión. Si el Pleno declara que efectivamente hay una repetición o aplicación indebida de una **norma general** o acto declarado inválido, mandará que se cumpla con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[...]

ARTICULO 57. Admitido el recurso se requerirá a la autoridad contra la cual se hubiere interpuesto para que dentro de un plazo de quince días deje sin efectos la **norma general** o acto que diere lugar al recurso o, para que rinda un informe y ofrezca pruebas. La falta o deficiencia de este informe establecerá la presunción de ser ciertos los hechos imputados, sin perjuicio de que se le imponga una multa de diez a ciento ochenta días de salario.

Transcurrido el término señalado en el párrafo anterior y siempre que subsista la materia del recurso, en el supuesto de la fracción I del artículo precedente, el ministro instructor fijará fecha para la celebración de una audiencia dentro de los diez días siguientes a fin de que se desahoguen las pruebas y se formulen por escrito los alegatos; para el caso de la fracción II, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, turnará el expediente a un ministro instructor para los mismos efectos.

Conclusiones.

La redacción de los dos últimos párrafos del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no han sido adecuadamente reglamentados en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del Artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que, al hacerlo incluyen en el Título Segundo, que es el relativo a las Controversias Constitucionales, las palabras **norma, norma general, normas generales**, que en ninguna parte de la redacción de la fracción I, del artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran, originando con éstos errores de técnica legislativa, problemas ya que, como quedo demostrado en los casos que a manera de ejemplo se citan en éste trabajo, la Suprema Corte de Justicia de la nación, a dictado sentencias declarando la inconstitucionalidad de normas generales, pero con efectos inter partes, generando con esto, un problema ya que una norma puede ser válida e inválida, esto es, constitucional e inconstitucional a la vez, haciendo nugatorio el sistema de control de la constitucionalidad de las normas generales en nuestro país.

Bibliografía.

- Bidart Campos, Germán J., *La Interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional.*, Buenos Aires, Ed. EDIAR, 1987.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ed. Ariel, S.A., 1984.
- Fix Fierro, Héctor, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM.
- Moreso Mateos, José J., “Sobre normas constitucionales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 38, mayo-agosto 1993.
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

EL CARÁCTER NORMATIVO Y LÓGICO EN EL SISTEMA NORMATIVO EN LA TEORÍA DE KELSEN

*Juan Manuel Contreras Méndez.*⁵⁰

Sumario.- Palabras Clave. Resumen. Introducción. 1.- Marco Histórico-Conceptual. 1.1.- Teoría Institucionalista. 1.2.- Teoría Normativista. 1.3.- Concepto de Ordenamiento Jurídico. 1.4.- Distinción entre Orden Jurídico y el Sistema Normativo. 2.- Tipos de Sistemas Normativos. 2.1.1.- Sistema Normativo Estático. 2.1.2.- Sistema Normativo Dinámico. 2.2.- La Validez y la Vigencia de la Norma Jurídica. 2.3.- La eficacia de la Norma. 2.4.- La derogación de la Norma Jurídica. 3.- El Sistema Normativo como una unidad normativa y lógica. 3.1.- El carácter sincrónico del Orden Normativo. 3.2.- El carácter de diacrónico del Sistema Normativo. 3.4.- Análisis de las Antinomias en el Tiempo, a la luz de un Caso Específico. Conclusiones. Bibliografía.

Palabras Clave.- Orden Normativo, Sistema Normativo Estático y Sistema Normativo Dinámico, Validez, Vigencia Normativa.

Resumen.

El presente trabajo de investigación está centrado en la premisa de Kelsen de que el sistema normativo es un sistema dinámico, con ciertas particularidades tales como: la unidad, la coherencia, la completitud y la autosuficiencia. En este trabajo solo nos limitaremos a analizar la idea de orden normativo, como un sistema dinámico normativo con unidad normativa y unidad lógica. Abordaremos también el problema que pudieran generar las llamadas antinomias jurídicas dentro del sistema normativo. Y el análisis y justificación que hace Kelsen de estas inconsistencias dentro del sistema normativo y la forma de solucionarlas.

⁵⁰ Maestro en Derecho Económico por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

La investigación consta de tres partes. En la primera parte se alude al marco histórico-conceptual del tema, tratando lo referente a los antecedentes del concepto orden normativo; a lo referente a orden normativo y su distinción con el sistema normativo.

En la parte segunda se determina lo relativo a los tipos de sistemas normativos que existen (estáticos y dinámicos) y también a cuestiones que tienen que ver con: la validez; la vigencia y la derogación de la norma.

La tercera parte está enfocada al problema de las antinomias dentro del sistema normativo, aquí se establece el carácter sincrónico del orden normativo en contra del carácter diacrónico del sistema normativo; se analiza el carácter lógico del sistema normativo, y se presenta la solución de antinomias en base al sistema planteado por el propio Kelsen.

Introducción.

En la primer parte de este trabajo se determina el aspecto histórico conceptual del orden normativo; así como se hace una descripción de las distintas teorías que dieron origen a dicho concepto. Por último se establece el concepto jurídico de ordenamiento jurídico y se hace una distinción entre orden jurídico y sistema normativo.

En la segunda parte del trabajo se aluden los tipos de sistemas normativos así como; al carácter estático y dinámico del sistema normativo. Así mismo se hace un análisis de los problemas de validez, vigencia, eficacia y derogación de la norma jurídica, a la luz de la teoría pura del derecho de Kelsen.

Por último en la parte tercera de esta investigación se determina la importancia del sistema normativo como un sistema con unidad normativa y lógica. Analizándose el carácter sincrónico y diacrónico del sistema normativo; así como las antinomias a la luz de un caso específico.

1. Marco Histórico- Conceptual.

En este apartado se abordarán los antecedentes del orden jurídico los cuales los desprenderemos de la teoría institucionalista y de la teoría normativista. Para posteriormente referirnos a los aspectos conceptuales básicos para podernos adentrarnos posteriormente en el análisis del tema objeto de la investigación.

1.1. Teoría Institucionalista.

El desarrollo de esta teoría se centra en la escuela francesa representada por Maurice Hauriou, George Renard y la escuela italiana por Santi Romano, Cesarini Sforza.

La idea central de esta teoría se centra en el carácter plural del derecho el cual encuentra expresión en tres momentos históricos, en el pluralismo nacionalista de Savigni, el pluralismo comunitario de Gierke y en pluralismo institucional de Santi Romano.

Si bien corresponde a Hauriou el mérito de modificar la especie del género persona jurídica a una categoría utilizable de todas las ramas del derecho público. Santi Romano no se inspira en Hauriou para generar su concepto de orden institucional, sino que toma la idea de Gierke, de un orden comunitario y la sustituye por orden institucional que es más amplio, más completo y tiene una connotación más jurídica. Así sustituye la idea de del derecho como complejo de normas por la de organización; con la diferencia que mientras que para Gierke “el derecho es la convicción de la comunidad humana” fundamentada en “la razón”, para Santo Romano “el derecho es la expresión de la comunidad institucional” que encuentra expresión en “la conciencia social “de esta forma para Santi Romano el derecho no es producto de la institución sino la institución misma.

Para Antonio Tarantino una idea relevante en la teoría de Santi Romano se centra en la idea de que el derecho es organización, independientemente de lo que organiza, es decir, que distingue al derecho del hecho organizado, considerando la organización como la forma interna, como estructura de la institución, sosteniendo la equivalencia de los conceptos institución y ordenamiento jurídico, lo cual obtiene una perfecta identidad entre sociedad y derecho.⁵¹

Santi Romano en un trabajo que publicó en 1917 bajo el título “*El Ordenamiento Jurídico*”, sostenía que el derecho antes que norma es organización y orden social.

Podemos concluir que primero, la idea carácter plural del derecho tuvo su desarrollo de diversas teorías sobre que vinieron a cambiar el tradicional paradigma del derecho como género personal; segundo, que esta concepción plural del derecho se desprende la teoría institucionalista de Santi Romano que establece la idea del orden social como expresión de

⁵¹ARIAS BUSTAMANTE, Lino Rodríguez. “*El Pensamiento Institucional de Santi Romano*”,[en línea] México: UNAM ,[fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1013/13.pdf>. Pp. 129-134

orden institucional y de ahí su relación directa con la idea de orden jurídico como estructura de todo ente social.

1.2. Teoría Normativista.

La teoría normativista es complemento de la teoría institucionalista, aunque algunos autores quieran oponerlas; puesto que en la práctica esta última es complemento de la primera. La teoría normativista ha encontrado como principales exponentes a autores como Kelsen, Hart, Bentham, entre otros, que han convertido el elemento organizativo de la teoría institucionalista en elemento normativo.

En tanto Kelsen se refiere al derecho:

“Como un orden, es un sistema de normas. El derecho es un conjunto de normas. que tienen el tipo de unidad que entendemos por sistema. Es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones que unifican las distintas normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho, Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen el orden jurídico, puede ser entendida, de manera completa, la naturaleza del derecho.”⁵²

1.3. Concepto de Ordenamiento Jurídico.

En cuanto al concepto ordenamiento jurídico, lo ubicaremos en relación con algunos autores que han desarrollado y estudiado dicho concepto.

Hans Kelsen refiere al ordenamiento jurídico en tres ámbitos:

- Epistemológico: que abarca la ciencia del derecho y las categorías epistemológicas.
- El Ontológico: que determina la construcción jerárquica y piramidal de la norma
- Axiológico: que determina la dimensión valorativa del ordenamiento jurídico.

Para el objeto de nuestro análisis solo nos referimos al segundo ámbito que es el ontológico normativo en ese sentido para Kelsen, el ordenamiento jurídico sería el conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas, es decir, un sistema de reglas que posee unidad en función a un criterio de validez determinado en función a una jerarquía normativa que define la existencia de las normas en relación a la derivación de una norma fundamental a

⁵²TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Elementos para una Teoría General del Derecho. (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*”, 2ª. ed. México. Ed. Themis, 1998, p. 207.

la cual determina jerárquicamente la existencia de las demás normas en una relación de mayor a menor jerarquía con sentido a esta norma fundamental.⁵³

Para Hart, no se puede pensar que exista un ordenamiento jurídico en el que solo haya normas que imponen deberes u obligaciones (reglas primarias) sino que deben existir otras normas de carácter secundario que permitan el cambio de las reglas, la determinación de los derechos cuando las reglas son violadas y la identificación jurídica de las mismas (reglas secundarias). En relación al criterio de validez Hart comparte la idea con Kelsen de que ésta se manifiesta en una norma básica a la cual él llama: regla de reconocimiento. La regla reconocimiento es aquella que especifica alguna característica o características que han de poseer las demás normas, sobre todo las reglas primarias para ser consideradas como reglas válidas. La regla reconocimiento no está sometido a ningún criterio de validez establecido por las otras normas, sino a un hecho factico o sociológico.

Norberto Bobbio concibe el derecho como si fuera una trípode constituida por tres elementos: intersubjetividad (relación jurídica), organización social (institución) y regulación (normatividad), en donde este último adquiere el papel fundamental, Bobbio clasifica los ordenamientos en tres: ordenamientos normativos simples que están formados por normas primarias y normas de identificación o reconocimiento; ordenamientos semicomplejos que están integrados por normas primarias, de identificación y cambio, y finalmente los ordenamientos completos que corresponden al esquema completo de Hart integrado por reglas primarias y secundarias (de adjudicación, cambio y reconocimiento).⁵⁴

Como podemos ver el desarrollo del ordenamiento jurídico obedece a tres estadios históricos básicos. En primer lugar la idea de ordenamiento jurídico en Kelsen como sentido de unidad de un conjunto de normas jurídicas (sistema jurídico) que determina su existencia (validez) en función a la pertenencia a una norma base de la cual se desprenden todas las demás normas a la cual le llama norma fundamental. Ya sea como expresión de contenido normativo (sistema estático normativo) como sea el caso del ordenamiento moral donde la primera norma determina el contenido de las normas subsecuentes y en segundo lugar, de un sistema de carácter dinámico en el cual la función de la norma primaria es

⁵³ MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUAREZ, Jesús A, "*Curso de Teoría del Derecho*", España, Ed. Ariel, 1997, p.86.

⁵⁴ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "*Introducción al Estudio del Derecho*"[en línea], México, Ed. Nostra, 2009, [fecha de consulta 18 de febrero 2016] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3260>

determinada los actos de creación normativa de las normas subsecuentes (Sistema dinámico normativo). El carácter coactivo de Kelsen en el ordenamiento jurídico representa un elemento fundamental en el análisis de la teoría pura del derecho, es el que va a dar sentido al principio de eficacia jurídica, el cual se traduce en la idea de que las normas que integran el ordenamiento normativo jurídico se presentan como un conjunto de normas que impone deberes u obligaciones, que de no ser concluidas a meritan una sanción (el monopolio de la fuerza estatal).

Hart viene a complementar el concepto de ordenamiento jurídico, al establecer que el orden normativo debe ser complementado además de las normas que imponen deberes y obligaciones, a las cual él llama normas primarias (señaladas por Kelsen) por normas de reconocimiento, potestad y adjudicación a las cuales denomina normas secundarias.

Finalmente Bobbio, completa la idea de orden normativo añadiendo el concepto de normas terciarias, las normas secundarias no son las únicas normas; porque están seguidas frecuentemente por normas que denominaremos terciarias, esto es, por normas que atribuyen una sanción a la transgresión de la norma secundaria; si se respondiese que en este caso la norma jurídica es la terciaria y no ya la secundaria, se correría el riesgo de tener que remontarse cada vez más hasta llegar hacer constreñido a sostener que la única norma jurídica del sistema es la norma fundamental⁵⁵.

1.4. Distinción entre orden jurídico y el sistema normativo.

En primer término habría que establecer un deslinde entre el concepto ordenamiento jurídico y sistema normativo, si bien en el ámbito doctrinal clásico suelen confundirse ambos conceptos y utilizarse como sinónimos lo cierto es que en distinto sentido se trata de dos conceptos diferentes, aunque de alguna manera guardan relación y se complementan uno del otro.

Uno de los autores que mejor hace el deslinde entre el concepto sistema normativo y ordenamiento jurídico es Eduardo García Máynes. El autor fundamenta su concepto de sistema normativo, en las enseñanzas de Santi Romano, tal como sigue: “Si se quiere definir un orden jurídico en su integridad, no se puede tomar en cuenta solamente a sus diversas partes, o lo que como tal se considere, es decir las normas que a él pertenecen,

⁵⁵ BOBBIO, Norberto, “*Teoría General del Derecho*”, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Ed.Themis, 1987,pp.160-162.

para declarar después que aquel es el conjunto de estas; hace falta, ni más ni menos, captar la nota peculiar, la naturaleza de dicho conjunto o todo. Ello podría no ser necesario si se admitiera que un orden jurídico se reduce a la suma aritmética de varias normas del mismo modo que una ley, un reglamento, no son sino una sucesión de determinados artículos que es posible adicionar entre sí. Pero si se acepta, como es indudable, que un orden jurídico en el susodicho sentido, no es un agregado de varias partes, sean o no estas simples normas, sino una unidad por sí y una unidad, adviértase bien, no artificial u obtenida por procedimiento de abstracción, sino efectiva y concreta, al propio tiempo se debe reconocer que ese orden es algo diverso de los elementos que lo componen”⁵⁶

De análisis de lo que plantea García Máynez, se puede distinguir que, para éste autor el sistema normativo responde a la determinación de un todo normativo, el cual se encuentra establecido en una unidad total, independientemente del tipo de las normas que lo integren, y de su elemento base de distinción, lo cual lo diferencia del concepto que emplea Kelsen aludiendo indistintamente el concepto “orden jurídico” con el de “sistema normativo”, como si fueran sinónimos; es decir, conteniendo el género, que sería el sistema normativo en la especie que se manifestaría en el ordenamiento jurídico. A mayor precisión el autor Perassi en su *Introduzione a lles scienze giuridiche*, afirma “las normas que forman parte de un ordenamiento no están aisladas, sino que forman parte de un sistema, en cuanto ciertos principios actúan como vinculaciones, por lo cual las normas se mantienen en conjunto, de manera tal que constituye un bloque sistemático.”⁵⁷

La necesidad de hacer la distinción entre ordenamiento jurídico y sistema normativo obedece a la cuestión de determinar cómo ciertos aspectos de la teoría del derecho como la validez, la vigencia, la pertenencia y la permanencia de una norma jurídica pueden tener efectos diferentes si se está hablando de ordenamiento jurídico o sistema normativo, tal como lo analizaremos en el punto tres.

⁵⁶ Romano, Santi, “L’ordinamentogiurídico”, II, Edizione, Sansoni, Firenze, 1946, p. 11. Citado por García Máynez en “Introducción al Estudio de derecho” del autor Dr. Roberto Hoffmann E, México, Ed. Universidad Iberoamericana A. C. 1994, p. 108.

⁵⁷ Op. cit. 5, pág. 183.

2. Tipos De Sistemas Normativos.

Una vez que se ha hecho la distinción entre ordenamiento jurídico y sistema normativo, tendremos que avocarnos a establecer que tipos de sistemas normativos existen. Siguiendo la "Teoría Pura del Derecho" Hans Kelsen, los sistemas normativos se clasifican en; sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos

2.1.1 Sistema Normativo Estático.

Con relación al concepto sistema normativo estático Kelsen afirma; que este tiene contenido material, es decir, es una directiva de conducta que prescribe alguna conducta como debida; el proceso de derivación de las normas a partir de ella es un proceso deductivo de lo particular a lo general, un proceso de subsunción de contenidos particulares en contenidos más generales. La norma fundamental de un sistema estático es obligatoria por su validez, se supone evidente por sí misma; y el contenido de las demás normas está desde el principio, implícito en ella del mismo modo como en una inferencia lo particular está implicado en lo general. En éste sentido podemos decir que, admitía la validez de la norma fundamental, las demás normas del sistema valen por su contenido.⁵⁸

Por otro lado, Norberto Bobbio analizando a Kelsen nos señala que: “por sistema estático Kelsen entiende aquél en que las normas están relacionadas entre sí como las proposiciones de un sistema deductivo, es decir por el hecho de que unas se deducen de las otras, partiendo de una o más normas originarias de carácter general, que tienen la misma función que los postulados y axiomas de un sistema científico.”⁵⁹

De los sistemas normativos estáticos, como en el caso de la moral, las normas valen, es decir, tienen validez en razón de su contenido, es decir, porque su contenido es bueno o justo. Lo que quiere decir que siguiendo con el principio de separación entre el ser y deber ser, exige que una norma se fundamente necesariamente en otra, que una norma tendrá validez si su contenido es subsumible o deducible del contenido de la norma anterior y así sucesivamente hasta llegar a una norma primaria cuyo contenido se nos muestra como algo

⁵⁸ Op. Cit. 3, pp. 87-88.

⁵⁹ Op. cit. 5, pp. 180 y 181.

inmediatamente evidente, por ser la expresión de la voluntad de Dios, de la naturaleza o de la razón pura, según las distintas corrientes doctrinales.⁶⁰

En cuanto al sistema normativo dinámico; es aquél en que las normas que lo componen se derivan unas de las otras, mediante una delegación sucesiva de poder, o sea no por medio de su contenido sino de la autoridad que las ha creado; una autoridad inferior se deriva de una autoridad superior hasta llegar a la autoridad suprema que no tiene ninguna otra autoridad entre sí. En otras palabras se puede decir que, en éste tipo de ordenamiento normativo la vinculación entre las diferentes normas no es material sino formal.⁶¹

2.1.2. Sistema Normativo Dinámico.

En el sistema normativo dinámico el carácter formal; no establece como obligatoria ninguna conducta material, sino que más bien establece un poder de conferir facultades, de crear normas a otras autoridades, que en ese sentido son inferiores y así sucesivamente. Expresado en otros términos, la norma fundamental de un sistema normativo dinámico no determina el contenido de las demás normas del sistema, sino sólo el modo como puede quedarse: se limita a autorizar a determinados órganos o personas, a crear normas tal vez estableciendo el procedimiento para ello.⁶²

La relación dinámica entre la estructura jerárquica y la unidad de sistema se encuentra bien clara en palabras del jefe de la llamada escuela vienesa “el análisis del derecho, revela el carácter dinámico de éste sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica, determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra la última constituye la razón de validez de la primera, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación [...] la unidad de esas normas hallase constituida por el hecho de que la creación del grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación está determinada, a su vez por otra

⁶⁰ KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*”, pp. 203, 205, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, pp. 131-133, citado por Martínez, Roldan, Luis, Fernández, Suarez, Jesús, A. Op. cit., pp. 86 a 87.

⁶¹ Op. cit. 5. p. 181.

⁶² RODILLA, Miguel Ángel, “*Teoría del Derecho*”, Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2013, pp. 210 a 211.

todavía más alta. Lo que constituye la unidad de sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* que representa la suprema razón de validez de todo orden jurídico.”⁶³

Podemos deducir que la determinación de los sistemas normativos estático y dinámico, en cuanto a su creación obedece a dos elementos; uno de contenido normativo y otro de forma normativa. En el caso del sistema estático cuya expresión más acabada es la norma moral, la formación del sistema obedece a un contenido normativo, por virtud del cual, la norma fundamental define el contenido de las normas subsecuentes, las cuales sólo justifican su existencia en función de la norma fundamental que determina su contenido material. En el caso del sistema dinámico cuya expresión más acaba es la norma jurídica, el contenido de la norma fundamental no determina la creación y contenido de las normas subsecuentes, sino que dicha creación y contenido se obtiene a partir de un acto de autoridad facultado por la norma fundante, a partir del cual se crean normas subsecuentes, en donde cada una de ellas va facultando a la autoridad respectiva para crear una nueva norma en un proceso cíclico.

2.2 La validez y la vigencia de la norma jurídica

En la teoría del derecho la validez de la norma jurídica, según Kelsen, a la cual él llama vigencia de la norma, designa su existencia específica, su modo peculiar de existir implica el ser vinculante, esto es, que los destinatarios deben (deber jurídico) realizar la conducta establecida en la misma. Está referida a los ámbitos espacial temporal personal y material para el objeto de nuestro análisis solo los ocuparemos de la validez temporal de la norma. Para Hans Kelsen la validez de una norma comienza en un momento y acaba en otro.

“Toda vez que las normas jurídicas se refieren a procesos espacio-temporales, la validez de tales normas tienen un carácter espacio-temporal. Afirma que una norma vale, equivale a firmar que vale para un cierto espacio y para un cierto tiempo constituye el ámbito de la validez *Geltungsbereich* espacial y temporal de la norma”⁶⁴.

Atendiendo al ámbito temporal de validez, las normas jurídicas pueden ser de vigencia determinada o indeterminada. En el primer caso la norma jurídica establece

⁶³ KELSEN, Hans, “*Teoría General de Derecho y del Estado*”, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, pp. 146 a 112.

⁶⁴ Kelsen Hans, “*Teoría general del derecho y del estado*”, “*Teoría pura del derecho*”, citado por Tamayo Y Salmorán Rolando, op. Cit., pág. 148

expresamente la duración de su obligatoriedad. En el segundo caso la norma no indica cuando entra en vigor, solo perderá su vigencia cuando sea abrogada en forma expresa o tácita.

La validez temporal de las normas se refiere en primera instancia a su vigencia y, en segunda, en la pérdida de la misma ya sea por derogación o anulación de la norma. Estas dos cuestiones se refieren básicamente a las reglas de introducción y eliminación de las normas de un sistema jurídico a lado de las cuales existen reglas relativas a las dos formas de operatividad extraordinaria de las normas, que se refiere a al ámbito de validez de las mismas.

Como podemos ver la validez temporal de una norma obedece al tiempo del cual manifiesta su existencia el cual podrá ser determinado o indeterminado y la norma podrá de dejar de existir ya sea por los procesos: abrogación y derogación.

La validez formal de la norma jurídica equivale a vigencia. Hay vigencia cuando se dice que una norma existe. Ello ocurre cuando se cumplen los dos requisitos siguientes: 1) Haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para la creación de normas, y; 2) Cuando la normas además de haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido es dictada o aprobada por una autoridad competente⁶⁵.

2.3 La eficacia de la norma

La eficacia jurídica tiene que ver con la idea de que una norma puede o no ser obedecida y aplicada con una conducta humana que efectivamente tiene lugar en el tiempo y en el espacio. Un orden jurídico como un todo, y las normas jurídicas particulares que lo constituyen de este orden jurídico, se consideran validas si son, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. Pero la validez no debe confundirse con su eficacia. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada, la eficacia quiere decir que la ley, es, en verdad, obedecida y aplicada. La eficacia es solamente una condición de validez, no es igual a ella. Una norma jurídica puede ser válida antes de que se convierta en efectiva si un tribunal aplica una ley por primera vez, inmediatamente de que ha sido adoptada por el órgano legislativo, consecuentemente antes de que pudiera convertirse en efectiva, el

⁶⁵ Op. cit.4, p. 95-120

tribunal aplica una ley valida; y es válida porque ha sido creada de conformidad con la constitución. La ley pierde su validez, sino ha cobrado su efectividad o a dejado de ser efectiva. Al hecho de que una norma jurídica advenga efectiva, debe añadirse al hecho de que es creada por un acto, a fin de que la norma jurídica se mantenga valida. Pero así como el acto por el que se crea la norma, no es idéntico o igual a la norma ¿Qué es el significado o resultado de ese acto? La eficacia de una norma no idéntica de su validez⁶⁶.

2.4 La derogación de la norma jurídica

Las regulaciones cuyo contenido no consiste en crear nuevas obligaciones o facultades, sino en suprimir la validez de normas anteriores: es decir, derogar. Si, digamos, está vigente la norma X, que asocia una obligación fiscal a las circunstancias A, la regla derogatoria pudiera expresar que “la valides de la norma X se suprime” o que el establecimiento de las circunstancias A no tiene como consecuencia ningún deber fiscal.

En este proceso se sustituye un “deber ser” por un “no deber ser” (derogación formal). En este caso se suprime la validez de la norma anterior y no sea crea una nueva. El comportamiento regulado anterior esta ahora “libre”, es decir, no está jurídicamente regulado. Se pudiera decir también: el comportamiento esta “permitido”. En este caso como ya dijimos, la regla permisiva se presenta como una regla derogatoria. Además, ambas cosas pueden estar asociadas. Si existiera una norma coactiva que impusiera al roba la sanción de privación de libertad y se creara una norma nueva que impusiera una norma nueva para el mismo hecho ilícito aunque se suprime la norma anterior se genera no obstante, una nueva con otro contenido. Existe un conflicto de normas (derogación material). De la validez de una norma de facultamiento depende si se puede derogar formal o materialmente las normas jurídicas en un orden jurídico; por tanto, en el proceso de derogación están en juego, tres normas: la norma derogada, la norma derogatoria y la norma de derogación.⁶⁷

⁶⁶ HUERTA OCHOA, Karla, “*Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*” [en línea], México, UNAM, pp.175-185 [fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2611/10.pdf>

⁶⁷ Rudolf, Thienel Vid.: “Derogation”, en: *Untersuchungen, Zur, Reinen, rechtslehre*, II 1998, pág. 23 y ss, con referencia a la teoría de la cosa juzgada de Merkl, Vid.[en línea], México, UNAM, [fecha de consulta: 19

3. El sistema normativo como una unidad normativa y lógica.

3.1 El carácter sincrónico del orden normativo

El orden jurídico es sincrónico, pues se refiere al conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado, por lo que el orden jurídico se refiere a las normas vigentes en ese específico momento. Es una concepción de tipo vertical que puede traducirse en seguridad jurídica, ya que establece cuales son las normas vigentes en una fecha específica. Cada vez que se produzca un cambio en el sistema jurídico estaremos hablando de un nuevo orden, puesto que el conjunto de normas ha variado y, por lo tanto, corresponde a un momento distinto. Esto sirve para identificar las normas conforme a las cuales un hecho jurídico debe ser resuelto.

3.2 El carácter de diacrónico del sistema normativo

Entre los presupuestos más relevantes sobre el funcionamiento del sistema jurídico se encuentra su naturaleza dinámica el derecho es un ente en constante movimiento, cambiante, lo cual dificulta el conocimiento de las normas aplicables. Por ello resulta conveniente hacer una distinción temporal, utilizando los términos de sistema y orden jurídico. El concepto de sistema jurídico es de diacrónico, ya que las normas que lo integran poseen eficacia a través del tiempo hacia el futuro y en ocasiones incluso hacia al pasado esto posibilita en casos específicos tanto la retroactividad, como la aplicación de normas no vigentes (como son la excepciones en la aplicación de normas derogadas previstas en los artículos transitorios). Por ello es que se puede decir que al sistema pertenece además de las normas vigentes, también las que han sido derogadas.⁶⁸

Luis María Díez- Picazo considera que “en la medida en que la realidad social regulada es esencialmente de diacrónica, también el ordenamiento debe ser concebido en forma diacrónica, es donde se infiere que también las normas pretéritas o derogadas existen

de febrero de 2016. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/243/ek/ek12.pdf

⁶⁸ Ost y Van De kerchove, señalan que sin perjuicio de la utilidad de la propuesta, la ciencia jurídica aún no a determinado un uso convencional de estos términos; sin embargo, algunos autores han optado por los términos de orden u ordenamiento como genérico por responder estos aun uso más tradicional: Ost y Van De kerchove, *Le Systeme juridique entre ordre et dé sordre*, París presses universitaires de France, 1988, pp 22 y ss. [en línea] México, UNAM, [Fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: www.juridicasunam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm

en cuanto normas”.⁶⁹ Con ello se refiere al funcionamiento del sistema cuya estructura y operatividad da cabida a la ultra- actividad de las normas derogadas, cuando así se encuentre previsto en alguna disposición vigente.

Así, el concepto de sistema abarca la totalidad de las normas que se correlacionan en virtud de la unidad que integran a partir de una primera norma que contienen de los criterios de identificación de las normas (las reglas de creación y modificación de sistema). Según Alchourrón y Bulygin, “un sistema dinámico de normas no es conjunto de normas si no una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto.” Por lo que el sistema jurídico está integrado por una secuencia, en principio infinita, un conjunto de normas vigentes de cada momento y que se individualizan temporalmente por los cambios a las normas jurídicas generales producidas en el conjunto. El orden jurídico puede ser concebido como cada uno de ese conjunto, es de norma vigente en un momento específico, identificando de esta manera las disposiciones aplicables a un caso dado⁷⁰.

Así resulta que el criterio de vigencia no sirve para identificar las normas que pertenecen al sistema jurídico, sino más bien para determinar su aplicabilidad, en consecuencia, sirve para identificar las normas que forman parte de un orden jurídico, el cual a diferencia del sistema jurídico es considerado como sincrónico. El orden jurídico representa un conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado, ya que orden se refiere a las normas vigentes. Como modelo es estático, puesto que al cambiar una sola norma general ya sea por inclusión o rechazo, cambia el orden jurídico.

De modo que para saber cuál es la norma aplicable, depende de la determinación temporal del caso y del orden jurídico vigente tanto en el momento de los hechos como en el de la emisión de la resolución por parte de la autoridad competente. En ocasiones el sistema jurídico permite temporalmente y de manera excepcional la aplicación de normas que ya no están vigentes, esto es posible porque la derogación no afecta la pertenencia de

⁶⁹ Díez- Picazo, Luis María, Op. Cit, nota 3, pág. 233. [en línea] México, UNAM, [Fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: www.juridicasunam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm

⁷⁰ ALCHOURRÓN, y Bulygin, “*Sobre la existencia de las normas jurídicas*”, México, Ed. Fontamara, 1997, pág. 62, citado en Huerta Ochoa Carla, “Artículos transitorios y derogación” Boletín Mexicano de Derecho Comparado [en línea] México, UNAM, [Fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: www.juridicasunam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm

una norma al sistema, sino su vigencia, por lo que una norma derogada deja de formar parte de los órdenes jurídicos sucesivos a partir del momento de su derogación o abrogación.

3.4. Análisis de las antinomias en el tiempo, a la luz de un caso específico.

Como pudimos ver en el punto anterior según Kelsen el sistema normativo debe poseer unidad normativa y unidad lógica. Que la unidad normativa obedece a su forma de creación determinada por actos de autoridad facultados por la norma anterior en un proceso continuo indeterminado (sistema normativo dinámico). Dicho orden normativo obedece a una jerarquía normativa que va de la norma superior a las normas inferiores bajo la idea de que la norma fundamental es la que determina el orden jerárquico de las demás normas dentro del orden normativo.

Que en cuanto a la unidad lógica del sistema normativo, esta se determina por la idea de la coherencia en el sistema normativo, este es coherente por no operar el principio de contradicción lógica, por lo cual dos normas no pueden oponerse entre sí, puesto que no pueden ser calificadas como enunciados prescriptivos de verdadero o falso solo de válido o inválido, en tal sentido, no puede haber contradicción en el sistema normativo.

Kelsen afirma que si bien el sistema normativo es coherente, en un momento dado, puede presentar inconsistencias que deriven en la contradicción de dos normas dando lugar a las llamadas antinomias normativas, pero éstas no alteran el principio de unidad lógica del sistema normativo, ni el principio de coherencia normativa. Ya que dichas contradicciones no pueden hacerse descansar sobre las normas como prescripciones normativas, que solo pueden ser calificadas de válidas o inválidas, sino, sobre los enunciados normativos que describen las normas los cuales al ser enunciados asertivos si pueden ser calificados de verdaderos o falsos operando entonces sí, el principio de contradicción y la justificación de la existencia de las antinomias normativas.

Como ya explicamos en el punto anterior las antinomias normativas pueden presentarse en tres hipótesis. Para el caso de nuestro análisis nos referiremos solo a la segunda hipótesis.

En un caso de conflicto entre normas promulgadas en momentos diferentes, la regla *lex posterior derogat anteriori* da prioridad a la norma promulgada más tarde, exigiendo que se inaplique la anterior.

Cobra relevancia la jurisprudencia de carácter constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y contenido es el que sigue:

"CONFLICTO DE LEYES. ES INEXISTENTE CUANDO OPERA LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR. Cuando el conflicto de leyes se plantea entre una ley anterior y una posterior en la regulación que realizan sobre la misma materia, si ambas tienen la misma jerarquía normativa, fueron expedidas por la misma autoridad legislativa y tienen el mismo ámbito espacial de vigencia, cabe concluir que no existe conflicto entre ellas, porque aun cuando no haya disposición derogatoria, opera el principio jurídico de que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior en las disposiciones que le sean total o parcialmente incompatibles."⁷¹

Como señala Kelsen las normas jurídicas obedecen a espacios temporales de validez. Una norma vale para cierto espacio y para cierto tiempo. La norma puede expresar su ámbito de vigencia o no puede expresarlo. Cuando no indica su ámbito de vigencia perderá su vigencia cuando sea abrogada o derogada de manera expresa o en forma tácita como el caso que nos ocupa.

La citada jurisprudencia nos ejemplifica un caso material concreto en que se comprueba la idea de Kelsen de que el sistema normativo tiene unidad lógica y en dado caso de presentarse una contradicción entre dos normas (antinomias) el propio sistema encuentra la forma de corregir tales inconsistencias como en el caso antes mencionado, en que la contradicción entre normas de la misma jerarquía y que tienen en el mismo ámbito espacial de validez se resuelve bajo el principio de que determina Kelsen de que la norma posterior deroga a la anterior.

Conclusiones

El orden normativo en la teoría de Kelsen se presenta como sistema dinámico normativo en cuanto que se está creando y recreando continuamente. A diferencia de otros sistemas normativos que se crean a partir del contenido de una norma fundamental (como en caso de la moral) en la norma jurídica su creación está determinada por actos de autoridad facultada por una norma anterior para crear y dar contenido a la norma. El sistema normativo es dinámico en cuanto se crea y recrea continuamente.

⁷¹ Tesis: P./J. 32/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, Julio de 1998, Pág. 5.

El sistema normativo jurídico en la teoría de Kelsen tiene las características: normativa y lógica entre otra (plenitud y otra autosuficiencia).

En cuanto a la unidad normativa esta se da en función de que el sistema normativo es creado a partir de un elemento de unidad normativa, que Kelsen denomina la norma fundamental, a partir del cual es construido jerárquicamente el orden normativo

En cuanto a la unidad lógica del sistema normativo. Kelsen establece que obedece a que el sistema normativo es coherente en cuando que las normas como prescripciones no están sujetas al principio de contradicción lógica ya que solo pueden válidas o inválidas.

Y en dado caso si el sistema normativo presenta inconsistencias o contradicciones no es función de las normas jurídicas sino de los enunciados que las describen los cuales si pueden ser calificados de falsos y verdaderos. A estas contradicciones les llama antinomias.

Las inconsistencias del sistema normativo encuentra solución en reglas de solución de antinomias: 1) la norma superior deroga a la norma inferior; 2) la posterior deroga a la anterior; 3) la norma particular deroga a la norma general

En el caso de las antinomias en el tiempo se explican y se resuelve de la siguiente manera:

La validez temporal de la norma jurídica obedece a un tiempo determinado en que la norma tiene vigencia y puede ser aplicada. Una norma jurídica deja de tener validez temporal cuando pierde su vigencia. La norma puede perder vigencia cuando es parte de un proceso de abrogación o de derogación.

En el caso de la derogación de una ley esta puede ser expresa, si es proclamada por una autoridad facultada para derogarla; o bien puede ser derogada tácitamente. Una norma es derogada tácitamente cuando se crea otra igual de la misma materia y de la misma jerarquía por el mismo órgano competente. Por lo cual no puede haber conflicto de normas iguales vigentes. Porque bajo la máxima de Kelsen “La norma posterior siempre derogara a la norma anterior”.

Bibliografía.

- KELSEN, Hans, “*Teoría General de Derecho y del Estado*”, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988.

- ARIAS BUSTAMANTE, Lino Rodríguez. “*El Pensamiento Institucional de Santi Romano*”, [en línea] México: UNAM, [fecha de consulta: 19 de febrero 2016].
- HUERTA OCHOA, Karla, “*Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*” [en línea], México, UNAM, pp.175-185 [fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2611/10.pdf>
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Elementos para una Teoría General del Derecho. (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*”, 2ª. ed. México. Ed. Themis, 1998.
- RODILLA, Miguel Ángel, “*Teoría del Derecho*”, Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2013
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUAREZ, Jesús A, “*Curso de Teoría del Derecho*”, España, Ed. Ariel, 1997.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “*Introducción al Estudio del Derecho*” [en línea], México, Ed. Nostra, 2009, [fecha de consulta 18 de febrero 2016] Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3260>.
- BOBBIO, Norberto, “*Teoría General del Derecho*”, 3ª ed., Bogotá, Colombia, Ed. Themis, 1987, pp. 160-162.
- Romano, Santi, “L’ordinamentogiurídico”, II, Edizione, Sansoni, Firenze, 1946, p. 11. Citado por García Máynez en “Introducción al Estudio de derecho” del autor Dr. Roberto Hoffmann E, México, Ed. Universidad Iberoamericana A,C 1994.
- KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*”, pp. 203, 205, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, pp. 131-133, citado por Martínez, Roldan, Luis, Fernández, Suarez, Jesús.
- Rudolf, Thienel Vid.: “Derogation”, en: Untersuchungen, Zur, Reinen, rechtslehre, II 1998, pág. 23 y ss, con referencia a la teoría de la cosa juzgada de Merkl, Vid. [en línea], México, UNAM, [fecha de consulta: 19 de febrero de 2016. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/243/ek/ek12.pdf
- Díez- Picazo, Luis María, Op. Cit, nota 3, pág. 233. [en línea] México, UNAM, [Fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: www.juridicasunam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm

- ALCHOURRÓN, y Bulygin, *“Sobre la existencia de las normas jurídicas”*, México, Ed. Fontamara, 1997, pág. 62, citado en Huerta Ochoa Carla, “Artículos transitorios y derogación” Boletín Mexicano de Derecho Comparado [en línea] México, UNAM, [Fecha de consulta: 19 de febrero 2016] Disponible en: www.juridicasunam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm

TEMAS DE DERECHO

LA SUPRESIÓN DE LA LEGÍTIMA FORZOSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO Y SUS IMPLICACIONES PARA LA EMPRESA FAMILIAR.

*Ana María Estela Ramírez Santibañez*⁷²

Sumario.- Introducción: 1. Noción general de legítima, 2. Origen y evolución de la legítima, 3. La Cuarta Falcidia, 4. Intangibilidad de la legítima, 5. Justificación de la legítima, 6. Sistema de la legítima, 7. La Queja de Testamento Inoficioso, 8. Libre testamentifacción y testamento inoficioso en el Derecho Positivo Mexicano vigente, 9. Regulación de la legítima en el actual Derecho Civil Español, 10. Implicaciones patrimoniales para la empresa familiar ante la supresión de la legítima forzosa, Conclusiones y Bibliografía.

Palabras Clave: *Sucesión Mortis Causa. Libre Testamentifacción. Cuota Legítima. Inoficiosidad del Testamento. Empresa Familiar.*

ABSTRACT.

En el presente artículo explicaremos lo que es la legítima forzosa dentro del Derecho Sucesorio haciendo un recorrido desde sus orígenes en el Derecho Romano, analizaremos brevemente su evolución y revisaremos su regulación en el Derecho Positivo Mexicano para comprender sus alcances e importancia para finalmente hacer una vinculación entre la

⁷² Licenciada en Derecho con Mención Honorífica por la Escuela Libre de Derecho de Puebla, Maestra en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Iberoamericana Puebla, Maestra en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma del Estado de Puebla. Actualmente Académica de Tiempo Completo en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana Puebla y profesora titular de Derecho Civil (Derecho de las Obligaciones y Derecho de los Contratos Civiles), Taller de Casos y Evaluación de Proyectos Jurídicos en la licenciatura en Derecho de la misma institución. La autora es miembro activo de ANADE (Asociación Nacional de Abogados de Empresa) Sección Puebla.

legítima y las consecuencias que su derogación produce en la empresa familiar cuando el autor de la herencia decide nombrar herederos extraños al núcleo familiar.

Introducción.

En los últimos tiempos hemos conocido varios casos en los que al morir el jefe de familia y haber redactado Testamento ha dejado prácticamente en el desamparo a los hijos pequeños y a la esposa que básicamente ha dedicado su vida a las labores del hogar y al cuidado de los hijos. La situación se agrava, en tratándose de una sucesión en cuyo acervo se encuentre una empresa familiar, cuando el jefe de familia, en muchos casos fundador de dicha empresa, al redactar su testamento, sin tomar ninguna previsión para la supervivencia de la empresa, decide desheredar a toda su familia y nombrar como herederos a extraños al núcleo familiar quedando la empresa familiar en inminente riesgo al grado de tener el peligro de desaparecer. En ese sentido nos hemos venido preguntando qué tan útil sería volver a contemplar la legítima dentro del Derecho Sucesorio Mexicano.

Cabe aclarar que no nos referimos a la Sucesión *Ab Intestato*, Intestamentaria o Legítima sino a la porción de los bienes del *de cujus* que salía de su libre disposición al redactar su testamento y que tenía, por así decirlo, herederos forzosos, por ello a continuación nos daremos a la tarea de revisar los antecedentes de esta figura desde el Derecho Romano.

Cabe señalar que en este artículo nos encargaremos de explicar e hilvanar 3 temas a saber: libre testamentifacción, inoficiosidad de los testamentos y porción legítima o legítima forzosa, ello con la finalidad de brindar una mayor claridad del tema a tratar.

La relación que encontramos entre el tema tratado en este artículo y el Derecho de la Empresa radica en que, si pensamos en una empresa 100% familiar que pertenece al padre, al morir éste y al preterir u omitir a sus hijos y cónyuge en su testamento y al nombrar herederos extraños a su familia, que en nada colaboraron en el nacimiento, gestión e impulso de la industria familiar, al ser ajenos al proyecto que dio origen a dicha industria podrían acabar malbaratándola, explotándola de forma ineficiente, cambiando el giro del negocio o dilapidando el patrimonio empresarial, tirando por la borda no sólo las

inversiones realizadas sino también todos los esfuerzos, los desvelos y hasta los sueños que los miembros de la familia invirtieron al fundar la empresa.

1. Noción general de Legítima

El tema a tratar se enmarca dentro de una transmisión de bienes o sucesión mortis causa y por ello iniciaremos con la delimitación conceptual de los términos que nos serán indispensables para el análisis del tema que nos ocupa.

Legítima (Del latín *legitimus* –a, um adjetivo derivado de *lex* que califica lo que es conforme a la ley) es la porción de la herencia de que el testador no puede disponer libremente, por asignarla la ley a determinados herederos⁷³

Por legítima debe entenderse la parte de la herencia que se debe por disposición de la ley a cierta clase de herederos. La parte de bienes que comprende la legítima está asegurada sobre los de cierta persona, a sus herederos en línea directa y de ella no cabe despojarlos más que por las causas expresas establecidas en la ley⁷⁴

La mayoría de los autores coinciden en que la legítima no es otra cosa que la limitación a la libertad de testar.

La legítima es el derecho de ciertos parientes próximos –denominados legitimarios– sobre determinada porción del patrimonio del causante a cubierto frente a las disposiciones liberales de éste, sin justa causa de desheredación.⁷⁵

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA LEGÍTIMA.

En Roma la sucesión testamentaria llegó a prevalecer sobre la legítima, pero posteriormente se reaccionó contra el abuso de excluir de la herencia a los parientes cercanos⁷⁶ y esa reacción se reflejó en la reglamentación de la legítima también llamada en

⁷³ ADAME GODDARD, Jorge, “Legítima” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, p. 880

⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo V, 25ª ed., Buenos Aires Argentina, Ed. Heliasta, 1997, p. 117

⁷⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Ed. Driskill, Argentina, 1991, p. 61

⁷⁶ ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 5ª. ed. México, Porrúa, 1998, p. 28

el Derecho Comparado cuota legítima, porción legítima, legítima forzosa o reserva hereditaria⁷⁷.

Cabe indicar que a los titulares de la reserva hereditaria también se les denominó herederos reservatarios y en caso de no existir éstos, entonces todos los bienes eran disponibles libremente. Como vemos, esta es una solución intermedia, entre el derecho individual para disponer y el derecho familiar para proteger.⁷⁸

Las leyes antiguas que la establecieron, consideraban como legítima a la porción de los bienes que dejaba una persona al morir y de los cuales no se podía disponer libremente por pertenecer, según la ley, a sus herederos legítimos.⁷⁹

Benito Gutiérrez Fernández en sus códigos fundamentales, trae la historia de esta institución desde la Ley de las Doce Tablas hasta las leyes españolas: “Por el antiguo Derecho dice, no se conocieron las legítimas: la Ley de las Doce Tablas sancionaba con tanta concisión como energía, la facultad de los padres de familia para disponer como quisieran de sus bienes”.⁸⁰

Podrá ofrecer dudas el origen, pero no la razón de esta ley: pues según observa Paulo, no era extraño que pudiera desheredar a sus hijos el padre que tenía sobre ellos el derecho de vida y muerte... El cambio de costumbres trajo consigo el cambio de las leyes; el jurisconsulto Pomponio habla de esa facultad como de cosa que el tiempo había pasado a la historia.⁸¹

No era permitido a los jurisconsultos hacer nuevas leyes, ni anular las antiguas; pero al ver que algunos padres abusaban de aquella ley, cuyo espíritu no pudo ser nunca el que desheredaran injustamente a sus hijos, trataron de inventar un recurso para favorecer a los desheredados; y como los furiosos estaban incapacitados por el derecho para disponer de sus bienes, fingieron piadosamente que, no daba muestras de estar en su sano juicio, el que sin causa ni motivo, atropellaba los derechos que tenía por naturaleza: Tal fue el origen de

⁷⁷ Es el Derecho Francés quien denomina a la legítima como *reserva hereditaria* en contraposición con la parte de la que puede disponer libremente el testador a la que se le llama cuota disponible. Vid. ARCE Y CERVANTES, José, *op. cit.* p. 29

⁷⁸ Cfr. *ibidem*.

⁷⁹ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 17ª. ed., México, Porrúa, 1986, p. 533

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

la *queja de inoficioso testamento* usada ya en tiempos de Cicerón, aunque hasta entonces, no había sido revocada la Ley de las Doce Tablas.⁸²

Faltaba declarar para complemento de este remedio, que el hijo tenía un derecho perfecto a la herencia y esto no tardó mucho en suceder: la ley y la jurisprudencia se encargaron de establecerlo. Las desmedidas liberalidades de los testadores produjeron la introducción de la CUARTA FALCIDIA, a cuyo ejemplo parece haberse introducido la LEGÍTIMA, pues hay leyes en el Digesto, señaladamente la 8ª del título de inoficioso testamento que hablan de la CUARTA como LEGÍTIMA DE LOS HIJOS. La legítima no sufrió por largo tiempo ninguna alteración, porque lo principal se había logrado con declarar un derecho del hijo a expensas de una leve disminución de las facultades del padre; pero por poco que la ciencia adelantase había de demostrar que la igualdad de este tipo era desigualdad y por consiguiente injusticia. Justiniano lo comprendió así y completó el sistema regulando su importe por la Novela 18, según el respectivo número de hijos, a saber:⁸³

La tercera parte de los bienes del padre si había:	4 o menos hijos
La mitad de los bienes del padre si había	5 o más hijos

El Derecho Canónico asume el sistema de cuota legítima y abunda sobre el tema. Define quiénes son los herederos forzosos o sea los parientes que tienen derecho a una cuota legítima y que no pueden ser desheredados, sino por una causa justificada. Fijó la cuota legítima de los descendientes en las 4/5 (cuatro quintas partes) del total de la masa hereditaria líquida (V. Decretales 3, 26, 241-243)⁸⁴

Las leyes españolas reprodujeron en lo principal el sistema de la Legítima (...) de este modo se establecieron las distintas legítimas de las que trata la doctrina, como son la de los ascendientes, de los ascendientes y de los colaterales.⁸⁵

⁸² PALLARES, Eduardo, *op. cit.* p. 533.

⁸³ *Ibidem*. NOTA: los esquemas son de elaboración propia con información tomada de la fuente consultada.

⁸⁴ ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.* p. 881. NOTA: Las mayúsculas y los número en fracciones numéricas son nuestros

⁸⁵ *Ibidem*.

En México la institución romana de la cuota legítima se recibió a través de las leyes castellanas, las cuales habían sufrido en este punto influjos del derecho canónico principalmente.⁸⁶

El Código Civil de 1870 continuó el sistema de cuota hereditaria legítima definido por el Derecho Castellano con algunas variantes, la cuota de los hijos legítimos sigue siendo de 4/5 (cuatro quintas partes) de la herencia líquida (...) para el padre y la madre la cuota es de 2/3 (dos terceras partes) o de la 1/2 (la mitad) si son padres naturales.⁸⁷

Si el testador no respeta las cuotas legítimas, el testamento se declara inoficioso y se reducen las disposiciones hasta el límite necesario para no afectar la cuota legítima.⁸⁸

En el Código Civil de 1884, por efecto del liberalismo económico se terminó con el régimen de herencia forzosa o de cuota legítima y se establece el Principio de libertad en la confección del Testamento.⁸⁹

3. LA CUARTA FALCIDIANA

Como mencionamos en párrafos anteriores, en la antigua Roma las personas tenían plena y absoluta libertad para testar, lo que significa que podían instituir como heredero a quien quisiesen, sin dejarle por ello un solo céntimo (...) repartiendo todo su patrimonio en legados, tal y como lo atestigua Gayo en sus Instituta e incluso en el *Corpus Iuris Civilis* que dice que en las XII Tablas no se ponía ninguna clase de trabas al testador, que podía distribuir en legados su patrimonio completo.⁹⁰

La situación antes descrita provocó que a fines de la República fuera costumbre otorgar legados tanto en favor de personas pertenecientes a la familia como a extraños, lo que suscitó que se pusiese en peligro el patrimonio familiar por una parte, aunque lo que comenzó a suceder fue que el heredero encontraba muy poco ventajoso aceptar una sucesión agotada con este tipo de liberalidades, y por ello la repudiaba para que entonces fuese repartida a través de la vía intestamentaria y, como los herederos eran por lo general

⁸⁶ *Idem.* p. 881

⁸⁷ *Cfr. Ibidem* NOTA. Los números fraccionarios son nuestros

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, 2ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 2007, p. 655

parientes con derecho a este tipo de sucesión, recibían más bienes que los que hubiesen percibido con el testamento, lo que tampoco era admisible al violentarse la voluntad del testador. La legislación de la época republicana trató de remediar dicha situación que perjudicaba a ambas partes, creando para ello una serie de leyes, siendo una de ellas la *Lex Falcidia*, plebiscito votado en el año 40 A.C. que prohibía al testador legar más de tres cuartas partes de la herencia, debiendo conservar para el heredero, cuando menos la cuarta parte restante. A dicha porción que correspondía al heredero se le denomina *Quarta Falcidiana*.⁹¹ (p. 656) Esta ley, es decir, la *Lex Falcidia* es de orden público, toda vez que están implicados en ella varios intereses, como lo son el del testador, que no vería así cumplida su última voluntad por lo que debía procurar no morir intestado; el interés del heredero, quien podrá recibir una parte de la herencia y su papel no será el de simple ejecutor testamentario; y también está el interés de los legatarios, que no recibirán las liberalidades que les estaban destinadas si el heredero repudiase la sucesión.⁹²

Todos los herederos testamentarios tenían derecho a la *Quarta Falcidiana*, por lo que en caso de haberse instituido a varios, cada uno tenía derecho a retener la cuarta parte que le correspondía. Por ejemplo, si son nombrados herederos cuatro personas, la herencia se divide en cuatro y cada heredero tiene derecho a la *Quarta Falcidiana* de esa cuarta parte que le correspondió por herencia. Sin embargo, si tres de los herederos fallecen y sus derechos van a acrecentar el restante, no se suman las cuartas de todos, sino que únicamente se le entrega la cuarta parte del total del patrimonio, como lo estableció Antonio Pío.⁹³

Para computar la *Quarta Falcidiana* se toma como base el estado del patrimonio del *De cuius* en el momento en que éste muere, sin que interesen los aumentos o disminuciones posteriores, aunque sí se deben reducir las deudas, el valor de los esclavos manumitidos, los gastos funerarios y los que se ocasionan por la liquidación de la herencia, la insinuación del testamento y el inventario. Una vez que se ha saneado así el patrimonio hereditario se procede a su valuación, para que una vez hecha la comprobación de lo que vale el activo neto, se proceda a la separación de la cuarta parte que corresponde al

⁹¹ HUBER OLEA, Francisco José, *op. cit.* p. 656

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*

heredero por ley.⁹⁴ Había casos en los que no era aplicable la *Quarta Falcidiana*, como en el caso de un testamento militar. Además el heredero era libre, después de haber realizado la *Aditio*, de observar a pie juntillas, la voluntad del difunto y comprometerse así a ejecutar todos los legados.⁹⁵

Bajo Justiniano se añaden dos casos más a los que es inaplicable esta ley:⁹⁶

- a) Cuando ha sido negligente el heredero en hacer el inventario, la *Aditio* le atrae la obligación de pagar todos los legados.
- b) Cuando el testador ha separado por una disposición expresa, la aplicación de la *Lex Falcidia* (esto se observa en las *Novellae* 1. c. 2,2, del año 539 d.C.)

Cabe resaltar que esta reforma cambia la característica de la ley, pues desde esta fecha deja de ser obligatoria y se convierte en una simple presunción de la voluntad del testador, que cede a la intención contraria que fuese expresada formalmente.⁹⁷

Como ya dejamos indicado, la legítima tanto en su carácter principal como en sus especies, como modelo legislativo más generalizado en Hispanoamérica, sigue el régimen de España.⁹⁸

4. INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

La legítima es intangible porque el testador no puede privar de ella a los herederos necesarios, sino en los casos previstos en la ley como justa desheredación. Tampoco posee eficacia el silencio, la omisión testamentaria de los legitimarios o su preterición. En tal caso, la institución es nula aunque valgan las mandas o legados.⁹⁹ Cabe también recalcar que la legítima no puede ser gravada ni cabe someterla a condición ni sujetarla a sustitución.¹⁰⁰

5. JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA

Los que justifican la legítima dan varios elementos de apoyo para ello, a saber:¹⁰¹

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ HUBER OLEA, Francisco José, *op. cit.* p. 656

⁹⁶ *Idem.* p. 657

⁹⁷ *Cfr. idem.* p. 657

⁹⁸ CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.* p. 117

⁹⁹ *Cfr.* CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.* p. 117

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Cfr. ibidem*

A. DEBER DE PATERNIDAD. La legítima está basada en el deber de la paternidad, debido a la propia obligación que la naturaleza impone a los padres respecto a los hijos para ayudarlos a sobrevivir dejándoles medios suficientes, aunque la legítima, empero, no se establece sólo para los descendientes, sino también para el cónyuge superviviente y los ascendientes.

B. FIDEICOMISO TÁCITO DE FAMILIA. Por el cual se supone que el padre ha heredado los bienes de sus ascendientes y está obligado por tanto a transmitirlos a sus descendientes.

C. COPROPIEDAD FAMILIAR. Por la cual se estima que el padre forma parte de una familia y es ésta la que integra, en esfuerzos mancomunados, el patrimonio familiar.

Por tanto, la relación de familia y naturaleza más otras razones adicionales viene a confirmar la necesidad de mantener la legítima.¹⁰²

Argumentos a favor de la legítima

En relación con la legítima se han alegado aspectos a su favor y por ello a continuación los daremos a conocer, mismos que se pueden clasificar en 3 rubros principales considerando distintos aspectos:

ASPECTO MORAL → El lazo de sangre existente entre personas de estrecho parentesco hace nacer obligaciones, sancionadas por la ley, de tipo patrimonial, con el objeto de proteger la familia, tales como prestarse ayuda recíproca. Si ellas existen en vida con la prestación de alimentos ¿Por qué dejarlas de cumplir al fallecer, si el patrimonio del causante se mantiene intacto? (...) es un deber natural cumplir con la legítima, sea por piedad filial o por afecto parental.¹⁰³

ASPECTO SOCIAL → Toma en cuenta que la familia es el elemento primordial de la sociedad y que la agrupación de ellas forma la nación. Entonces es imprescindible mantenerla y garantizar su prosperidad y para ello una de las instituciones más eficaces es la legítima que asegura la buena organización de la familia y su estabilidad. También se estima el argumento de la participación de la familia en la formación del patrimonio, pues

¹⁰² *Idem.* p. 117

¹⁰³ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Ed. Driskill, Argentina, 1991, pp. 63-64

ocurre muy a menudo que los bienes de una familia se han conseguido gracias al esfuerzo de todos sus integrantes y no al de uno solo; en consecuencia sería injusto que éste despojara a aquellos de todos sus derechos.¹⁰⁴ Es importante resaltar esta parte, en relación con la empresa familiar.

ASPECTO POLÍTICO → Parte de la base de que una justa distribución de la riqueza influye en forma extraordinaria en la organización política de una nación. Esta igualdad que crea la legítima está de acuerdo con los principios de la democracia y se conforma con las instituciones republicanas en mucho mayor grado que la libertad de testar, pues ésta facilita las distribuciones arbitrarias.¹⁰⁵

6. SISTEMA DE LA LEGÍTIMA

El sistema de legítima puede dividirse en 2 grandes grupos, los cuales se subdividen a su vez en otros grupos específicos como detallamos a continuación:¹⁰⁶

A. Reserva de toda la herencia

- **Con distribución forzosa** → no existe actualmente
- **Con distribución libre** → Fue el caso del Código Civil de la URSS donde no podían ser herederos otras personas que los descendientes directos y el cónyuge superviviente y con más aquellas personas inútiles para el trabajo y faltas de recursos a quienes viniera manteniendo el causante desde un año antes de su muerte (Art. 418)

B. Reserva de una parte de la herencia

- **Con distribución forzosa**
 - ❖ Con cuotas variables de legítima según el número de personas. Ejemplo el Nuevo Código Italiano (Art. 537) preveía:

½ del acervo	Si deja un hijo
2/3 del acervo	Si hay más de un hijo
 - ❖ Con cuota única invariable. Aquí cabían 3 posibilidades:

A)	Cuota legitimaria superior a la mitad de los bienes
B)	Cuota legitimaria de la mitad de los bienes
C)	Cuota legitimaria inferior a la mitad de los bienes
- **Con facultad de distribución libre.** Aquí se contemplaba el Derecho Aragonés y el Derecho Vizcaíno
- **Con porción de distribución forzosa y otra de distribución libre** (sistema de mejoras) Aquí se coloca a España, Chile, Colombia y Guatemala.

7. LA QUEJA DE TESTAMENTO INOFICIOSO¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ *Cfr. ibidem*

¹⁰⁶ *Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Ed. Driskill, Argentina, 1991, p. 73. El esquema es de elaboración propia y la información fue tomada y completada de un cuadro sinóptico contenido en la fuente consultada.

El *Ius Civile* y el *Ius Honorarium* siempre trataron de refrenar la total y completa libertad de testar que tenían los Paterfamilias al imponerles una serie de limitantes que afectaban al propio testamento, pues se estableció que una disposición de última voluntad no había cumplido con las formalidades que debía cubrir cuando a un Heredes Sui (el que se convierte en Sui Iuris por la muerte del testador) no lo menciona en absoluto, sea para instituirlo como heredero o para desheredarlo, es decir, cuando lo “olvida” simplemente y es para evitar a estos preteridos, que los dos derechos crean una serie de normas.¹⁰⁸

Así encontramos que el Tribunal de los *Centumviri* estableció que todos aquellos descendientes que recibieran por testamento menos de la cuarta parte de lo que se les hubiese asignado por Vía Legítima, podían pedir la nulidad de dicha disposición a través de la *querela inofficiosi testamenti*. Es precisamente a dicha cuarta parte de lo que el *Heredes Sui* hubiese obtenido por vía intestamentaria a lo que se denomina como *Portio Legítima*.¹⁰⁹

Características de la Queja de Testamento Inoficioso

Dicha querrela o queja ha de iniciarse en un plazo de 5 años, a contar de la aceptación de la herencia, debiendo demostrar el actor que el testador obró de una manera maliciosa. Dicha acción es personalísima, por lo que no es transmisible por herencia (salvo que el juicio ya se haya iniciado y se haya llegado a la *Litis contestatio*). Esta acción acarrea la infamia para el testador en caso de ser declarada procedente, por lo que únicamente es posible ejercerla cuando ya no se tiene ningún otro recurso para obtener la *Portio Legítima*; pero en caso de resultar infundado el proceso, se le priva de todas las liberalidades que le fueron asignadas en el testamento.¹¹⁰

Para que la *querela inofficiosi testamenti* no quedase en un mero ejercicio sin sentido, pues aun cuando se declarase procedente existía la posibilidad de que ya no hubiere bienes en el patrimonio del testador con que completar la *Portio Legítima*, también se crearon la *querela donationis* y la *querela inofficiosi dotis*, que tienen por objeto anular las donaciones y constituciones de dote que perjudicasen sus derechos, para que fueran

¹⁰⁷ A esta figura se le conoció en el Derecho Romano como *Querela inofficiosi testamenti*.

¹⁰⁸ HUBER OLEA, Francisco José, *op. cit.*, p. 663

¹⁰⁹ *Idem*. p. 663. NOTA: Las negritas son nuestras

¹¹⁰ *Idem*. pp. 663-664

devueltos a la masa de la sucesión los bienes suficientes para completar su *Portio Legitima*.¹¹¹

A continuación analizaremos una de las medidas que fueron tomadas para evitar que el *De cuius* desheredara por completo a quienes merecían su mayor protección, nos referimos a las medidas tendientes a declarar inoficioso un testamento.¹¹²

En Roma recibía el nombre de “inoficioso” todo acto contrario al deber derivado de la sangre o el afecto entre personas, o bien, el reconocimiento a la relación de afecto entre las personas, que los romanos denominaban *officium*. De tal suerte, el testamento inoficioso era aquel que afectaba sólo los deberes impuestos por la moral, el sentimiento o la naturaleza. Así pues se consideraba que un *Paterfamilias*, al desheredar o al omitir sin justa causa a sus descendientes, no obraba con lucidez o plenitud de facultades, con lo cual creaba a favor de los afectados la acción o la queja de inoficioso testamento, en virtud de la cual los hijos o los descendientes podían acudir ante los tribunales y reclamar la herencia en contra de los herederos instituidos, para que se invalidara el testamento que los omitió o aquel en que se les desheredó.¹¹³

En consecuencia, tenían derecho a ejercitar la acción de inoficioso testamento o la queja citada aquellas personas con derecho a concurrir a la sucesión, que podría ser *ab intestato* (por la muerte del testador sin hacer testamento) pero no indistintamente, sino primero los descendientes sometidos a su potestad y, a falta de ellos, los hermanos y las hermanas del testador; sin embargo, en un principio, este derecho sólo lo tenían los hermanos y las hermanas agnadas y en la época de Justiniano se otorgó a los consanguíneos que no eran agnados para terminar más adelante incluyendo a todos los parientes paternos y maternos.¹¹⁴

La acción de inoficioso testamento se concedía contra todo heredero instituido que fuera pariente en línea recta, acción que constituía un recurso extraordinario, es decir, al que se recurría sólo a falta de otro.¹¹⁵

¹¹¹ *Idem*. p. 664

¹¹² *Ibidem*

¹¹³ Cfr. MORALES, José Ignacio, *Derecho Romano*, México, Trillas, 1989 (reimp. 2013) p. 261

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

La temeridad o el intento de interponer la queja o la acción de inoficioso testamento en forma indebida, audaz y sin razón, traía como consecuencia la pérdida de todo cuanto había dejado el testador.¹¹⁶

Recordemos que en el derecho civil romano, se reconocían tres clases de herederos instituidos a saber: herederos necesarios, herederos suyos necesarios y herederos extraños.¹¹⁷

8. LA LIBRE TESTAMENTIFACCIÓN Y LA INOFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO VIGENTE

El Principio de libre testamentifacción se estableció en México en el Código Civil de 1884 eliminando de este modo a la porción legítima de los ordenamientos jurídicos mexicanos.

Cabe indicar que la libre testamentifacción no da al testador una libertad irrestricta para disponer de sus bienes, sino que más bien le obliga a cumplir con sus obligaciones alimentarias aún *post-mortem*, ya que en caso de que el testador no dejara alimentos a las personas con quienes estaba obligado, su testamento puede declararse inoficioso a fin de cubrir las obligaciones alimentarias que fueron omitidas.

En este orden de ideas, la libre testamentifacción consiste en la facultad que tiene el testador de disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando no omita cubrir sus obligaciones alimentarias hacia las personas con quienes está obligado.

Libre testamentifacción

Al respecto conviene revisar el artículo 3107 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla que dispone que toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado, pero el testador debe dejar alimentos a ciertas personas que el propio ordenamiento indica.¹¹⁸

¹¹⁶ Cfr. *Ibidem*

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*

¹¹⁸ Los casos específicos señalados por el Código Civil de Puebla son: I. Descendientes menores de 18 años; II. Descendientes que estén imposibilitados para trabajar cuando fueren mayores de 18 años; III. A los mayores que se encuentren en el supuesto previsto por el Artículo 499; IV: Al cónyuge supérstite varón que esté impedido para trabajar; V. Al Cónyuge supérstite mujer mientras no contraiga matrimonio y viva honestamente; VI. A la persona con quien el autor de la herencia haya vivido en la situación prevista por el artículo 297 de este Código, que se encuentre respectivamente, en cualquiera de los casos a que se refieren las dos fracciones anteriores. Ver los artículos 3107 a 3113 Código Civil Puebla

Inoficiosidad del testamento

En el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en el numeral 3111 se indica que es inoficioso el testamento en el que no se deja la pensión alimenticia.

9. REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO ESPAÑOL ACTUAL

El Derecho Español conserva la legítima y en su Código Civil en el artículo 806 la define como aquella porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.

Según el artículo 807 son herederos forzosos:¹¹⁹

1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

Como podemos apreciar al considerar a ciertos herederos como forzosos podemos inferir que aquellos que no caben en esta categoría serían los herederos libres, de libre disposición o no forzosos, aunque no se hace explícita referencia a ellos en el ordenamiento civil que se analiza.

El Código Civil Español distingue entre:

- a) Legítima de hijos y descendientes y
- b) Legítima de padres y ascendientes

El contenido de ambos tipos de legítima se regula del siguiente modo:¹²⁰

LEGÍTIMA DE HIJOS Y DESCENDIENTES (Art. 808)	2/3 partes del haber hereditario del padre y la madre	1/3 restante es de libre disposición
LEGÍTIMA DE PADRES Y	½ del haber hereditario de	La legítima reservada a los

¹¹⁹ Cabe mencionar que al titular de la legítima, además de denominársele **heredero forzoso** también se le llama **legitimario** y el Derecho Francés se refiere a esta persona como **heredero reservatario**. Vid. ARCE Y CERVANTES, José, *op. cit.* p. 29.

¹²⁰ El diagrama es de elaboración propia con información tomada del Código Civil Español consultable en: http://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria&modo=1 [Fecha de consulta: 3 de Junio de 2016]

ASCENDIENTES (Art. 809 y 810)	hijos y descendientes. Salvo que concurrieran con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de 1/3 parte de la herencia	padres se dividirá entre los 2 por partes iguales, si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente.
---	---	--

Fijación del contenido de la legítima

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables. (Art. 818)

Reglas aplicables a la legítima

El testador:

- No podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.
- No podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie¹²¹
- En el caso de incurrir en la preterición de un heredero forzoso, ello no perjudica la legítima. (Art. 814)

En el caso de preterición a que nos hemos referido en el párrafo anterior, se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:¹²²

1º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

¹²¹ salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Vid. Art. 813 del Código Civil Español. Recordemos que el Artículo 808 del mismo ordenamiento, en su parte relativa, dispone: Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

¹²² Consúltese Art. 814 Código Civil Español

2º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

Es conveniente detenernos en la última parte de este artículo, pues como vemos, tiene tal fuerza la legítima que no es sino hasta que se ha cumplido con ella, que producirá efectos la auténtica voluntad del *de cuius* contenida en el testamento.

El complemento de la legítima

El Código Civil Español otorga una protección a los herederos forzosos en caso de no recibir su porción legítima de forma completa y por tanto, el heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma. (Art. 815)

Restricciones sobre la legítima futura

La legítima futura no es renunciable ni podrá ser transigible y en caso de renunciarse o someterla a transacción, cualquier operación de las anteriores que se realice será nula.

Como podemos apreciar en el Artículo 816 del ordenamiento civil español: Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.

Reducción de disposiciones testamentarias para dar cumplimiento a la legítima

El Artículo 817 del ordenamiento civil español señala que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.

Regulación de los casos en que concurren donaciones y legítima.

No debemos perder de vista que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables según dispone la última parte del Art. 818.

El Artículo 819 del Código Civil Español, en relación con las donaciones establece lo siguiente:

- Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.
- Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.
- Las donaciones en cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán

En relación a la reducción de las donaciones es aplicable lo dispuesto por el Artículo 820 de la legislación civil en análisis, a saber:

Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Necesidad de reducción de legados que recaigan sobre bienes inmuebles indivisibles

Corresponde ahora referirnos al Artículo 821 del Código Civil Español que estipula que: Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.

El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.

Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados.

Donación o legado de un derecho de habitación a favor de un legitimario discapacitado

Como podemos ver el Artículo 822 del Código Civil en comentario dispone que, la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.

10. IMPLICACIONES PATRIMONIALES PARA LA EMPRESA FAMILIAR ANTE LA SUPRESIÓN DE LA LEGÍTIMA FORZOSA

Después de haber tratado con cierta amplitud el tema de la legítima forzosa llegó el momento de referirnos a los riesgos a que se expone la empresa familiar por haber suprimido la cuota legítima en el Derecho Positivo Mexicano, ya que en cierta medida, constituía una especie de garantía de hecho para que la empresa familiar no pasara a manos extrañas.

Definición de empresa familiar

Antes de entrar al estudio de la empresa familiar definiremos empresa como la unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.¹²³

En economía, la empresa es el agente económico o unidad autónoma de control –y decisión- que al utilizar insumos o factores productivos los transforma en bienes o servicios o en otros insumos.¹²⁴

La empresa familiar es aquella que pertenece, es gestionada y controlada por una familia. Generalmente la empresa familiar es producto de la realización de un sueño del(os) fundador (es) y va creciendo conforme las oportunidades del mercado se van dando.¹²⁵

Las empresas familiares que han subsistido a lo largo de las generaciones son aquellas que han sabido fortalecer los pilares originales (principios) sobre los cuales se crearon: visión, misión, valores, liderazgo, cohesión, comunicación, filosofía de vida y empresa y orgullo familiar. Y es precisamente esto, lo que hay que preservar a pesar de la problemática existente a través del paso de las diferentes generaciones.¹²⁶

Entre algunas de las ventajas de la empresa familiar se encuentran:¹²⁷

- Control de operación
- Orgullo familiar
- Continuidad de apellido
- Liderazgo del patriarca
- Continuidad del caudal de bienes familiares o troncales

¹²³ Información visible en: <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]

¹²⁴ Información visible en: <http://www.eco-finanzas.com/diccionario/E/EMPRESA.htm> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]

¹²⁵ Información visible en: <http://www.consultoresoc.com.mx/empresas-familiares> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ *Cfr. ibidem*

La sucesión y los planes de contingencia de la empresa familiar

No cabe duda que uno de los puntos más álgidos de la relación padres-hijos es la sucesión. Existe una resistencia natural del padre a dejar su puesto (...) La Sucesión debe ser un proceso planeado, ordenado, definido e implementado de común acuerdo entre padres e hijos, mientras el primero esté con vida. La sucesión suele ser un proceso difícil, desordenado y complicado cuando el padre fallece y no hay una decisión definida. Por ello los planes de contingencia deben elaborarse cuando la sucesión no se ha completado. Este tipo de planes tienden a preservar la tranquilidad en la empresa y la familia y buscar a través de un consenso, la continuidad en la marcha del negocio.¹²⁸

El futuro de la empresa familiar

Los directores en las empresas familiares no solamente deben ver el corto plazo, deben pensar y planear el mediano y largo plazo. Cuando se piensa en estos términos se están fijando las bases para la subsistencia, crecimiento y desarrollo de la empresa. Para lograr esto, es importante la planificación del patrimonio familiar, mantener la propiedad de la empresa en manos de la familia y continuar el legado del fundador. Una empresa familiar institucionalizada, profesional y que conserva los valores originales de su creación es una empresa con vista hacia el futuro.¹²⁹

Conclusiones:

1. En Roma La Ley de las XII Tablas no imponía restricción alguna a los testadores para la disposición de sus bienes por vía testamentaria.
2. El antecedente de la legítima en los países de la Familia Romano Germánica es la *Quarta Falcidia*, también llamada *Quarta Falcidiana* del Derecho Romano, llamada así porque debía comprender una cuarta parte del acervo hereditario del *de cuius*.

¹²⁸ Información visible en: <http://www.consultoresoc.com.mx/empresas-familiares> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]

¹²⁹ Cfr. ibídem

3. La razón que encontramos para la regulación de la Cuarta Falcidia es la arbitrariedad de algunos paterfamilias que, aprovechándose de la libertad para testar, dejaban en total desamparo a sus legítimos herederos.
4. Posteriormente la legítima pasó al Derecho Español y fue así como se alojó, durante algún tiempo, en el Derecho Positivo Mexicano de donde ahora ha desaparecido.
5. La institución de la legítima es contraria al Principio de libre testamentifacción, que estableció en México el Código Civil de 1884.
6. Una limitación, en cierto modo, análoga a la porción legítima, pero de ningún modo equivalente, sería la relativa a la obligación del testador, que se encuentre en el supuesto necesario, de dejar alimentos a sus acreedores alimentarios que a la vez sean sus herederos legítimos, pues de lo contrario, podría declararse inoficioso el testamento.
7. Debemos distinguir claramente entre la Sucesión legítima que es la contraria a la testamentaria y donde los Códigos Civiles prevén un listado de prelación para que puedan suceder las personas a quienes la ley presume, que el *de cujus* hubiera querido nombrar herederos, de haber elaborado testamento, y la legítima como porción del acervo hereditario que queda reservada por ley, en los ordenamientos que aún la contemplan, para los herederos forzosos.
8. Tras el análisis realizado hemos hecho una reflexión y ello nos ha llevado a proponer reinsertar o volver a incluir a la legítima en el Derecho Positivo Mexicano pues estamos convencidos que la legítima, lejos de ser una limitante para la libre disposición de los bienes del testador, inyecta equidad a la transmisión de bienes *mortis causa* tomando en cuenta no sólo la piedad filial y parental sino el afecto conyugal, sobre todo a favor de la supérstite, que no tiene bienes propios y que se ha dedicado a las labores del hogar, y de los menores hijos del autor de la herencia, sin dejar de considerar a los ascendientes del autor de la herencia que carecen de bienes.
9. Nosotros proponemos una legítima diferenciada, es decir de $\frac{2}{4}$ (dos cuartas partes) del acervo hereditario divisible entre la o el supérstite y los(as) hijos(as) en general y una legítima de $\frac{3}{4}$ (tres cuartas partes) de la masa hereditaria para el caso en que el acervo hereditario contenga una empresa familiar de la que el *de cujus* haya sido fundador o en la que el mismo tenga una participación económica importante. Con

esta propuesta evitamos que, por caer en manos de extraños del todo ajenos a la industria familiar, ésta corra peligro de que sus activos se dilapiden o en el peor de los casos, que la empresa que se fundó enfocada a nobles propósitos y cuya constitución estuvo precedida de sacrificios y desvelos, pueda desaparecer repentinamente acabando así, no sólo con el *modus vivendi* de una estirpe familiar sino con sus sueños de prosperidad generando con ello inseguridad jurídica y desamparo económico.

10. Son evidentes los riesgos a los que se expone una empresa familiar por haberse suprimido la cuota legítima en el Derecho Positivo Mexicano, ya que a nuestro juicio, la legítima forzosa constituía en cierta medida una especie de *garantía de hecho* para que este tipo de empresas no pasara a manos extrañas, en los supuestos en que el *de cuius*, muchas veces fundador de la industria familiar, y sin la reflexión necesaria decidiera desheredar a los miembros del núcleo familiar y nombrar herederos extraños sin prever el futuro de dicha empresa causando graves inconvenientes, no sólo a los preteridos sino a la economía local, regional o nacional, dependiendo del tamaño y alcances de la industria afectada.
11. Como puede inferirse de lo estudiado, nos encontramos con la colisión frontal de dos derechos: el derecho individual del *de cuius* de disponer de sus bienes para después de su muerte y el derecho familiar que lo que busca es proteger a la célula básica de la sociedad, cuando sus miembros han sido preteridos en el testamento del autor de la herencia ya que en el supuesto de incluirse en el acervo hereditario una industria familiar, esa preterición afecta, no sólo el patrimonio familiar sino también el patrimonio empresarial que, seguramente fue conseguido con arduo trabajo, sublimes sacrificios y ayuno de gozos.

Bibliografía

- ADAME GODDARD, Jorge, “Legítima” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.
- ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 5ª. ed. México, Porrúa, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo V, 25ª ed., Buenos Aires Argentina, Ed. Heliasta, 1997

- HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano*, 2ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 2007.
- MORALES, José Ignacio, *Derecho Romano*, México, Trillas, 1989 (reimp. 2013).
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 17ª. ed., México, Porrúa, 1986.

Legislación

- Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla
- Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)
- Código Civil Español

Fuentes Electrónicas:

- http://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria&modo=1 [Fecha de consulta: 3 de Junio de 2016]
- <http://dle.rae.es/?id=EsuT8Fg> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]
- <http://www.consultoresoc.com.mx/empresas-familiares> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]
- <http://www.eco-finanzas.com/diccionario/E/EMPRESA.htm> [fecha de consulta: 7 de Junio de 2016]

HOSTIGAMIENTO LABORAL

*Dr. José Luis Pérez Becerra.**

Sumario: 1. Introducción; 2. Generalidades. 3. Definiciones; 4. Antecedentes; 5. Mobbing. 6. El Perfil De La Víctima. 7. Bases Jurídicas Internacionales. 8. Legislación En México. 9. Ideología De La Reforma Laboral. 10. Conclusiones. 11. Fuentes De Información E Investigación.

Palabras Clave.- Hostigamiento, victima, acosador, capacidad y poder.

Resumen:

En un contexto laboral, lo que se tiene que hacer, es trabajar responsablemente en forma personal, cumpliendo con las obligaciones y desde luego ante sus compañeros se tendrá que trabajar en equipo, no obstante aquí podría ocurrir el que apareciera el hostigamiento por parte del grupo y se convertiría en víctima, ya sea por sus compañeros o por su jefe inmediato. Este acoso en el idioma inglés se conoce como *mobbing*.

En el acoso encontramos una práctica cotidiana, que es la provocación continua, a través de la cual se intenta que la víctima, acabe “explotando” y, en un momento de coraje, se logre el pretexto para que se dé el castigo.

El hostigamiento laboral debe ser comprobable, se puede demostrar externamente por testigos, registros, grabaciones o documentos, la evaluación de esta figura en el trabajo debe ser objetiva y no subjetivo.

Tiene como finalidad, que el acosador muestre el poder que posee, mediante la destrucción de aquel al que va a victimizar, mostrando con el ejemplo lo que puede ocurrirle a alguien, sino se somete a su poder.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Profesor investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. con Perfil PODEP. Presidente de la Academia de Nivel Básico. Miembro de la Comisión de Premios Nacionales de Investigación y Docencia de ANFADE y Miembro acreditador de CONFEDE.

Las personas que han sufrido el acoso cuentan con una buena ética, altamente capacitadas, populares, líderes natos, con una elevada capacidad empática, sensibilidad o comprensión del sufrimiento ajeno, con situaciones personales o familiares altamente satisfactorias.

El acosador es una persona mediocre, debido a la inseguridad que vive, en virtud de su perfil profesional.

La SCJN señala una serie de criterios para identificar el hostigamiento laboral, y así acreditarlos por distintas vías legales.

1. Introducción

En las relaciones laborales encontramos un binomio que hace que los obreros dueños única y exclusivamente de su fuerza de trabajo sean los explotados, por un lado y los patrones o dueños de los medios de producción los explotadores por el otro, es más, podemos decir, que todo esto nace directamente de las fuerzas productivas que para su mejor entendimiento las señalaríamos de la forma siguiente: Las podemos definir en su esencia como las relaciones que se establecen entre el hombre y la naturaleza en el proceso de producción material. Los factores que intervienen en dicha relación son: objetos de trabajo, la fuerza de trabajo y medios de trabajo. Los primeros son aquellos elementos sobre los que recae el trabajo del hombre, los segundos son aquellos instrumentos que se utilizan para que el hombre ejerza su acción sobre los objetos de trabajo y los transforme y por último, la fuerza de trabajo es la capacidad física y mental del hombre para transformar a la naturaleza y ponerla a su servicio.¹³⁰

Con este binomio conformado por explotados y explotadores surgen una serie de categorías como serían las clases sociales y que para nuestro tiempo son la burguesía y el proletariado, los cuales por las condiciones metodológicas momentáneas de nuestra investigación no detallaremos, pero podemos señalar que son llamados los estratos de clase, como lo son la pequeña, la mediana y gran burguesía y el pequeño mediano y gran proletariado.

¹³⁰ CASTILLO, Donal. *El Capital contenido, estructura y método*. Colección Ciencias Editorial Universitaria. Primera edición 1980. San Salvador El Salvador. Pp. 29-30.

2. Generalidades.

Históricamente encontramos que por su propia naturaleza el ser humano al desempeñar una función laboral, puede pasar que, el empleado se convierta en víctima, al sufrir hostigamiento, ya sea por un compañero o por su jefe inmediato. Es por eso que la violencia laboral debería ser considerada como un asunto de salud pública y de igual manera de salud mental, pues cada vez alcanza niveles más altos de preocupación. Este problema se presenta en lugares donde se convive con otras personas, al menos 8 horas diarias. Se considera que a veces, los centros de trabajo, son los lugares más inseguros, ya que la violencia, que se pueda dar, es progresiva. El poder y la violencia van en paralelo, el poder no se da, ni se cambia, sólo se ejerce, por lo que la violencia se encuentra arraigada al poder, que se acentúa en el dominio, que es lo que más impera en nuestra cultura. Es decir, que el poder se ejerce, el poder no se comparte te encuentres en donde te encuentres.

3. Definiciones

Dentro del contexto que se presenta en la investigación que esta en nuestra vista encontramos que lo que podemos entender es que la “violencia es aquella situación en la que alguien se mueve con relación a otro o a otros en el extremo de la exigencia de la obediencia y sometimiento, de una persona, en contra de su voluntad. En otros términos es un ejercicio de poder y autoridad que ofende, perjudica y quebranta los derechos de las personas”.¹³¹

En el ámbito laboral, la violencia se da entre las personas empleadas por una institución, organización o empresa, hasta ahora no se le ha dado la importancia que en realidad tiene, pero los que la están sufriendo, no opinan lo mismo, por lo que es urgente, poner en práctica estrategias que hagan frente a esta situación y lograr que alcance el bien común en las relaciones de las prestaciones de servicios.

¹³¹ BONINO, Luis, *Develando los micromachismos en la vida conyugal*, En CORSI, Jorge y otros, *Violencia masculina en la pareja*, Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención, Buenos Aires, paidós, 1995, Pp. 191-208.

El origen etimológico de acoso laboral, viene del latín acoso, que procede de “*cursus*”, que puede traducirse como “carrera” y labor que es sinónimo de “trabajo” y del sufijo “*al*” que significa “relativo a”.¹³²

4. Antecedentes

Así pues, este fenómeno empezó a estudiarse en Suecia a principios de la década de los 90 del siglo pasado y poco a poco ha ido tomando carta de naturalización en distintos países. Desde luego las definiciones de esta figura varían, pero casi todas –salvo la actual definición legal mexicana- comparten las siguientes cinco características:

1. Sujetos activos: el trabajador puede ser hostigados por sus jefes, por sus compañeros e incluso por sus subordinados. Por eso se dice que el acoso puede ser vertical u horizontal.
2. Sistemática: el acoso se da a partir de una serie de actos. Una conducta aislada no podría constituir *mobbing* pues no sería parte de una campaña o de una intención manifestada continuamente en contra de algún empleado.
3. Objeto: el hostigamiento laboral tiende a cansar, hartar, humillar o vengar al afectado, a “hacerle la vida de cuadritos” casi siempre con la finalidad de orillarlos a abandonar su trabajo.
4. Ejecución: el modo de cometer esta clase de acoso es múltiple: puede ir desde la disminución de encargos o actividades pasando por las continuas agresiones verbales y hasta el sabotaje que los subordinados pueden llevar a cabo de forma coordinada. El límite es la imaginación.
5. Efectos: la afectación en el *mobbing* es ante todo psicológica pues de forma constante se va minando el bienestar emocional de la víctima hasta hacer del entorno laboral un ambiente intolerable.

En 1980 el científico sueco Heinz Leymann, fue quien utilizó por primera vez el término *mobbing* para referirse a este tipo de hostigamiento. Posteriormente se destacaron otros autores en el estudio del acoso moral y del *mobbing* como la francesa Marie-France

¹³² DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 34ª, ed., 2006.

Hrigoyen y el español Iñaki Piñuel y Zabala. Se calcula que el acoso laboral se encuentra entre el 10 y el 15 % del total de los trabajadores en activo.

Este tipo de acosos se conoce en el idioma inglés como *mobbing*, (El verbo inglés *to mob* significa precisamente acosar, atacar, hostigar¹³³), utilizando este concepto para referirse a la presión desmedida y cierto tipo de violencia que se ejerce dentro del entorno laboral, pudiendo el trabajador recibir comentarios malintencionados o críticas sobre su desempeño laboral, con la intención del acosador de que la víctima renuncie a su empleo, porque resulta contrario a los intereses del acosador. Parareciera que quiere decir, si no eres mía estas contra mí, según su sexo.

Por supuesto no se puede confundir el *mobbing* con la presión normal que el jefe pueda ejercer sobre un empleado, para un mejor desempeño de su trabajo, teniendo todo el derecho de exigirle un buen desempeño de su trabajo, en caso contrario poder sancionarlo. Sin embargo, si el jefe le falta al respeto a alguien, ya sea en privado o en público, o le exige el cumplimiento de metas imposibles de alcanzar o pone trabas al empleado para que no pueda desarrollar con eficiencia las tareas cotidianas, puede hablarse de acoso laboral. Pudiendo la víctima de acoso laboral sufrir desde trastornos nervioso hasta enfermedades psicosomáticas, puesto que le es imposible denunciar al acosador, debido a que quiere conservar su trabajo, los expertos recomiendan adoptar una conducta asertiva que le dé la oportunidad de responder a los agravios, sin llegar a un enfrentamiento.

5. Mobbing.

Como ya se ha señalado con antelación, el acoso laboral es conocido comúnmente con el término inglés *mobbing* es la acción de un hostigador para producir miedo, terror, desprecio o desánimo en la víctima, con respecto a su trabajo, recibiendo una violencia psicológica injustificada a través de acciones negativas dentro y fuera del trabajo por parte de grupos sociales externos, de sus compañeros, de sus subalternos o de sus superiores, también llamado *bossing*, del inglés *boss*, jefe. Dicha violencia psicológica se produce de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado, a lo largo de semanas, meses e incluso años, y a la misma en ocasiones se añaden "accidentes fortuitos" y hasta agresiones físicas, en los casos más graves. Una situación de acoso muy prolongada en el tiempo,

¹³³ Coloquialmente o vulgarmente también es conocido como "echar el montón".

además de enfermedades o problemas psicológicos, puede desembocar, en situaciones extremas, como el suicidio de la víctima.

Lo que se pretende con la figura del acoso laboral es la renuncia al trabajo por parte de la víctima, la cual es considerada por sus agresores como una molestia o amenaza para sus intereses personales, necesidad de extorsión, ambición de poder, de riquezas, posición social, mantenimiento del statu quo o peligro de perder su puesto de poder. En pocas palabras su intención es la de demostrar una superioridad sin importar que fuera artificial.

Se puede decir que “el *mobbing* es el acoso constante, contra alguien y con intención, regla de las 3 C, que sufre una persona al ser atacada con razón o sin razón por alguno o algunos de sus compañeros de trabajo, descalificando sus capacidades, compromiso laboral u honestidad”.¹³⁴

El acoso laboral puede ser confundido con el síndrome del trabajador literalmente quemado o *burnout*, aunque no representa el mismo fenómeno, debido a que el término *burn-out* significa "estar quemado" o desgastado por circunstancias actitudinales o características inherentes a la profesión o el trabajo, el cual genera en el trabajador una intensa demanda en el aspecto emocional, exigencia muy común entre maestros o enfermeras.

A veces el *mobbing* se confunde con el estrés y tiene paralelismos en sus manifestaciones con el acoso escolar o bullying, al que se asemeja en gran medida. En la mayoría de los casos, tanto en el acoso escolar como en el laboral, las estrategias que utilizan los acosadores o *Movers* son sutiles, como se ha visto más bien de índole psicológica, pues la finalidad es no dejar rastro o huella del acoso. Se pretende hacer pasar al acosado, o *mobbed*, por incompetente, improductivo o problemático y, de paso, no poder ser acusados de nada, debido a lo difícil que resulta demostrar una agresión de tipo psicológico.

Una práctica muy común es la provocación continuada, a través de la cual se intenta que la víctima, debido precisamente a la tensión o estrés a que vive sometida, acabe "explotando" y, en un arranque de ira, bien de palabra o acto, (palabra y obra) se logre el pretexto para el castigo o la expulsión, y así el acosador puede lavarse las manos.

¹³⁴ <http://www.mobbing.com.mx>.

Por lo que el *mobbing* puede desembocar en enfermedad profesional, es decir, enfermedad derivada del trabajo, aunque tanto autoridades como empresas se muestran muy reacias a admitir esta circunstancia como tal.

Así pues, el acoso laboral debe ser comprobable, aunque se utilizan tácticas muy sutiles y las conductas de acoso llegan a tener un carácter encubierto, debido a que no deja huellas externas, ni hay testigos dispuestos a revelar lo que han presenciado, el ámbito de la evaluación del acoso en el trabajo debe ser prioritariamente algo objetivo y no meramente subjetivo.

El autor Iñaki Piñuel y Zabala señala algunas características que son estrategias habituales en el acoso laboral como las siguientes:

- Gritar, avasallar o insultar a la víctima cuando está sola o en presencia de otras personas.
- Asignarle objetivos o proyectos con plazos que se saben inalcanzables o imposibles de cumplir, y tareas que son manifiestamente inacabables en ese tiempo.
- Sobrecargar selectivamente a la víctima con mucho trabajo.
- Amenazar de manera continuada a la víctima o coaccionarla, entre otras.

Así, se tiene que las personas que sufren de acoso laboral, casi siempre son con una elevada ética, honradez y rectitud, con un alto sentido de la justicia. Personas con alguna característica que los distingue, como las ya apuntadas. Personas altamente capacitadas, populares, líderes natos, con una elevada capacidad empática, sensibilidad o comprensión del sufrimiento ajeno. Personas con situaciones personales o familiares altamente satisfactorias.

En cuanto al acosador, su finalidad es encubrir su propia mediocridad, todo ello debido al miedo y la inseguridad que experimentan los acosadores hacia sus propias carreras profesionales. De este modo se puede desviar la atención o desvirtuar las situaciones de riesgo para ellos, haciendo de las víctimas verdaderos chivos expiatorios de las organizaciones. La sola presencia de la víctima en el lugar de trabajo desencadena, una serie de reacciones inconscientes, causadas por los problemas psicológicos previos que presentan los hostigadores. En algunas ocasiones, el temor procede de la amenaza que supone para éstos el conocimiento por parte de la víctima de situaciones irregulares, ilegales o de fraudes.

Así pues, por lo general no pueden reconocer a la víctima como tal y sólo lo considera en función de su “utilidad”, viéndose permanentemente amenazados por aquellas personalidades que, por su estructura y dignidad, no aceptan esta situación y la denuncian.

Se trata de personalidades, aunque no siempre seductoras, que suelen hiperactuar la afabilidad mostrándose cuidadosos de las formas sociales y de los convencionalismos, fundamentalmente frente a superiores o personas de importancia para la Organización.

Si bien la autopercepción del agresor siempre es negativa, aparece compensada por conductas de actuación, autosuficiencia, consistentes en mayor o menor expresión de megalomanía, seducción, autorreferencia e inusitada valoración propia de sus supuestos logros personales y profesionales dentro de la organización.

Los profesionistas que más frecuentemente sufren este tipo de acosos son los funcionarios y el personal laboral, contratados por las administraciones pública, los profesores investigadores de las universidades públicas y privadas, los trabajadores de la enseñanza primaria, media o universitaria, informáticos, auditores, los trabajadores de la salud, cuidadores de guarderías y escuelas infantiles, así como los miembros de organizaciones denominadas ideológicas (que son las que se dedican al altruismo, de los partidos políticos), en general todos aquellos que están en el sector de los servicios. Es prácticamente posible señalar que lo que hemos señalado con antelación, se convierten en grupos vulnerables. Esto además nos deja ver el que se convierten en personas a las cuales se les desvanece su certidumbre laboral, toda vez que nunca saben en que momento se les puede reducir su trabajo o simplemente se les da las gracias y se les separa del trabajo.

6. El perfil de la víctima.

Es en claro poder observar que la víctima tiene un perfil clara en lo que compete a la actividad para la cual se le contrata, o bien desde el momento en el que inicia su actividad, el cual puede ser el siguiente:

Son personas con elevado sentido de la ética y de la honestidad, que en muchos casos han renunciado a mantener una postura “reprochable en lo moral” y suelen tomar partido frente a situaciones de injusticias (propias o ajenas) en el entorno laboral.

Por su gran sensibilidad social suele suceder que la víctima se convierta en el “porta voz” de reclamos propios del grupo en general y de los más indefensos en particular.

También se han destacado otras características como autonomía, alta calificación, empatía, popularidad a la vez que cierta ingenuidad y dependencia afectiva.

Estos rasgos, que en la mayoría de los casos debería premiar y reconocer a las víctimas; son probablemente los factores que actúan como desencadenantes de los comportamientos de acoso, al ser percibidos como amenazantes por muchos miembros de la organización (jefes y/o compañeros, principalmente).

Así pues, podemos encontrar que las consecuencias que se pueden presentar tanto psicológicas como laborales, en personas con baja autoestima pueden ser las siguientes:

- Lento deterioro de la confianza en sí misma y en sus capacidades profesionales por parte de la víctima.
- Proceso de desvaloración personal.
- Desarrollo de la culpabilidad en la víctima (la propia familia suele cuestionarla sobre su comportamiento).
- Creencia de haber cometido verdaderamente errores, fallos o incumplimientos.

En este orden de ideas, Piñuel opina que “En muchos casos, el *mobbing* persiste incluso después de la salida de la víctima de la empresa, con informes negativos o calumniosos a futuros empleadores, eliminando así la empleabilidad externa de la víctima. Se trata de una especie de *re-mobbing*”.

La negación del problema suele ser el primer y principal obstáculo para comenzar a darle respuesta y solución, por lo que cuando se hace frente al problema, es muy poco lo que se puede hacer. Se deja pasar el tiempo, pensando que esta situación ya pasará, pero la realidad es que es todo lo contrario lo que sucede es que la víctima se va acostumbrando a la situación y deja pasar lo que está ocurriendo. Por lo que es necesario, enfrentar esta situación desde el primer momento, puesto que el acoso no surte efecto contra una víctima activa y asertiva que da respuestas. El acosador requiere para su actuación de que de la víctima desde el principio no haga nada. El mecanismo perverso del *mobbing* requiere y cuenta con esta parálisis. El trabajador y las organizaciones que lo apoyan deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Tomar conciencia del derecho a la dignidad humana en el trabajo.
- Labor preventiva.

- Información.
- Asistencia, apoyo y entrenamiento en la respuesta activa por parte de especialistas.
- Evitar a toda costa el retraso en la solución del problema.

La escritora Nora Rodríguez, opina que ante esta situación se debe actuar de la siguiente manera: ser menos previsible, actuar con decisión cuando alguien evite el contacto directo y solo se vale de indirectas, no discutir inútilmente ni recurrir a amenazas, no implicar a otros gratuitamente con sus comentarios y mantenerse firme y hablar siempre delante de testigos.

Según la escritora mencionada para lograr superar el acoso laboral o el *mobbing*, hay que seguir las siguientes acciones:

- Identificar el problema del *mobbing* como tal: formarse e informarse sobre el problema.
- Documentar y registrar las agresiones de que se es objeto desde el inicio.
- Hacer públicas las agresiones que se reciben en la intimidad y en secreto y comunicarlas a compañeros, jefes, directivos, asesores, pareja, amigos y familiares.
- Desactivarse emocionalmente: evitar reaccionar ante los ataques.

Según Heinz Leyman, “En las sociedades de nuestro mundo occidental altamente industrializado, el lugar de trabajo constituye el último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada ante un tribunal”.

En este tenor encontramos que Rosario Peña, en su libro “*Como enfrentarse al acoso laboral o mobbing*” aconseja lo siguiente:

Es conveniente que el afectado de *mobbing* o acoso laboral recopile con discreción y sin notoriedad, todos los documentos que puedan demostrar el hostigamiento laboral que sufre (comunicaciones, ceses, encargo de tareas, órdenes, cambios de puesto de trabajo, actas retiradas de despachos, de teléfonos, grabaciones, partes de baja, informes y resultados de pruebas médicas, etc.)

En este orden de ideas, todos aquellos documentos que uno realice por escrito y que cuenten con acuse de recibido o registro de entrada. Requiere de que sean contestados de la misma manera, es decir, que sean contestados por escrito. No obstante pudieran manifestar con esto que eres una persona problemática, que importa al respecto, esto te permitirá tener documentos que posteriormente te servirán por si más tarde tengas que denunciar y con esto

es posible que las cosas salgan bien y desde luego ganaras el respeto, no solo de tus compañeros sino que probablemente hasta de tus jefes que no te maltratan ni psicológica ni verbalmente.

Al respecto es muy importante ir guardando todos aquellos documentos con los que se pueda demostrar acoso (comunicaciones, ceses, encargo de tareas, órdenes, cambios de puesto de trabajo, actas retirada de despachos, de teléfonos. etc).

7. Bases Jurídicas Internacionales.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Textualmente en su artículo 2 cita: “se entenderá como la violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica.

- a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.
- b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar del trabajo, así como instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y
- c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”¹³⁵

El ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género.¹³⁶ Este documento contiene disposiciones para garantizar la paridad de oportunidades para el acceso al empleo, prevenir el acoso sexual, cuya aceptación es condición implícita o explícita para obtener decisiones favorable que inciden en el propio empleo, cuya finalidad

¹³⁵ SANDOVAL Pérez, Esperanza, Et al., *Letras Jurídicas*, Núm. 29., Xalapa, Veracruz. México., Primera edición., Año 15, 2014. Revista Multidisciplinar del CEDEGS. P 186.

¹³⁶ *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2008. p.226.

es la de interferir en el rendimiento laboral de una persona o crear un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante.

La igualdad de género como eje de trabajo decente, acordado en la 98ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra 2009,¹³⁷ se considera que el trabajo doméstico puede ser realizado por personas de todas las edades.

El Convenio 189 sobre el trabajo decente para los trabajadores domésticos OIT 2011 este Convenio fue aprobado por 396 votos a favor, 16 en contra y 63 abstenciones, iniciando su vigencia el 5 de septiembre de 2013. vid. conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra 2010.¹³⁸ Es pertinente señalar que en nuestra carta fundamental se utiliza el término trabajo digno para referirse al trabajo decente.

8. Legislación en México.

El acoso, problema de género, en nuestro país en el 2007 se tiene el antecedente, al publicarse la Ley General de acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, al reconocerse que el acoso y hostigamiento sexual formaban parte de la violencia laboral, reconociendo que aunque también los hombres podrían sufrir este delito, quienes lo sufrían más eran las mujeres.

En México, ningún ordenamiento legal regulaba este tipo de situaciones, desafortunadamente nada inusuales dentro del mundo del trabajo. Vale mencionar como excepción, precisamente, a nuestro máximo tribunal que emitió en septiembre de 2012 un acuerdo general de administración mediante el cual se fijan “las bases para investigar y sancionar el acoso laboral y el acoso sexual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.¹³⁹

En la Suprema Corte de Justicia, los más altos juzgadores del país definieron el acoso laboral como:

Los actos o comportamientos, en un evento o en una serie de ellos, en el entorno del trabajo o con motivo de éste, con independencia de la relación jerárquica de las personas

¹³⁷

http://www.ilo.org/wcms5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument7wcms_106175.pdf

¹³⁸ http://www.ilo.org/wcm5p5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_124841.pdf.

¹³⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de septiembre de 2012. <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3396>

involucradas, que atenten contra la autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de las personas; entre otros: la provocación, presión, intimidación, exclusión, aislamiento, ridiculización, o ataques verbales o físicos, que pueden realizarse de forma evidente, sutil o discreta, y que ocasionan humillación, frustración, ofensa, miedo, incomodidad o estrés en la persona a la que se dirigen o en quienes lo presencian, con el resultado de que interfieren en el rendimiento laboral o generan un ambiente negativo en el trabajo.

La SCJN, emitió los siguientes criterios, sobre el acoso laboral “el acoso laboral es una conducta que se presenta dentro de una relación laboral, con el objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente a la víctima, con miras a excluirla de la organización o a satisfacer la necesidad, que suele presentar al hostigador, de agredir, controlar o destruir, se presenta sistemáticamente a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles hacia uno de los integrantes de la relación laboral, de forma que un acto aislado no puede constituir acoso, ante la falta de continuidad en la agresión en contra de algún empleado o del jefe mismo; la dinámica en la conducta hostil varia, pues puede llevarse a cabo mediante la exclusión total de cualquier labor asignada a la víctima, las agresiones verbales contra su persona, hasta una excesiva carga en los trabajo que ha de desempeñar, todo con el fin de mermar su autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad, lo cual agravia por la vulnerabilidad del sujeto pasivo de la que parte. Ahora bien, en cuanto a su tipología, ésta se presenta en tres niveles, según quien adopte el papel de sujeto activo: horizontal, cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre compañeros del ambiente de trabajo, es decir, activo y pasivo ocupan un nivel similar en la jerarquía ocupacional; vertical descendiente, el que sucede cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre quienes ocupan puestos de jerarquía o superioridad respecto de la víctima; y vertical ascendente, éste ocurre con menor frecuencia y se refiere al hostigamiento laboral que se realiza entre quienes ocupan puestos subalternos respecto del jefe victimizado”.¹⁴⁰

Es así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de votos, a propuesta del ministro José Ramón Cossío, la Primera Sala estableció 4 criterios para reconocer el acoso laboral, para poder acreditarlos por distintas vías legales, que pueden ser

¹⁴⁰ TESIS: I.5º.C. J/32 (9ª). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro IX. Junio de 2013. t., 2.

por la vía penal, administrativa, civil o laboral, según sea la petición que demande el afectado, estos criterios serían:

1. La persona que demanda deberá demostrar que el objetivo de sus agresores y compañeros de trabajo es la de intimidarlo, opacarlo, aplanarlo, amedrentarlo o consumirlo emocional o intelectualmente, con miras a excluirlo de la organización, o a satisfacer la necesidad de agredir, controlar o destruir, por sus hostigadores.
2. La agresividad o el hostigamiento laboral se da entre compañeros del ambiente del trabajo y siempre hay una persona que solo recibe agresiones; es decir, hay un agresor activo y una víctima pasiva. El acoso laboral entre compañeros de trabajo debe ocupar un nivel similar en la jerarquía ocupacional o por parte de sus superiores jerárquicos.
3. Las conductas deben de presentarse de manera sistemática, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles hacia uno de los integrantes de la relación laboral, de manera que un acto aislado no puede constituir *mobbing*, ante la falta de continuidad en la agresión en contra de algún empleado o del jefe mismo.
4. Se debe de detallar la forma en que se desarrolló la conducta hostil. Además, se precisó que el estándar probatorio que tiene a su cargo el afectado no debe ser estricto.

Estos lineamientos los estableció la SCJN como se ha venido señalando, luego de resolver un caso de acoso laboral, en el que la víctima no acreditó en la vía ordinaria civil las conductas que configuran el acoso laboral y ante la insuficiencia probatoria para acreditar la conducta.

Su jurisprudencia respecto al acoso laboral cuando se demanda la indemnización por daño moral en la vía civil, es la siguiente:

“Cuando la persona que ha sufrido el acoso laboral, opte por demandar el pago de una indemnización por daño moral, está obligada a demostrar los elementos propios de esa acción en la vía civil, con la carga de probar los siguientes elementos: i) El objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente al demandante, con miras a excluirlo de la organización o satisfacer la necesidad, por parte del hostigador, de agredir, controlar y destruir; ii) que esa agresividad o el hostigamiento

laboral ocurra, bien entre compañeros del ambiente del trabajo, o por parte de sus superiores jerárquicos; iii) que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso; y iv) que la dinámica en la conducta hostil se desarrolle según los hechos relevantes descritos en la demanda. De ahí que cuando queda demostrado la conducta de acoso laboral, existe la presunción ordinaria sobre la afectación del valor moral controvertido; sin que sobre este elemento se requiere de mayor acreditación, pues no puede dudarse la perturbación que producen en el fuero interno de un individuo las conductas apuntadas, ya que el reclamo de una reparación por esos actos de noticia de que la víctima se sintió afectada en sus sentimientos. Así, la conducta ilícita de la demanda es susceptible de demostrarse, ya sea por alguna resolución judicial en la que se haya declarado la ilicitud en su forma de proceder, o bien, mediante las pruebas necesarias que acrediten los hechos relevantes de la demanda”.¹⁴¹

Por primera vez, la Suprema Corte de Justicia, al establecerse esto, reconoce al *mobbing* o acoso laboral, aunque dejaron bien claro que se debe diferenciar el acoso laboral de las exigencias propias del trabajo ya que de no ser así se estaría incurriendo en otro tipo de delito por parte del acusador que sería el de difamación y estaría apareciendo el acoso inverso desde mi punto de vista.

Finalmente, la Primera Sala señaló que se debe distinguir el acoso laboral de conductas inherentes a las exigencias del empleo en la relación vertical de la relación laboral. No obstante debemos entender perfectamente que en la forma horizontal puede ocurrir algo parecido cuando el trabajo es complementario entre los pares iguales para no retrasar la producción entre los empleados mismos.

Se podría concluir diciendo que el *mobbing* es el acoso constante, contra alguien y con intención, que sufre una persona al ser atacada con razón o sin razón por alguno o algunos de sus compañeros de trabajo, descalificando sus capacidades, compromiso laboral u honestidad.

Esta sentencia de la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia aplica para dependencias gubernamentales y para la iniciativa privada.

¹⁴¹ TESIS: I.5º.C.J/23, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t., XXXIII, junio de 2013.

Así pues el hostigamiento, tal como lo hemos venido señalando, muchas de las veces es producto de las actitudes y aptitudes tanto familiares como culturales, y que con un poco más de educación y mejorando el desarrollo cultural si bien no lo podemos eliminar, si lo podemos disminuir en el sector laboral.

A la luz de la reforma constitucional a la Ley Federal del Trabajo de 2012 se introdujo un artículo 3 bis en donde se define al hostigamiento como “el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas”.¹⁴² La anterior definición en lugar de aclarar el hostigamiento, hace problemático este concepto, en su manejo ante los tribunales, puesto que tanto las juntas de conciliación y arbitraje y los tribunales locales y federales son manejados al capricho de los políticos, olvidándose de su verdadera tarea. De su verdadero quehacer.

La misma autoridad competente, se olvida de proteger estos derechos poco claros, de norma incomprensibles, que además no prevén sanciones específicas, por lo que dejan a todas aquellas víctimas de *mobbing* sin la posibilidad de acceder efectivamente a la justicia.

Ante este enredo, la Suprema Corte ha tenido que hacer un estudio serio de este delito y su resolución, abriendo la posibilidad para que en un futuro los juzgadores puedan seguir ese camino legal y con ello se atrevan a hacer a un lado al artículo 3 bis de la ley laboral, antes mencionada. Afortunadamente, hoy en día los ciudadanos no tendrán que conformarse con dádivas legislativas. Es la oportunidad para que abogados y juzgadores procuren que los derechos dejen de ser meros ornamentos retóricos.

Para asesorarse sobre cuestiones legales y jurídicas hay que buscar un abogado laboralista especializado en estos temas. No se trata de empezar una batalla legal de inmediato pero sí que estés informado para cuando llegue el momento de actuar conforme a derecho. También puedes ponerte en contacto con los sindicatos de trabajadores.

Es la mujer la que más trabaja en el servicio doméstico, por lo que existen casos especiales, donde se da el acoso laboral, más veces de las que pensamos, por lo que se tuvo que legislar en este rubro y así encontrando que la ley Federal del Trabajo define al trabajador doméstico como el que presta servicio de aseo, asistencia y demás propios o

¹⁴² Agenda Laboral. 2014. *Ley federal del trabajo*. Reglamentos, y otras disposiciones conexas en materia laboral. México, Ediciones fiscales ISEF, S.A. Vigésima segunda edición, Enero 2014, P. 2.

inherentes al hogar de una persona o familia, artículo 331, la OIT considera que frecuentemente la persona que realiza esas actividades, resulta víctima de violencia física o psicológica.

En las disposiciones Jurídicas del Estado Nacional Mexicano. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos entre los derechos que consagra, se encuentra el derecho a la igualdad, en su artículo 1 en su último párrafo expresa: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.¹⁴³

El derecho al trabajo se encuentra consagrado en el artículo 5 de nuestra constitución, que a la letra expresa: “artículo 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974).

La ley determinara en cada estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974. Modificado por la reimpresión de la constitución, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de octubre de 1986).

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el

¹⁴³ El párrafo en comento significa que la prohibición de no discriminar puede traducirse en una limitación a la autonomía de la voluntad o autonomía de las partes para contratar misma que debe ceder siempre que esté en juego la dignidad de la persona, de suerte que si mediante el pretexto de la autonomía de la voluntad se pretende cubrir una ofensa manifiesta, humillante, anuladora de la dignidad, los derechos fundamentales deben entrar en acción para reparar la violación; criterio aplicable en un caso en que se reclama indemnización por daño moral, derivado de la conducta discriminatoria atribuida a un particular. CARBONELL Miguel; CABALLERO González, Edgar S. *La Constitución Interpretada Constitución Política de los Estados Unido Mexicanos con Jurisprudencia*. México D. F., Editorial Tirant lo Blanch, 2014. p. 34.

cual se ajustara a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. (Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1974)”.

En cuanto a los servicios públicos, solo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que esta señale. (Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 6 de abril de 1990).

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992).

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974).

El contrato de trabajo solo obligara a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974).

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, solo obligara a este a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974).

Así también, encontramos que la LFT con base en el artículo 123 de la Constitución Federal, establece que salvo lo expresamente pactado, el servidor doméstico tiene derecho a que su salario se pague en efectivo, de recibir los alimentos y la habitación, que deben ser el 50% del salario, teniendo además el derecho del descanso, esto es en teoría, aunque en la

vida real, no falta quien se aproveche de que no tiene a donde ir o a quien acudir y por lo mismo, se aprovecha de su ignorancia pagándoles muy poco y haciéndoles aguantar muchas situaciones degradantes y como nunca va a poder obtener un salario digno que le permita tener una calidad de vida mejor, seguirá aguantando el acoso laboral, sobre todo el sector indígena. Desgraciadamente encontramos que la mentalidad de género es manipulada.

9. Ideología de la reforma laboral.

La reforma laboral se basa en el convenio 189 sobre trabajo decente, por lo que lo incorpora en el artículo 2 de la *Ley Federal del Trabajo*, que señala: “las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o docente, (se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador) en todas las relaciones laborales”.¹⁴⁴

Las consecuencias que se pueden tener por el acoso laboral son:

“En el trabajador/a, se ve afectada su salud psico-física, produciendo consecuencias negativas, tanto en sus relaciones personales como sociales.

En la empresa, se crea un ambiente poco favorable para lograr una productividad idónea, por lo que esta baja y hasta puede haber pérdidas económicas y desprestigio social.

En la sociedad, hay poca o nula credibilidad en las instituciones y por lo mismo en la justicia.

El mismo gobierno tiene consecuencias económicas en el sector salud, puesto que los trabajadores que sufren acoso laboral, tienden a enfermarse mucho, teniendo muchas incapacidades médicas o llegar hasta la invalidez”.¹⁴⁵

Así también, Piñuel Zabala opina que el maltrato y violencia laboral dejara de existir cuando se dé un liderazgo sin abuso de poder, “en que las interacciones se basen en la confianza como centro, como núcleo, de todas las relaciones y solo fundándose en la actividad de líder”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Agenda Laboral. 2014. *Ley federal del trabajo*, México, ediciones fiscales ISEF, S.A. Reglamentos, y otras disposiciones conexas en materia laboral. Vigésima segunda edición. Enero 2014. P. 2.

¹⁴⁵ LEYMANN, H. *mobbing: la persecution au travail*. París: Seuil, 1996.

¹⁴⁶ PIÑUEL ZABALA, Iñaki. *Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas*, Madrid, ed., Aguilar. 2004.

10. Conclusiones.

El respeto a los Derechos humanos o valores son una forma de eliminar la violencia laboral. Por lo tanto, si conoces tus derechos te acercaras cada vez más a la justicia como valor propio de los derechos humanos.

Para acabar con el acoso laboral se debe dar en el centro de trabajo un trato humano, basado en la seguridad y certeza jurídica, en la no discriminación, en la tolerancia, en igualdad de oportunidades y en la cooperación, promoviendo una gestión participativa con dialogo social, donde empresa y personal compartan una visión y objetivos comunes, que cuando surja un problema, se le dé solución de la mejor manera posible, para que se pueda lograr un entorno social fortalecido y positivo, que permita el desarrollo y crecimiento no solo de la persona humana en forma individual, sino de la sociedad en forma colectiva.

Por lo tanto, se debe definir exactamente que es la violencia laboral, en caso de darse, y darle prioridad, apoyar cualquier acción encaminada a solucionarla para lograr un entorno libre de violencia, los directores y supervisores tienen el deber de aplicar la política y demostrar su liderazgo con su ejemplo y dedicación, dotando a los directivos de los medios necesarios para aplicar una política general a todos los niveles.

En el intento de incorporar el buen derecho y de respetar el estado social, constitucional y democrático de derecho se tiene que observar perfectamente que el que denuncia hostigamiento laboral lo demuestre como tal y de no ser así que se aplique el derecho en sentido inverso ¿qué quiere decir esto? Que se le aplique el derecho en función de que ha cometido un delito y que es sin duda el de la difamación ya que con esta, el prestigio y la salud social para la persona que se le ha injuriado con una denuncia infundada, se le ha dañado injustamente.

11. Fuentes de información e investigación.

Bibliografía.

- AUGÉ, Marc, *Los No Lugares. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobre modernidad.* Genisa, Barcelona, España, 1993.

- BERGER, Peter L y LUCKMANN, Thomas, *Modernidad, pluralidad y crisis de sentido*, (Estudios públicos, 63), 1996.
- BONINO, Luis. Develando los micromachismos en la vida conyugal. En CORSI, Jorge Et alli. *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*. Buenos Aires, paidos. 1995.
- CANETTI, Elías. *Masa y Poder*. Barcelona, España, Ed. Alianza, 2002.
- CARBONELL, Miguel, CABALLERO GONZÁLEZ, Edgar S. *La Constitución Interpretada, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia*. México, D.F, Editorial Tirant lo Blanch. 2014.
- DE BUEN, Néstor, Coordinador. *El outsourcing, visión iberoamericana*. México, Ed., Porrúa. 2011.
- DE PINA Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Ed., Porrúa, 34ª ed., 2005.
- EGE, Harald, *Mobbing. conoscerlo per Vencerlo*. Milano. Franco Angelelli.
- FLORES Salgado, LUDMILA ET ALL Lucerito, *Algunos efectos de la globalización en el ámbito laboral y escenarios políticos*, México, Ed., Gernika, Primera edición, 2012.
- FRANKL, Viktor, *Psicoanálisis y Existencialismo*, México, FCE, 1967.
- GARZÓN LÓPEZ, Diana Margarita y RIVERA CAMILO Constantino, Coordinadores, *El Derecho de las Mujeres al Acceso a una vida Libre de Violencia*, Mazatlán, Sinaloa, Magister, publicaciones de Derecho Penal, 2013.
- IRIGOYEN, Marie France. *El acoso moral en el trabajo*, Buenos Aire, Paidos, 2001.
- JAQUES, Elliott, *La organización social requerida*, Granica, Buenos aires, 2000.
- LERSCH, Philipp, *El hombre en la actualidad*, Madrid, Gredos.
- LEYMANN, H, *mobbing: La persecution au travail*, París: Seuil, 1996.
- LLAIRÓ, María de Monserrat, Compiladora, América Latina, *Realidades y controversias a comienzos del siglo XXI*, Buenos Aires, Argentina, CEINLADI-FCE-UBA, 2014.
- MÉNDEZ, Ricardo, *Derecho laboral*, México, Ed., McGraw Hill educación, 2014.

- PEÑA, Rosario. Cómo enfrentarse al acoso laboral o mobbing, editorial www.altariaeditorial.com
- PÉREZ JÁUREGUI, I. *sufrimiento y sinsentido en el trabajo. Burnout y Estrés Laboral*. Buenos Aires, ed., Psicoteca.
- PIÑUEL ZABALA, Iñaki, *Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas*, Madrid, Ed., Aguilar, 2004.
- SANDOVAL PÉREZ, Esperanza, Et al., *Letras Jurídicas*, Año 15, Núm., 29, Xalapa, Veracruz, México, Revista Multidisciplinar del CEDEGS, 2014.
- SCHUTZ, Alfred, *Estudios sobre Teoría*, Buenos Aires y LUCKMANN Thomas, Amorrortu, *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu, Buenos Aires.
- VELÁZQUEZ LARA, Andrés, *Discriminación de la mujer en el ámbito laboral*, No. 185, México, Revista laboral, 2015.
- WATZLAWICZ, Paul, *Teoría de la comunicación humana, tiempo contemporáneo*. Buenos Aires.

Leyes:

- Agenda Laboral, 2014, *Ley Federal del Trabajo. Reglamentos, y otras disposiciones conexas en materia laboral*, ediciones fiscales ISEF, S.A, Vigésima segunda edición, Enero 2014.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Actualizada.

Revistas:

- ANAYA OJEDA, Federico, Revista laboral, No., 181, Bimestral, 2014.
- ANAYA OJEDA, Federico, Revista laboral, No., 185, Bimestral, 2015.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *Letras jurídicas*, Año 15, No.29, Semestral, Revista multidisciplinar del CEDEGS (Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana), Xalapa, Veracruz, México, enero-junio 2014.
- Direcciones electrónicas.

- Tesis: I.5°.C. J/16. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXIII. MARZO 2011.
- Tesis: I.5°.C. J/20. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXIII. Junio de 2011.
- Tesis: I.5°.C. J/23. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXIII. Junio de 2011.
- Tesis: I.5°.C. J/27. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXIII. Junio de 2011.
- Tesis: I.5°.C. J/32. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. LIBRO IX. Junio de 2012. Tomo 2.
- Tesis: I.5°.C.J/23, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, junio de 2013.
- Tesis: I.5°.C. J/32 (9ª). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro IX. Junio de 2013. Tomo 2.
- http://www.ilo.org/wcms5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf
- http://www.ilo.org/wcmstp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_124841.pdf
- <http://www.animalpolitico.com/2011/02/los-10-puntos-que-debes-saber-sobre-el-acoso-sexual/>
- <http://definicion.de/acoso-laboral/#ixzz3RDTivboR>
- <http://www.mobbing.com.mx/>

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fc00&Apendice=1000000000000&Expresion=MOBBING&Dominio=Rubro,Texto&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&Hits=20&Index=1>

DIRECTORIO

Mtro. Emilio José Baños Ardavin
Rector

Mtro. Eugenio Urrutia Albizua
Vicerrector Académico

Mtro. Herberto Rodríguez Regordosa
Vicerrector de Posgrados e Investigación

Mtra. Johanna Olmos López
Directora de investigación

Dr. Luis Alejandro Fabre Bandini
Decano del Departamento de Ciencias Sociales

Mtro. Gerardo Enrique Garibay Camarena
Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas

Mtro. Ricardo Fernández Fuentes
Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas

Mtro. Ulises Jorge Orozco Rosas
Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández
Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas

Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández
Director de la Revista de Derecho de la Empresa

POLÍTICAS EDITORIALES:

- a) Los trabajos deberán referirse al Derecho de la empresa y tener un contenido sobre temas relevantes y de actualidad.
- b) Podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el Derecho de la empresa.
 - c) Podrán publicarse diversos temas de Derecho sobre tópicos de actualidad.
 - d) El trabajo se remitirá en medio electrónico en Word 2007 para Windows.
- e) Serán en hojas tamaño carta por un solo lado con un interlineado de 1.5 y letra Times New Roman de 12 puntos, los títulos y subtítulos en 14 pts. y numerados.
- f) Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en letra cursiva.
 - g) Las notas, fuentes de citas deberán aparecer al final de cada hoja.
- h) Se deberá incluir título, autor, sumario, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía.
- i) En la introducción el autor sintetizará en no más de una cuartilla las ideas centrales y conclusión de su trabajo.
 - j) El sumario contendrá en números arábigos los subtítulos.
- k) El artículo deberá contener cinco palabras claves o key words a juicio de autor que permitan la clasificación del contenido de la colaboración..
- l) Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo, consignando con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores, título completo, país, editorial, año de publicación y números de páginas.
- m) Las siglas en el texto o en los cuadros o gráficas irán acompañadas de su equivalencia completa.
- n) La extensión de los trabajos será de 10 a 40 cuartillas (páginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (páginas)
 - p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por página.

- q) Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:
- a. Título del trabajo, de preferencia breve, centrado y sin sacrificio de la claridad.
 - b. Seguido del nombre del autor, alineado a la derecha de la hoja referenciado con un asterisco cuya reseña curricular deberá constar en la parte inferior de la hoja en no más de cinco renglones.
 - c. Indicación de domicilio, teléfonos u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o autores con el objeto de aclarar ocasionalmente dudas sobre el contenido del artículo.
- r) El Consejo Editorial informará al autor del trabajo el número de la revista en que se publicará el mismo.
- s) Los artículos deberán enviarse al Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a la siguiente dirección electrónica: felipemiguel.carrasco@upaep.mx

CINTILLO LEGAL

Año 5; No. 10; Julio Diciembre 2015.

Es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP);

21 Sur No. 1103, Barrio de Santiago, Puebla, Pue.; C.P. 72410;

Teléfono +52 (222) 229.94.00, Lada sin costo 01800 224 22 00;

www.upaep.mx;

felipemiguel.carrasco@upaep.mx.

Director de la revista y Editor Responsable Felipe Miguel Carrasco Fernández.

Reservas de Derecho al Uso Exclusivo en trámite; ISSN en trámite; Licitud Título en trámite; Licitud de Contenido en trámite; ambos ante la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsable de la actualización de este número Universidad Autónoma del Estado de Puebla.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor y de la Universidad Autónoma del Estado de Puebla.