

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# ESCUELA LIBRE DE DERECHO

## REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

AÑO 10

NÚMERO 10

MÉXICO, 1986

# ESCUELA LIBRE DE DERECHO

## Junta Directiva:

Lic. José Luis de la Peza, *Rector*  
Lic. José Cándano, *Primer Vocal*  
Lic. Carlos Mainero, *Segundo Vocal*  
Lic. Ramón Sánchez Medal, *Vocal Suplente*

## Secretarios:

Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*  
Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*

## CONSEJO EDITORIAL

### Consejo Editorial:

Dr. Jorge Adame Goddard, *Director*  
Lic. Jaime del Arenal Fenochio  
Dr. Juventino V. Castro  
Lic. Fauzi Hamdan Amad  
Lic. Francisco de Icaza  
Lic. Carlos Muggenburg  
Lic. Ramón Sánchez Medal

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

Edición al cuidado del licenciado Manuel López Medina

© Derechos reservados conforme a la ley. Escuela Libre de Derecho. Dr. Vértiz No. 12, México 06720, D.F.

Certificado de licitud de título No. 092. Certificado de licitud de contenido No. 051. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación, Reserva de derechos al uso exclusivo del título. No. de inscripción 526-76. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de su autores.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
BIBLIOTECA

## INDICE

PRESENTACIÓN . . . . .	9
DOCTRINA GENERAL	
JORGE ADAME GODDARD	
Descripción sumaria del <i>Corpus Iuris Civilis</i> . . . . .	11
MIGUEL ALESSIO ROBLES	
Algunas consideraciones sobre las disposiciones en materia de planeación administrativa . . . . .	23
JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	
Carlos Ma. de Bustamante, historiador y abogado de una nación	49
JORGE BARRERA GRAF	
Responsabilidad civil en instituciones mercantiles (Derecho mexicano) . . . . .	75
BERNARDINO BRAVO LIRA	
Crisis del estado constitucional en Hispanoamérica (1917-1986) . . . . .	95
LUIS NORBERTO CACHO PÉREZ	
Disposiciones expedidas con motivo de los sismos de septiembre de 1985, publicadas en el <i>Diario Oficial</i> . . . . .	141
RAÚL F. CÁRDENAS	
La ciudad judicial . . . . .	165

CARLOS CASILLAS VÉLEZ	
La soberanía de los estados y el Fondo Monetario Internacional . . . . .	169
FAUZI HAMDAN AMAD	
Análisis de la Ley federal de las entidades paraestatales . . . . .	181
ADRIÁN R. ITURBIDE GALINDO	
Disolución y liquidación de sociedades mercantiles . . . . .	209
JUAN MANUEL JIMÉNEZ ILLESCAS	
Unificación de los recursos administrativos . . . . .	223
RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO	
Derecho penitenciario: algunas consideraciones . . . . .	249
LORETTA ORTIZ AHLF	
La militarización en el espacio ultraterrestre: sus aspectos jurídicos . . . . .	299
DAVID RANGEL MEDINA	
Medios legales de los países de América Latina para combatir la piratería de marcas . . . . .	311
HORACIO RANGEL ORTIZ	
La licencia de uso de marca como sustitución del propietario de la marca . . . . .	333
CARLOS SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO	
La escisión de sociedades . . . . .	355
JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ	
Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX . . . . .	373
FELIPE TENA RAMÍREZ	
Concepto jurídico de los vocablos "licenciado" y "abogado" . . . . .	385

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	
Hacia un jusnaturalismo histórico . . . . .	391
BEATRIZ URÍAS HORCASITAS	
Derecho y organismo social en el pensamiento positivista mexicano . . . . .	403
EUGENIO URSÚA-COCKE	
Funciones constitucionales del Senado: estudio comparativo . . . . .	419
MISCELÁNEA	
MANUEL LÓPEZ MEDINA	
Algunos datos memorables del ciclo escolar 1985/1986 de la Escuela Libre de Derecho . . . . .	465
ANTONIO MARTÍNEZ BÁEZ	
Oración fúnebre por don Antonio Carrillo Flores . . . . .	477
JOSÉ CÁNDANO GARCÍA DE LA MATA	
Discurso pronunciado en la ceremonia de apertura del curso escolar 1986/1987 . . . . .	479
EMILIO ROMANO MUSSALI	
Discurso pronunciado en la ceremonia de apertura del curso escolar 1986/1987 . . . . .	483

## PRESENTACIÓN

Este décimo número de nuestra *Revista* significa un nuevo esfuerzo por mejorar su calidad. El Consejo Editorial aprobó recientemente un documento, dado a conocer en su oportunidad, que fija con precisión y claridad su política editorial. En este número se ha cuidado poner en práctica los lineamientos ahí definidos, por lo que se ha logrado una mejor presentación formal.

No puedo dejar de mencionar que el próximo año la Escuela celebrará su LXXV Aniversario; ocasión que si bien es motivo de alegría y satisfacción por la labor realizada ininterrumpidamente desde aquel miércoles 24 de julio de 1912, ha de ser también estímulo para proyectar sus tareas futuras hacia metas más altas, para el bien de México y de la ciencia jurídica.

Lic. José Luis de la Peza  
Rector

DESCRIPCIÓN SUMARIA DEL *CORPUS IURIS CIVILIS*

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Composición del Corpus Iuris*. 1. *El Código*. 2. *El Digesto*. 3. *Las Instituciones*. 4. *Las Novellae Leges o Novelas*. III. *Ediciones del Corpus Iuris*.

## I. INTRODUCCIÓN

Con el nombre de *Corpus Iuris Civilis* se conoce, desde la Edad Media, la compilación de escritos jurídicos romanos, hecha por orden del emperador Justiniano, durante los años 528 a 533 después de Cristo.

Justiniano hizo esta compilación, que comprende tanto escritos de juristas (*iura*), como disposiciones legislativas de los emperadores (*leges*), con el objeto de dar un ordenamiento jurídico común y, al menos esa era su intención, definitivo para el Oriente y el Occidente del Imperio.

La obra compiladora de Justiniano dio por resultado tres libros: el Código (*Codex*), que reúne leyes dictadas por los emperadores; el Digesto (*Digesta* o en griego *Pandectas*), que contiene fragmentos de los libros escritos por los juristas clásicos, y las Instituciones (*Institutiones*, llamadas también desde la Edad Media, *Instituta*). Después de que se publicó el último de estos libros, en el año 533, el emperador promulgó nuevas leyes para resolver contradicciones, hacer aclaraciones o interpretaciones de los libros publicados, así como para dar soluciones novedosas. Estas leyes, publicadas entre el año 536 y el 564, así como algunas otras de los sucesores de Justiniano, fueron reunidas en colecciones privadas; a partir de éstas, los juristas medievales y los humanistas pudieron formar otro libro, que se conoce como *Novelas (Novellae)*, es decir leyes nuevas.

Los juristas de la Edad Media, llamados glosadores, comenzaron a llamar al conjunto de estos libros *Corpus Iuris Civilis*, para diferenciarlo del *Corpus Iuris Canonici*.<sup>1</sup> Pero no fue sino hasta la edición de Dionisio

<sup>1</sup> D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Pamplona, 1983, § 1, n. 1. (En lo sucesivo se citará D'ORS).

sio Godofredo, en 1583, cuando apareció publicado este conjunto de libros con tal nombre.

El *Corpus Iuris Civilis* ha sido, junto con la Biblia y los filósofos griegos, uno de los fundamentos de la cultura occidental. Es una simplificación, pero válida, decir que la historia del Derecho en Occidente es fundamentalmente la historia de las ediciones e interpretaciones de dicho monumento jurídico.

La Edad Media, época en que se inicia la historia del derecho moderno,<sup>2</sup> desarrolla una doctrina jurídica, conocida como "derecho común" (*ius commune*), a partir de una lectura del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici*, hecha con los métodos de interpretación que la Teología escolástica había desarrollado para la comprensión de la Sagrada Escritura: se trataba de leer el *Corpus* como un texto de autoridad.

Los juristas de esta escuela, tanto los "glosadores", como sus continuadores llamados "postglosadores" o, mejor dicho, "comentaristas", lograron construir una doctrina jurídica que se aplicó, con diversa intensidad, desde el siglo XII hasta el XVIII, en los tribunales de todos los reinos que formaban entonces la "Cristiandad".

El Renacimiento reaccionó contra ese modo (*mos Italicus*) de entender y usar el *Corpus Iuris*. Frente a ello, los humanistas postulaban una lectura histórica (*mos Gallicus*), que permitiera, con el auxilio de la Filología y las diversas ciencias sobre la Antigüedad, entender los textos jurídicos en su sentido originario, sin preocuparse por construir una doctrina jurídica aplicable por los tribunales. Fruto de esta actitud fueron las primeras ediciones críticas del *Corpus*, entre las que cabe destacar la ya citada de Dionisio Godofredo, así como de otras fuentes jurídicas romanas.<sup>3</sup>

Del humanismo jurídico procedió la escuela racionalista, que tendría gran influencia en los siglos XVII y XVIII. El humanismo había tendido "a sustituir la razón de la autoridad imperial de Justiniano (*ratio imperii*) por la fuerza intrínseca de la razón jurídica (*imperium rationis*) que contenía el *Corpus Iuris*".<sup>4</sup> De aquí partió el racionalismo para

<sup>2</sup> Ver WIEACKER, F. *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, traducido por Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 31 y ss.

<sup>3</sup> Una interesante y completa bibliografía de las obras jurídicas que había en el siglo XVI es la *Bibliotheca Iuris Civilis Romani* de Jacobo Godofredo; ella constituye una muestra del trabajo crítico hecho sobre las fuentes jurídicas romanas por los humanistas del siglo XVI. Ver HOEFLICH, M. H., "A seventeenth century roman law bibliography: Jacques Godefroy and his *Bibliotheca Iuris Civilis Romani*", en *Law Library Journal*, vol. 75, no. 4, 1982, pp. 514 y ss., Chicago, EUA.

<sup>4</sup> D'ORS, p. 33.

entender ese cuerpo jurídico como *ratio scripta*, y no como texto de autoridad. De esta corriente derivarán los códigos civiles francés (*Code Civil* de 1804) y alemán (*Bürgerlich Gesetzbuch*, que se abrevia BGB, de 1900), que han sido la fuente de la mayor parte de los derechos civiles hoy vigentes.

Después de la publicación de los códigos modernos, el *Corpus Iuris* ha dejado de tener vigencia en todo el mundo, salvo en algunos puntos aislados, como Sudáfrica, donde es derecho vigente, o Cataluña y Navarra, donde es derecho supletario. Esto ha permitido que los romanistas estudien el *Corpus* como una fuente histórica, con métodos críticos (la llamada crítica de interpolaciones) y con el objeto de reconstruir el derecho romano de época clásica. Esta nueva lectura, que aún no concluye, ha permitido descubrir un nuevo derecho romano, el derecho clásico. La primera obra que compendió sistemáticamente las conclusiones de esta investigación crítica, fue el *Classical Roman Law* de Fritz Schulz, publicado por vez primera en Oxford, 1951.<sup>5</sup>

## II. COMPOSICIÓN DEL CORPUS IURIS

El emperador Justiniano, respondiendo a la necesidad de dar seguridad sobre cuál era el derecho que debían seguir los jueces para fundamentar sus decisiones, ordenó que se compilaran todos los textos jurídicos en boga, tanto las constituciones imperiales o leyes (*leges*), como los libros escritos por los juristas de época clásica (*iura*), en un solo cuerpo.

Las instrucciones del emperador eran, no sólo de recopilar, sino de retocar el material reunido, con el objeto de suprimir anacronismos, añadir lo que exigieran las circunstancias actuales y evitar las contradicciones. Todas las innovaciones introducidas por los compiladores se conocen con el nombre de interpolaciones.

### 1. El Código

Los trabajos comenzaron el 13 de febrero del año 528, cuando el emperador publica la constitución *Haec quae necessario*, por la que instala una comisión, presidida por Juan, ex cuestor de palacio, y de la que forman parte Triboniano, *magister officiorum*, y Teófilo, profesor de la escuela de Constantinopla, con el encargo de reunir todas las

<sup>5</sup> Hay una traducción española, por Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960.

constituciones publicadas por los emperadores, desde Adriano hasta el mismo Justiniano.

Trabajos similares ya se habían hecho con anterioridad. Aproximadamente hacia el año 291 se publicó una colección de constituciones imperiales de Adriano a Diocleciano, con el nombre de *Codex Gregorianus*. Poco después apareció un *Codex Hermogenianus* que contenía sólo constituciones de Diocleciano. Ambos fueron colecciones privadas, sin valor oficial. Ciento treinta años más tarde (438), el emperador Teodosio II publicaba en Oriente una nueva colección, que aprovechaba el material reunido por dichas colecciones privadas, y lo completaba con constituciones de Constantino y sus sucesores, hasta Teodosio II. Fue también publicado en Occidente por Valentiniano III, y constituyó la última disposición jurídica vigente en ambas partes del Imperio. Las constituciones que dictó después Teodosio II, así como algunas de sus sucesores, fueron reunidas en colecciones privadas.

Los compiladores de Justiniano, aprovechando todo ese trabajo previo, lograron concluir su cometido en poco más de un año. El 7 de abril de 529 se publicaba, mediante la constitución *Summa reipublicae* el *Codex Iustinianus*. Sin embargo, esta obra pronto se volvió anacrónica, porque el emperador tuvo necesidad de legislar con profusión para resolver contradicciones que había en los textos de los juristas, y que se fueron descubriendo a medida que se avanzaba en los trabajos de recopilación. Tenemos noticia que se hizo una recopilación privada (las *quingenta decisiones*) de algunas de estas disposiciones. Esto hizo necesario que al terminar la labor compilatoria, nombrara otra comisión, presidida por Troboniano, quien ya era cuestor de palacio, para hacer una nueva edición del código; el nuevo código, el *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*, fue publicado por la constitución *Cordi*, el 16 de noviembre de 534. A nosotros sólo han llegado manuscritos del nuevo código, que se designa simplemente como Código de Justiniano; del primero se conservan sólo dos fragmentos.

El Código consta de doce libros divididos en títulos con sus respectivas rúbricas, y éstos en "leyes", colocadas en orden cronológico y divididas, cuando no son muy cortas, en párrafos. Los ocho primeros libros siguen el orden del Edicto del pretor.<sup>6</sup> En total, contiene entre

<sup>6</sup> El orden edictal, según la reconstrucción de Lenel (*Das Edictum perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927) constaba de cinco miembros: una introducción; una primera parte (*de iurisdictione*) relativa a las cuestiones previas al procedimiento judicial; la segunda parte (*de iudiciis*) sobre cada uno de los diversos juicios en particular; la tercera parte (*de re iudicata*) sobre los efectos y ejecución de la sentencia, y un apéndice en el que se trataba de las excepciones, los interdictos y las estipulaciones.

4,600 y 4,700 constituciones, de las cuales la más antigua es de Adriano, las más numerosas de Diocleciano, y la más reciente de Justiniano, emitida en 534. Al principio de cada ley aparece el nombre del emperador que la promulga y, cuando es el caso, el del destinatario; al final aparece la fecha de promulgación, en la que se indica el día, el mes y el año, esto último nombrándose a los respectivos cónsules epónimos.<sup>7</sup>

Para citar el *Codex*, actualmente se usa el sistema filológico: se anteponen las iniciales C o CJ (para distinguirlo del Código Teodosiano que se abrevia CT), y luego, siguiendo un orden decreciente, se ponen, en arábigos, los números del libro, título, ley y, cuando lo hay, del párrafo; el primer párrafo de una ley se indica con la abreviatura *pr* (*principium*), el segundo con el número 1, el tercero con el número 2, etcétera. Por ejemplo, la cita C 8,53,36,3 significa libro 8, título 53, ley 36, párrafo 3 del Código de Justiniano. En la Edad Media, se citaba en forma diferente: primero se indican los números de la ley y del párrafo, luego se pone la abreviatura C, y finalmente se indican el libro y el título poniendo las palabras iniciales de las rúbricas de este último. La cita antes mencionada, en la forma medioeval, se haría así: 36,3 C *de donationibus*.<sup>8</sup>

Una forma intermedia es usar números arábigos, pero mencionando primero la ley y el párrafo, y luego el libro y el título: 36,3 C 8,53.

## 2. El Digesto

Por la constitución *Deo auctore*, del 15 de diciembre de 530, Justiniano ordenó a Triboniano, que ya es cuestor de palacio, que forme una comisión que se encargue de recopilar, en una sola obra, toda la literatura escrita por los juristas clásicos que se conocía y usaba entonces. La obra, determinó el emperador, se llamaría *Digesta*, o en griego, *Pandectas*. El nombre *Digesta* era el que tenía una de las obras más perfectas y reputadas de la jurisprudencia clásica: los *Digesta* de Juliano.

Esta comisión quedó integrada por dieciséis personas: además de Tri-

<sup>7</sup> En las ediciones modernas suele darse, entre corchetes, el número del año.

<sup>8</sup> Para facilitar la identificación de una cita en la forma medioeval, pueden consultarse los índices, por orden alfabético, de las rúbricas de los libros y títulos del *Corpus Iuris*, que contienen las ediciones modernas. A veces, hay autores que dan la referencia a la ley y al párrafo indicando, en vez de los números, las palabras con que se inician. En ese caso, es necesario acudir a la obra de HUGONE, *Indices corporis iuris civilis iuxta vetustiores editiones cum criticis collatas*, 5 vols., Milano, 1964-1970, donde aparecen por orden alfabético, además de las rúbricas de los libros y títulos, también las palabras iniciales de las leyes y párrafos.

boniano, la integraban Constantino, *comes sacrarum largitionum*, los profesores Teófilo, Cratino, Isidoro y Doroteo, y once abogados. Según dice el mismo Justiniano, la comisión tuvo que revisar 2,000 libros, que contenían tres millones de líneas. No obstante la magnitud de la tarea, la comisión cumplió su encargo en el breve plazo de tres años. El 16 de diciembre del 533, Justiniano, por medio de la constitución *Tanta*, publica el Digesto para que tenga vigor de ley a partir del día 30 del mismo mes y año.

La rapidez con que actuó la comisión ha hecho que los romanistas se pregunten por el método de trabajo que siguió. La teoría comúnmente aceptada hoy es la llamada teoría de "las masas", propuesta por Bluhme en 1818.<sup>9</sup>

Esta dice, en términos generales, que la comisión se dividió en cuatro subcomisiones, encargadas, cada una, de analizar un grupo o masa de textos. Los textos fueron agrupados en cuatro masas: en una, llamada por Bluhme "sabiniana", se agruparon todos los textos relativos al derecho civil, de los cuales los más importantes eran los comentarios *ad Sabinum*; en otra, llamada "edictal", se incluyeron los comentarios *ad edictum* y demás obras relativas al derecho pretorio; en la masa conocida como "papiniana" entraron todas las obras casuísticas, de las cuales las más afamadas eran las *quaestiones* de Papiniano. La cuarta masa, "del apéndice" se formó con los libros que se fueron encontrando durante el proceso de compilación. Cada subcomisión trabajó por separado: extrajo de su grupo de libros los fragmentos que le parecieron importantes, y los ordenó de acuerdo con un esquema general común, previamente definido por la comisión en pleno. Al terminar las subcomisiones su trabajo, se contaba con cuatro grupos de fragmentos agrupados conforme al mismo esquema. Entonces la comisión en pleno se encargó de unificar los cuatro grupos de fragmentos, evitando las repeticiones y contradicciones entre ellos.

El Digesto sigue el orden propio de los libros clásicos del mismo nombre, el cual constaba de dos partes: en la primera se trataban los temas siguiendo el orden del Edicto del pretor,<sup>10</sup> y en la segunda se comentaban diversas disposiciones legislativas siguiendo su orden cronológico de publicación. Consta de 50 libros, divididos en títulos, excepto los libros 30, 31 y 32 que llevan la rúbrica *de legatis et fideicommissis*; los títulos se subdividen en párrafos o "leyes", y éstos en párrafos, de los

<sup>9</sup> *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, IV (1818), pp. 256 y ss.

<sup>10</sup> Ver nota 6.

cuales el primero se indica con la abreviatura *pr* (*principium*), el segundo con el número 1, el tercero con el número 2, etcétera.

Cada párrafo va precedido de una *inscriptio*, en la que se indica el autor y el libro de donde procede.

Justiniano ordenó a la comisión que hiciera un índice de los autores y trabajos que hubieran incluido en la compilación. El índice, conocido como *Index florentinus*, fue publicado junto con el Digesto. Gracias a él se han podido conocer los nombres y los autores de los libros jurídicos clásicos. El índice cuenta 1625 libros de 39 juristas. Los fragmentos de Ulpiano son casi la tercera parte del total; después de éstos, los más numerosos son de Paulo, Papiniano y Juliano.

La forma de citar el Digesto es igual que la del *Codex*.

### 3. *Las Instituciones*

Cuando estaban por terminar los trabajos de composición del Digesto, Justiniano, por medio de la constitución *Imperatoriam maiestatem*, encargó a Triboniano y a los profesores Teófilo y Doroteo la composición de un libro destinado a la enseñanza del Derecho. La obra fue concluida en muy poco tiempo: poco más de un mes, y publicada con el nombre de *Institutiones seu elementa*, junto con el Digesto, por la constitución *Tanta*, del 16 de diciembre de 533.

Esta obra tiene también carácter compilatorio. Se compone de fragmentos tomados principalmente de las *Institutiones* y las *Res cotidianae* de Gayo, así como de los libros de instituciones de Marciano, Florentino y Ulpiano, y de constituciones imperiales, principalmente de Justiniano. A diferencia del Digesto, en esta obra no se indica la procedencia de los fragmentos. Está redactada como si el emperador fuera el profesor de Derecho que se dirige a sus estudiantes.

Las *Institutiones*, también llamadas desde la Edad Media *Instituta*, constan de 4 libros, divididos en títulos con sus respectivas rúbricas, y éstos en párrafos. Sigue el orden de las *Institutiones* de Gayo, quien dedica el libro primero al estudio de las "personas"; el segundo, el tercero y los cinco primeros títulos del cuarto a las "cosas", y el resto del cuarto a las "acciones". Se suele citar por medio de la abreviatura *Just.* (= Justiniano) o *Inst.* (= *Institutiones*), seguida de los números del libro, título y párrafo.

### 4. *Las Novellae leges* o *Novelas*

Terminada la compilación, Justiniano prohibió (constitución *Tanta*)

que se confrontaran los textos compilados con los originales y que se hicieran comentarios a su obra; cuanto más permitía que se hicieran traducciones al griego y breves explicaciones. La actitud de Justiniano representa bien lo que es el monopolio de producción del derecho: sólo es derecho lo que el emperador aprueba y nada más que lo que él aprueba; los textos de los juristas, así como las constituciones de emperadores antiguos agrupados en su compilación valían, no por sí mismos, sino en tanto fueron aprobados y publicados por el emperador.

Con la compilación no terminó la obra legislativa de Justiniano. Posteriormente publicó varias leyes nuevas, la mayoría escritas en griego, entre los años 536 al 564, las cuales reformaban, a veces en puntos fundamentales, el derecho contenido en el Código, el Digesto y las Instituciones.

Cuando publicó la segunda edición del Código (a. 534), Justiniano anunció (const. *Cordi*) que daría nuevas leyes que luego reuniría en una colección oficial. Aparentemente nunca hubo tal colección, pero varias de esas leyes se nos han conservado en colecciones privadas.

Una de ellas es la llamada *Epitome Iuliani*, atribuida a un profesor de Constantinopla de nombre Juliano, y probablemente realizada hacia el año 555. Contiene 124 novelas, dispuestas en orden cronológico y escritas en Latín. Otra colección, denominada *Authenticum*, consta de 134 novelas, que van del 535 al 556, ordenadas cronológicamente; el nombre le fue dado por los juristas medievales que le dieron vigencia, después de que durante algún tiempo se le tuvo por falsa. Contiene novelas escritas originalmente en Latín y en Griego, pero estas últimas las transcribe en un Latín no siempre fiel al original. Hay una tercera colección de 168 novelas, en la original redacción griega, escritas durante el reinado de Tiberio II; contiene, además de las de Justiniano, novelas de Justino II y Tiberio II.

Las Novelas se citan actualmente con la abreviatura Nov., seguida de los números de la novela, capítulo, y párrafo. En la Edad Media solía indicarse el nombre de la colección en la que se encontraba.

### III. EDICIONES DEL CORPUS IURIS

El conjunto de libros recopilados por orden de Justiniano, así como las colecciones de leyes posteriores o novelas fueron reproducidos en manuscritos durante la Edad Media. Estas versiones se caracterizan porque, además de ofrecer el texto jurídico, daban, en los márgenes laterales, inferior y superior de cada página, todo el conjunto de glosas

hechas por la escuela de Boloña, tal como fue compilado por Acursio, en su *Magna Glossa* (1227).

Las primeras ediciones impresas del *Corpus Iuris* se hicieron sobre los manuscritos hechos por los juristas medievales y contenían, como ellos, la glosa acursiana. Se formaban, lo mismo que las versiones manuscritas, de seis volúmenes: 1) *Digestum vetus*, que contenía los primeros 23 libros del Digesto y los dos primeros títulos del libro 24. 2) *Infortiatum*, o libro "derogado", llamado así por comenzar con un párrafo que se refería al divorcio, cosa que entonces se consideraba superada; contenía los restantes títulos del libro 24 y los libros 25 a 38. 3) *Digestum novum* con los doce últimos libros (39-50) del Digesto. 4) *Codex*, que contenía los primeros 9 libros del Código de Justiniano. 5) *Volumen parvum* que, además de tener los últimos tres libros (los llamados *tres libri*, 10-12) del Código, incluía las Instituciones, las Novelas y un libro de derecho longobardo denominado *libri feudorum*. 6) Un índice general conocido como *Thesaurus Accursianus*.

La primera edición glosada que conocemos es de Hugo a Porta de 1540-1541; la última, la de G. Feius en 1627.

El humanismo renacentista ejerció un saludable influjo crítico en las ediciones de los textos jurídicos romanos. La primera edición crítica de todo el conjunto de textos romanos fue la de Haloander (Gregorio Meltzer), publicada en Nuremberg, entre 1529 y 1531.

Además se hicieron varios trabajos y ediciones críticas de cada uno de los libros publicados por Justiniano, entre los que cabe mencionar los estudios que hizo Gregorio Aloandro (o Haloander) sobre las Instituciones y las Novelas, así como la publicación de éstas, por vez primera, en el original griego. De especial importancia fue el trabajo y edición crítica del Digesto, hecho por Lelio Torelli en 1553; él fue el primero que usó como manuscrito principal de su edición el conocido como *littera Pisana* o *Florentina*, que se ha convertido en el punto de partida obligado para toda edición crítica del Digesto.<sup>11</sup> Respecto del Código de Justiniano, los trabajos humanistas tendieron a rescatar y reincorporar, sobre todo con la ayuda de los Basílicos,<sup>12</sup> las constituciones griegas.

<sup>11</sup> La denominación del manuscrito obedece a que se encontró en Pisa hasta 1406, de donde fue llevado a Florencia, en cuya Biblioteca Laurentina se conserva. Este manuscrito fue utilizado por los humanistas. Las versiones medievales, en cambio, se fundaron en una copia de este manuscrito, hoy perdida, llamada por Mommsen *codex secundus* (S).

<sup>12</sup> Los "Basílicos" (*Basilica*) son un comentario griego al *Corpus Iuris*, hecho en la forma de "cadena", publicado bajo el reinado de León el Filósofo (886-911).

Otras ediciones humanistas del conjunto de libros justinianos fueron la de Hervagius, hecha en Basilea, en 1541, basada en la de Haloander. Dos de Hugo á Porta publicadas en Lyon, en 1551 y 1552. Pero la edición más acreditada, que fue reeditada numerosas veces y usada hasta principios del siglo XIX, fue la de Dionisio Godofredo, hecha en Ginebra, en 1583. Esta fue la primera que llevó el título de *Corpus Iuris Civilis*. Esta edición sigue siendo útil hoy, a causa de su erudito aparato crítico, tomado de los glosadores y de los humanistas.

En el siglo XIX, los hermanos Kriegel (1887) hicieron, junto con Hermann, que cuidó la edición del Código, y Osenbrügen, que se encargó de las Novelas, una edición del *Corpus*, que tuvo buena aceptación. Pero todas las ediciones anteriores fueron superadas por la llamada *editio stereotypica*, publicada por vez primera en Berlín, entre 1872 y 1895; el Digesto estuvo al cuidado de Mommsen (revisado por Krüger); el Código y las Instituciones por Krüger, y las Novelas por Schöll y, después de su muerte, por Kröll. Esta es la edición que actualmente se usa entre los romanistas.

Cabe mencionar también la notable edición (*editio maior*) del Digesto, hecha por Mommsen en 1870, publicada en Berlín, en dos volúmenes, que es actualmente la más erudita. En Italia, Bonfante, Fada, Ferrini, Riccobono y Scialoia hicieron una edición del Digesto en 1931.

Hay pocas versiones en Español de los libros del *Corpus Iuris*. La más antigua es la edición bilingüe (Latino-Español) del Digesto, hecha por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, con el nombre de *Digesto teórico práctico*, 18 vols., Madrid, Imprenta Real, 1775-1791. El objetivo de la obra está descrito por el autor así: "recopilación de los derechos común, real y canónico por los libros y títulos del Digesto. Traducción literal al Castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho real de España e Indias, y Capítulos Canónicos, por orden de su antigüedad". Aunque el traductor no lo dice, cabe suponer que usa la versión latina del Digesto hecha por Dionisio Godofredo que a la sazón era la más usada. Esta traducción se inscribe dentro de esa corriente, derivada del racionalismo, que tiende a promover el derecho legislado o derecho real en detrimento del derecho romano, entendido como doctrina jurídica. El Digesto le sirve a Rodríguez de Fonseca como medio o antecedente para explicar el derecho real.

Cien años más tarde, en Barcelona, donde el *Corpus Iuris* tenía valor de fuente supletoria del derecho civil, Alejandro de Bacardi hace una edición española de todo el *Corpus*, que se publica, en dos volúmenes,

en Barcelona, en 1874. El tomo I contiene las Instituciones y el Digesto; la versión que da de este último es la de José María de Ortega, que sólo alcanza los primeros libros (Bacardi no precisa más), por lo que es completada con la de Rodríguez de Fonseca. El tomo segundo incluye el Código y las Novelas, traducidos por el propio Bacardi. No dice el autor qué versión latina del *Corpus* usa, por lo que cabe pensar que seguía siendo la de Godofredo, ¡aun cuando ya se habían publicado la de Kriegel, Hermann y Osenbrügen y la de Krüger-Mommsen!

En la misma Barcelona, poco después, Ildefonso García del Corral publicaba una edición bilingüe de todo el *Corpus*, con el nombre de *Cuerpo de Derecho Civil romano*, en seis volúmenes, 1889-1898, hecha sobre la versión latina de Kriegel, Hermann y Osenbrügen.

Últimamente, con fin de servir a la enseñanza, Alvaro d'Ors y otros romanistas españoles bajo su dirección, hicieron una traducción del Digesto, según la versión latina de Krüger-Mommsen, publicada en tres volúmenes, en Pamplona, 1968-1975.

De las instituciones hay varias versiones castellanas. Hoy conviene consultar la hecha por Hernández Tejero, publicada en Madrid, en 1961.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE PLANEACIÓN ADMINISTRATIVA \*

Miguel ALESSIO ROBLES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El intervencionismo gubernamental en la economía.* 1. *El principio de legalidad.* 2. *Atribuciones Constitucionales.* 3. *El artículo 25 Constitucional.* III. *Disposiciones jurídicas en materia de planeación administrativa.* 1. *Planeación administrativa a) Su función en la Administración Pública.* b) *Naturaleza jurídica.* 2. *Defectos de que adolece el sistema de planeación administrativa pública.* 3. *El artículo 26 Constitucional.* 4. *Ley de Planeación.* 5. *Proposiciones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de estas notas es el establecer una opinión sobre las reformas constitucionales en materia económica y, fundamentalmente, en lo referente a la planeación administrativa. La literatura jurídica mexicana en derecho administrativo ha proliferado en los últimos tiempos en la materia que ha sido llamada como derecho económico, no sin pretender con ello darle una autonomía prácticamente inexistente para cualquier rama jurídica y soslayando que en realidad se trata de una de las áreas en donde la norma debe regular las relaciones gobierno-gobernados, materia del género derecho administrativo.

Sea cual fuere la tendencia de los tratadistas sobre la función que los gobiernos de los Estados deben asumir en materia económica, en la mayoría de los casos se ha olvidado analizar con profundidad las causas reales de la adopción de una u otra tendencia —mercado libre o intervención directa— y, más aún, se ha evitado tomar como base de tales medidas al ordenamiento jurídico y a sus principios tradicio-

\* "El presente Trabajo fue terminado antes de la promulgación de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, respecto de la cual y en relación a aquel es necesario señalar, exclusivamente, que en virtud del contenido de su artículo sexto, continúa vigente la falta de precisión constitucional respecto a las atribuciones al Órgano Administrativo para intervenir como agente económico primario. Como queda expresado, de todas formas hubiere sido contrario a los principios constitucionales la precisión en dicha ley de tales atribuciones, pero es evidente que su falta actualiza los temores prácticos a que más adelante nos referimos".

nales, como si se dieran las condiciones para que el Estado Mexicano sea dirigido por un gobierno que actúe al margen de un régimen de derecho tan difícilmente luchado por su pueblo en una batalla aún no terminada contra sus propias circunstancias.

No sólo resulta preocupante el olvido a tales ordenamientos jurídicos y principios, sino la pugna de éstos con las disposiciones legales, cuando finalmente se recurre a ellas para encuadrar dentro de las mismas actos que por no haberlo estado con anterioridad, transgreden aquellos principios aún después de legalizados.

Nadie discute el origen liberal del constitucionalismo nacional y su paulatina mutación hacia la socialización de ciertos campos económicos que por razones de diversa índole deben ser manejados por el Estado, representado por su gobierno.<sup>1</sup> Esa privación del ejercicio del derecho de propiedad sobre ciertos bienes o del ejercicio del derecho de libre ocupación en algunos campos económicos, aunados a las limitaciones, llamadas modalidades por la Constitución, al derecho de propiedad y que se traducen en verdaderas obligaciones reales, constituyen lo que se ha denominado la función social de la propiedad o, más genéricamente, la socialización del derecho, concepto equívoco pues ha sido interpretado según los lineamientos de cada una de las dos tendencias político-económicas antes referidas.

El constitucionalismo mexicano parte de una base económica liberal que ciertamente fracasó en virtud de que su realidad social no contenía las bases para que se diera un sistema de libre mercado, con un gobierno con funciones primarias de vigilancia y regulación de la actividad particular. Así "... las imperfecciones de la libre competencia... servían sólo para mantener un sistema económico que auspiciaba y mantenía un orden social injusto, favorable a pequeñas minorías y perjudicial a los grandes sectores de la población".<sup>2</sup> En este breve comentario sobre la actividad económica gubernamental, debemos poner de relieve dos consideraciones fundamentales. Respecto a la tendencia económica, partimos de una base liberal de libre mercado, pero entendiendo que dada la disparidad de clases sociales, de igualdad de oportunidades y en la distribución de la riqueza, no solamente provocadas por los errores del capitalismo sino por las deficiencias del sistema gubernamental, se hace necesario que el gobierno, en representación de toda la Nación, intervenga directamente en la creación de ciertos bienes y en la prestación de ciertos servicios, concomitantemente o excluyendo a los par-

<sup>1</sup> DE LA MADRID HUERTADO, Miguel, *Estudios de Derecho Constitucional*, 2a. ed. México, Porrúa, 1980, pp. 14 y 15.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 18.

ticulares. Sin embargo, nuestro así llamado sistema de "economía mixta" dista mucho de haber adoptado una tendencia socializante; a manera de ejemplo fundamental diríamos que el derecho subjetivo público de propiedad privada continúa siendo, efectivamente, de propiedad privada, a pesar de que se le impongan limitaciones dictadas por el interés público, pues tales limitaciones no convierten a la propiedad en una comuna, ni le dan a ese derecho real fundamental la función social que se le pretende atribuir, sino que constituyen obligaciones reales a cargo del sujeto activo de la relación jurídica frente a uno o varios sujetos, determinados o indeterminados según la limitación de que se trate, basados en el hecho axiológico de prioridad de valores pertenecientes a más de un sujeto frente al valor de la propiedad privada *per se*, sin que tales límites al derecho de que se trata lo priven de su esencial carácter de privado para convertirlo en social.

La otra consideración consiste en el hecho de que sea cual fuere la tendencia que se adoptara en un momento determinado, es el pueblo del Estado, al través de los mecanismos legales por él adoptados y de los poderes constituidos, por él creados, el único capacitado para permitir a su gobierno la realización de determinada actividad económica, so pena de alterar el orden jurídico y el proceso civilizador y concientizados de respeto a los valores humanos y derechos ajenos, tan necesarios en un país en proceso de desarrollo no sólo material sino espiritual. Con esto queremos decir que disentimos con quienes pretenden variar los postulados básicos económicos constitucionales, en base a la adopción de las nuevas tendencias socializantes, que no solamente truncan los valores fundamentales del hombre, sino que han demostrado su ineficacia para cumplir con sus fines. Tampoco estamos de acuerdo con que las políticas intervencionistas al margen del derecho, constituyan una necesidad para variar los principios jurídicos esenciales de todo Estado de derecho que respeta aquellos valores humanos, proponiendo que varíen principios tales como la necesaria atribución constitucional a los órganos del poder público para el ejercicio de sus funciones.<sup>3</sup>

En el ámbito del derecho, las funciones económicas del gobierno se traducen en una triple división: de vigilancia, de fomento y de intervención directa, cada una de las cuales requiere necesariamente de atribuciones expresas en el ordenamiento jurídico supremo con lo que se cumple su función histórica: garantizar los derechos individuales limi-

<sup>3</sup> Ver en este sentido: DÍAZ Y DÍAZ, Martín. "El Derecho Económico: Un Asunto para Repensar el Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, México, 9, 1985, pp. 135 a 154.

tándolos cuando ello sea necesario en beneficio de la colectividad, que no es lo mismo que suprimirlos como derechos individuales para convertirlos en sociales. Ello también ha sido trasquiversado, pretendiendo considerar a esas limitaciones a los derechos fundamentales de libertad y de propiedad como un proyecto de desarrollo económico social,<sup>4</sup> cuando en realidad se trata de simples excepciones a la libertad, la propiedad y la economía de libre mercado. Cualquier disertación científica apoyadora de aquella posición económico-jurídica, se ve contradicha por la realidad a regular. En México el intervencionismo gubernamental al margen de atribuciones constitucionales ha tenido resultados tan desastrosos, al grado tal que el actual régimen se ha visto en la necesidad de suprimir empresas destinadas a crear o explotar bienes o prestar servicios no indispensables, porque no tenían tales fines económicos que cumplir sino políticos; porque teniendo esos fines éstos no eran prioritarios, o bien, porque siéndolo los fines no se cumplieron.

Ahora bien, no todos los límites constitucionales a la propiedad y libertades han tenido resultados positivos, precisamente porque no se tomaron como base los postulados de los movimientos sociales que les dieron origen. Es efectivamente cierto que el movimiento revolucionario de principios de siglo tuvo por objetivo fundamental destruir los lineamientos de un liberalismo económico radical que no permitía que existiera "...un impulso privado suficiente para llevar a cabo, por sí mismo, el desarrollo económico nacional",<sup>5</sup> pero también lo es que esos límites no siempre acogieron los postulados de tal movimiento y que los que fueron adoptados no tuvieron ni tienen resultados positivos eficientes, como sucede en el caso del programa de reforma agraria según lo reconoce el propio Díaz y Díaz.<sup>6</sup>

Para concluir esta parte introductoria quisiéramos reiterar nuestra posición. El llamado nuevo derecho económico, como tal, no puede dejar de someterse a los principios constitucionales liberales adoptados por el pueblo de México; es rotundamente falso y contrario a su idiosincrasia que la norma jurídica que rige la actividad económico gubernamental "...renuncia abiertamente a la utilización de los sistemas dogmáticos tradicionales y pretende establecer un propio sistema de reglas jurídicas inspirado en ideas económicas y políticas, es decir en principios de política económica".<sup>7</sup> no sólo por hecho de que con ello se

<sup>4</sup> *Ibidem.* pp. 150 y 151.

<sup>5</sup> *Ibidem.* p. 151.

<sup>6</sup> *Ibidem.* p. 152.

<sup>7</sup> POLO, Antonio, "El Nuevo Derecho de la Economía", en *Antología, Estudios sobre Derecho Económico*, México, UNAM, 1978, p. 77.

tratan formas de gobierno autoritario, sino porque se contrarían los principios de libertad, equidad y justicia que constituyen la base cardinal del Estado Mexicano. El interés superior, si se quiere decir con ello el valor superior desde el punto de vista axiológico, no son "...las exigencias... de la economía política".<sup>8</sup> sino aquellos valores humanos fundamentales, consagrados como derechos públicos subjetivos.

Por último, debemos indicar que al derecho económico como tal se le ha limitado, contrariando su propio significado, exclusivamente, a la participación del gobierno del Estado en la economía en cualquiera de sus tres funciones, dejando para el derecho mercantil privado la actividad económica de los particulares. Los puntos de conexión, constituidos por las disposiciones legales que regulan y fomentan la actividad económica de los gobernados, tales como las que regulan la inversión extranjera, la transferencia de tecnología, etc., han sido también consideradas como parte del derecho económico, tomando en cuenta que en ellas el gobierno también interviene, aun cuando sólo sea en su función tradicional de vigilancia y regulación, con la diferencia frente a las normas que regulan la actividad económica particular, que en aquéllas es el órgano administrativo el encargado de sancionar su violación, porque en ellas la relación a regular es del particular frente al Estado y no entre particulares entre sí, en cuyo caso la violación se constituye por una controversia a ser dirimida por el Órgano Jurisdiccional.<sup>9</sup>

Expresada nuestra opinión básica sobre los puntos a tratar, a continuación señalamos nuestra posición en función de las normas que regulan el llamado derecho económico y, fundamentalmente, la planeación administrativa.

## II. EL INTERVENCIONISMO GUBERNAMENTAL EN LA ECONÓMICA

El fracaso de la intervención directa del gobierno en campos económicos, ha visto su reacción natural en la paulatina desaparición de cientos de empresas "paraestatales", con lo que demuestra nuevamente que la incorporación a la economía nacional de modelos extraños a su tradicional sistema de economía de libre mercado con limitaciones, no resulta adecuada y está destinada a continuar provocando errores económicos en aras de la conciliación con factores reales de poder y no del

<sup>8</sup> *Loc. Cit.*

<sup>9</sup> Ver en este sentido: WITKER V. Jorge, "Derecho Económico y Planeación en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, ELD, 7, 1983, pp. 359 a 370.

bienestar general al través de un sistema económico adecuado y congruente con las posibilidades y necesidades nacionales.

El análisis de estos problemas desde un punto de vista real, concatena con su análisis desde el punto de vista estrictamente jurídico.

### 1. *El principio de legalidad*

Todos los objetivos de las sangrientas luchas que ha enfrentado el pueblo de México, quedaron plasmados en la Constitución Política que constituye la base fundamental de nuestro Estado de Derecho y en la que se señalan los principios en forma de gobierno democrático, representativo y federal y aquel según el cual se reconoce que la soberanía del Estado reside originalmente en el pueblo del mismo, el que la ha depositado en la propia Constitución, estableciéndose también como principios fundamentales los derechos públicos subjetivos de los gobernados, la forma de organización del poder público y la forma de garantizar aquellos derechos al través de procedimientos jurisdiccionales. Entre los primeros se encuentra establecido el principio de legalidad del que se desprende no sólo su concepción procesal, sino también su aplicación a toda aquella atribución constitucional a los órganos del poder público. En efecto, el pueblo del Estado, al depositar en la Constitución su soberanía y crear con ella la forma de organización del poder público, determinó cuáles eran las atribuciones que concedía a cada uno de sus órganos para que éstos, con base en ellas, realicen las funciones que tanto formal como materialmente les corresponden. Así entendido el principio cardinal de legalidad sobre el que debe descansar toda la estructura jurídica de nuestro Estado de derecho, queda claro que los órganos del poder público no pueden realizar en ejercicio de las funciones que les corresponden, sino aquello que les ha sido fijado como atribución expresa por el pueblo del Estado en la Constitución Política al través del Constituyente, Originario o Permanente, entendiendo por éste último al órgano único formado por la totalidad de los miembros que integran el Órgano Legislativo Federal y por la totalidad de las legislaturas estatales, sin injerencia de ningún otro órgano.

Discusión aparte merece la posibilidad de reformar decisiones, políticas fundamentales, lo que en nuestro concepto sólo debía ser posible con la aprobación del pueblo del Estado vía referéndum.

En materia económica se duplica la importancia de observar estrictamente el principio de legalidad, ya que cuando el Órgano Administrativo no lleva al cabo sus funciones fundando y motivando su ac-

tuación en disposiciones jurídicas constitucionales u ordinarias acordes con aquellas, no sólo viola ese principio y el derecho subjetivo público que lo contiene, sino también limita otros derechos públicos del gobernado, entre ellos el de mayor importancia, la libertad ocupacional y compite con ellos en forma desleal. Por lo que se refiere a este último derecho, debemos señalar que el artículo 5o. constitucional permite el que la autoridad gubernativa lo vea, "...en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad". Ahora bien, el vedar la libertad ocupacional por ofensa a los derechos de la sociedad, concepto por demás subjetivo a ser interpretado por el legislativo, no constituye una atribución a este órgano para determinar mediante ley formal y material los campos en los que el gobierno puede intervenir directamente con exclusión de los particulares, pues tal límite a la libertad de trabajo supone una actividad no deseable para la sociedad y, por tanto, no realizable por ninguno de los elementos humanos del Estado, es decir, ni por el pueblo ni por su gobierno. Por ello no estamos de acuerdo en que los ataques a los derechos de la sociedad sean justificados por "...las metas y estrategias de la política económica..."<sup>10</sup>

Con base en lo anterior, señalamos que la doctrina ha considerado los tres diversos tipos de atribuciones en materia económica para el Órgano Administrativo ya señalados; por lo que toca a las últimas de ellas, es decir, a las atribuciones de intervención directa, las mismas deben quedar incluidas como atribución expresa constitucional a fin de cumplir con el principio fundamental de legalidad y limitar válidamente las mal llamadas garantías individuales. Debe entenderse entonces que el derecho no es sino el marco que encuadra toda la actividad económica del Estado, incluyendo dentro de ésta a la del gobierno del mismo. Todo el derecho económico está llamado a someterse a las reglas de derecho y a los principios fundamentales sobre los que se erige el Estado de Derecho Mexicano y si tales reglas deben ser modificadas con el propósito de lograr sus primeros principios y últimas consecuencias, las reformas que sufran deben ceñirse, siempre, a aquellos principios que no derivan del ordenamiento jurídico sino de la esencial naturaleza del hombre.<sup>11</sup>

Ahora bien, para cumplir con el principio de legalidad es necesario que la atribución constitucional tenga su fundamento en una realidad social previamente analizada y que la justifique plenamente. Si de esa

<sup>10</sup> DE LA MADRID HURTADO. Ob. cit. (1). pp. 25 y 26.

<sup>11</sup> Ver: *Ibidem*. p. 20.

realidad se desprende la evidente necesidad de otorgar al Órgano Administrativo atribuciones para intervenir en forma directa en algún campo económico o, incluso, de nacionalizar alguna actividad, entonces debe reformarse la Constitución en tal sentido y por medio del órgano revisor previsto por el artículo 135. Estamos de acuerdo con Díaz y Díaz en que las variables económicas no deben eliminarse del campo jurídico,<sup>12</sup> pero en este punto sostenemos que mientras tales atribuciones no hayan sido otorgadas, el actuar del gobierno es no sólo ilegítimo por inconstitucional desde luego, sino que debe concluirse, por más utópico que sea en el momento actual, que analizada la realidad, el pueblo, al través de sus representantes, no consideró oportuno conceder dicha atribución. El libre mercado sigue siendo el natural regulador del equilibrio económico social, y sus límites deben ser expresamente regulados por el derecho positivo, como sucede parcial y deficientemente en los casos del intervencionismo gubernamental y de la planeación administrativa. El principio de legalidad requiere necesariamente un profundo análisis económico, cuyos resultados y soluciones puedan ser sancionados por aquél. Resulta falso que el libre mercado irremediablemente se traduzca en monopolio,<sup>13</sup> pues en ese sentido la práctica libre concurrencial sería siempre considerada como monopólica y, por tanto, inconstitucional. Además ese principio no siempre requiere de atribuciones que permitan al Órgano Administrativo intervenir directamente, sino que en ocasiones es suficiente incrementar las atribuciones de vigilancia y fomento.

## 2. Atribuciones Constitucionales

Según quedará anotado más adelante, la planeación administrativa se hace dramáticamente necesaria, fundamentalmente, en virtud de la creciente intervención del gobierno en materia económica, principalmente en la creación directa de bienes y servicios. Es respecto a este punto donde deseamos hacer un comentario preliminar antes de entrar al análisis que nos ocupa, porque consideramos que cualquier estudio jurídico sobre la planeación administrativa, por breve que sea como el presente, requiere centrar el problema en base a las facultades constitucionales del órgano del poder público que ejecuta sus funciones al través de planes. Y es en este primer paso donde se vislumbra el primer defecto de que adolece nuestro sistema de planeación desde el punto

<sup>12</sup> Ob. cit. (3), p. 136.

<sup>13</sup> DÍAZ Y DÍAZ. Ob. cit. (3), p. 141.

de vista jurídico. Para lograr la brevedad deseada se distinguen tres momentos: la actividad del gobierno, de hecho, antes y después de la reciente reforma constitucional en materia económica; esa actividad vista desde el punto de vista jurídico antes del 3 de febrero de 1983, fecha en que la misma entró en vigor y, por último, el análisis de esa actividad desde la actual perspectiva constitucional.

Debemos señalar que no pasamos por alto el hecho de que en ocasiones esa actividad económica del gobierno no sólo es necesaria sino indispensable, ya sea por la necesidad de explotar recursos de propiedad pública de alto costo y poco rendimiento; porque se encuentre indispensable el nacionalizar mediante reforma a la Constitución ciertas actividades que por su importancia requieren ser manejadas en un cien por ciento por el gobierno o bien, porque la actividad empresarial no se dedique a crear bienes u otorgar servicios necesarios pero poco lucrativos. Pero así entendida la problemática real que el derecho debe regular con el fin de lograr sus fines, debe quedar claro que esas actividades para poder realizarse bajo el manto del derecho y del principio cardinal de legalidad, requieren fundamentalmente estar incluidas como atribución constitucional a aquel órgano que la lleva al cabo, es decir al Administrativo.

Pues bien, sentadas esas premisas debemos señalar, primero, que la situación *de facto* en esa materia se ha venido desarrollando por el gobierno manejando arbitrariamente el concepto de economía mixta y, con pretexto del subjetivo y absoluto concepto de "interés público", ha venido absorbiendo un gran número de actividades que antiguamente eran de desempeño exclusivo de los particulares, teniendo como único límite, hasta ahora, su propia determinación, lo que se refleja en la expansión de las dependencias de la Administración Pública Centralizada y, principalmente, en el desmedido aumento de las empresas paraestatales.<sup>14</sup>

Andrés Serra Rojas ha opinado en diversa manera. Señala el maestro como ejemplo de actividades que resumen la válida intervención del gobierno en la economía creando directamente bienes y servicios, la que realiza al través de la Conasupo, olvidándose de señalar el fundamento y motivación de esa actividad específica.<sup>15</sup> No podemos tampoco aceptar que el derecho quede subordinado a ciertos índices o señala-

<sup>14</sup> Ver: CORREA SIQUEIROS, Alfredo, *Límites a la Actividad Económica del Estado a la Luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Tesis Profesional, ELD, México, 1980.

<sup>15</sup> *Derecho Económico*, México, Porrúa, 1981, p. 91.

mientos económicos que varían según la época;<sup>16</sup> repetimos que nuestro concepto si la realidad que regula el derecho económico varía por circunstancias propias de la vida social, es aquél el que debe variar sus postulados con el propósito de lograr sus fines, pues de no entenderse así la base de nuestro Estado de Derecho, terminaríamos por convertir las disposiciones jurídicas en estériles por conservadoras e inflexibles. A la luz de lo anterior, debemos señalar que hasta el 3 de febrero de 1983, ninguna de las actividades del gobierno tendientes a crear directamente bienes y servicios, se realizaban atendiendo a los postulados de nuestro más alto ordenamiento jurídico, salvo aquellas señaladas por los artículos 27 y 28 Constitucionales, siguiendo los lineamientos de la más estricta interpretación constitucional.

Bien podrían encontrarse en el texto de esa ley fundamental algunas otras atribuciones al Órgano Administrativo en la materia que nos ocupa, pero nos parece que si la interpretación que se haga de la disposición jurídica que la contenga no puede hacerse en forma gramatical, sino torciendo el sentido de la misma y aplicando criterios de interpretación analógica o de mayoría de razón, estaríamos frente a un caso de dudosa constitucionalidad, pues o bien esa actividad es necesario que la ejecute el gobierno y en ese caso se haría necesario reformar la Constitución para darle cabida como atribución directa y expresa al Órgano Administrativo<sup>17</sup> o bien, debe entenderse que no fue la intención del Constituyente que esa actividad fuera llevada al cabo por el poder público.<sup>18</sup> En nuestro concepto las disposiciones jurídicas fundamentales no pueden, ni deben interpretarse atendiendo a la situación histórica que regulan. Aquéllas deben variar, repetimos, para adecuarse a esa realidad social que el derecho debe regular, con base en los principios fundamentales; resulta lastimosa la paulatina desaparición de estos principios de la literatura jurídica mexicana que propicia sin duda el rompimiento a los naturales obstáculos creados para limitar el ejercicio del poder público.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>17</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del seguro social que presta el Órgano Administrativo. Ver. art. 123-XXIX.

<sup>18</sup> Nos parece erróneo pretender buscar el fundamento del intervencionismo en la atribución que el Art. 27 concede al poder público para: "...REGULAR el aprovechamiento de los elementos NATURALES susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación..." DE LA MADRID HURTADO. ob. cit. (1) p. 22.

<sup>19</sup> Ver: CUADRA HÉCTOR, "Las Vicisitudes del Derecho Económico en México a partir de 1917", en *Antología. Estudios de Derecho Económico*, México, UNAM, 1978 p.p. 97 y ss. Ver especialmente penúltimo párrafo p. 113.

Para nosotros es, pues, claro que desde el punto de vista jurídico, el gobierno del Estado no tenía facultades constitucionales para crear bienes y servicios fuera de los señalados por la Constitución hasta esa fecha, aunque la realidad mostraba otras necesidades totalmente distintas y que por ser acogidas sin realizarse previamente las reformas jurídico constitucionales pertinentes que ya desde entonces se habían hecho necesarias, se abusó de esa mecánica al grado que el gobierno ha intervenido en campos en los que su presencia no es sólo necesaria sino absurda.<sup>20</sup> "El Estado, ante la pluralidad y acrecentamiento de las necesidades sociales y económicas, empieza a organizar una nueva estrategia de intervención en sectores económicos que a la luz de la Constitución, en mi opinión, le estaban totalmente vedadas."<sup>21</sup> Aun para quienes la interpretación del ambivalente artículo 28 constitucional es de corte intervencionista, debe suponerse la actividad regida por atribuciones expresas, tal y como lo reconoce De la Madrid Hurtado cuando dice que "...una de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución de 1917 fue el establecimiento de un régimen jurídico para un sistema económico mixto, en donde, conservándose los mecanismos de mercado para dejar a los particulares un amplio margen de libertad económica, se responsabilizó al Estado de una política económica positiva y activa..."<sup>22</sup> La mejor prueba de todo lo anterior se ve en las nacionalizaciones de ciertas actividades. Cuando del análisis socioeconómico resulta la necesidad de que el Estado se reserve exclusivamente la prestación de algún servicio o la creación o explotación de ciertos bienes, se hace necesaria la reforma o adición constitucional correspondiente para limitar válidamente las garantías individuales; cualquier nacionalización hecha a través de medios distintos resulta abiertamente inconstitucional, como sucedió en el caso del servicio de banca y crédito, por lo menos, antes de la reforma al artículo 28 constitucional.<sup>23</sup>

Por lo que se refiere al marco jurídico de esa actividad económica analizada a la luz de las recientes reformas constitucionales, debe ponerse de relieve en un primer plano nuestra opinión en el sentido de que el Constituyente no puede delegar en el Congreso de la Unión la facultad de señalar en ley formal y material las atribuciones con las que los órganos del poder público pueden y deben cumplir con sus funciones,

<sup>20</sup> SERRA ROJAS, Andrés. *Ob. cit.* (15), pp. 174 y ss.

<sup>21</sup> HAMDAN, AMAD, Fauzi, "Análisis de las Recientes Reformas Constitucionales en Materia Económica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, 8, tomo 2, 1984, p. 653, México.

<sup>22</sup> *Ob. Cit.* (1) p. 31.

<sup>23</sup> En el mismo sentido: DÍAZ Y DÍAZ. *Ob. cit.* (3) p. 144.

tal y como lo señala el artículo 28 Constitucional. Es falso que en el caso de nuestro país, sean las leyes reglamentarias las que reserven sectores económicos al Estado; las que cita Eduardo White<sup>24</sup> no son sino reglamentaciones de atribuciones constitucionales, salvo de la Ley de Inversiones Extranjeras que ninguna atribución contiene; de todas formas, cualquier ley que conceda atribuciones distintas a las constitucionales resulta, evidentemente contraria al máximo ordenamiento jurídico. Con ello quedó demostrado que el Órgano Reformador reconoció que era necesario dotar de atribuciones constitucionales al Órgano Administrativo para legitimar su actuación de facto en la materia, reconociendo por tanto la inconstitucionalidad de todos esos actos realizados hasta entonces, tal como sucedió con la fijación de precios a artículos básicos, mediante la constitucionalización de la Ley de Atribuciones al Ejecutivo en Materia Económica por la facultad otorgada recientemente en el propio artículo 28. Queda entonces debidamente aclarado que desde nuestro punto de vista, la situación real que vive el país requiere, en ocasiones en forma verdaderamente apremiante, que el gobierno del Estado intervenga directamente en el campo económico creando bienes o proporcionando servicios en forma directa, pero esa realidad también demuestra que el intervencionismo gubernamental es innecesario en muchos casos y, en algunos otros, llega a ser hasta perjudicial desde el punto de vista presupuestal y de economía nacional, primordialmente por la competencia desleal que lleva al cabo el gobierno frente a los particulares.

Así entendida la realidad social, quedan de relieve dos puntos primordiales: la filosofía administrativa del actual régimen es correcta por cuanto que ha considerado que el Órgano Administrativo no debe participar en empresas en las que su presencia no es necesaria; por otro lado, para que pueda éste participar en esas empresas, en forma individual o con los particulares, es necesario darle atribuciones constitucionales a fin de cumplir con los principios fundamentales sobre los que se erige nuestro Estado de Derecho. No es suficiente el considerar el que nuestra Constitución establezca "...bases que condicionan el aspecto institucional de nuestro sistema económico",<sup>25</sup> porque se requiere respetar cabalmente los principios de legalidad y de libre ocupación a que hemos hecho referencia, mediante atribuciones expresas directas, establecidas por justa necesidad.

<sup>24</sup> "El Derecho Económico en los Países del Tercer Mundo. El caso de América Latina", en *Antología...* Ob. cit. (7), p. 172.

<sup>25</sup> DE LA MADRID HURTADO, Miguel. Ob. cit. (1) p. 14.

Por último bastarían unos breves comentarios sobre las otras reformas constitucionales en la materia, tomados de la opinión del maestro Hamdan Amad,<sup>26</sup> con quien estamos de acuerdo salvo en el hecho de que parece admitir que las áreas "prioritarias" en las que puede intervenir el Estado como agente activo, pueden válidamente establecerse en ley, pues resulta ilógico y contrario a los principios invocados que algunas de esas áreas estratégicas sí están expresamente señaladas en la Constitución y que otras puedan establecerse en ordenamientos jurídicos inferiores.

Otra de las innovaciones del artículo 28 es la previsión del régimen del servicio público, señalándose que una actividad puede ser considerada por ley con esa característica y por tanto, sujeta a concesión su desarrollo por los particulares, lo que nos lleva a la misma crítica porque sin una base positiva justa, bien podría considerarse cualquier actividad normalmente reservada a los gobernados como servicio público y por tanto requerirse concesión para su desarrollo, situación que desde luego altera el orden jurídico pues esa ley sería abiertamente contraria a la garantía de libre ocupación. Reiteramos que cualquier excepción a los derechos subjetivos públicos debe estar contenida en la Constitución, al igual que las atribuciones de los órganos del poder público. Difícil sería considerar la justicia de una ley que estableciera que una actividad es considerada como servicio público por la ambigüedad del concepto que resulta evidentemente absoluto y subjetivo.

Tal y como lo señala Hamdan Amad,<sup>27</sup> la única adición necesaria a las facultades del Congreso en el artículo 73-XXIX, lo es la contenida en el segundo inciso para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico. La facultad de expedir leyes en materia de inversión extranjera y transferencia de tecnología, ratifica lo dicho en párrafos anteriores, es decir, antes de la reforma no había facultades para que el Congreso de la Unión expidiera leyes sobre tales materias y habiéndose expedido, éstas eran inconstitucionales.

### 3. El Artículo 25 Constitucional

Difícil resulta un análisis científico a esta disposición constitucional, porque su contenido es de carácter puramente político más que jurídico; "...contiene declaraciones y propósitos más que normas jurí-

<sup>26</sup> Ob. Cit. (21), pp. 656 y 657.

<sup>27</sup> Loc. cit.

dicas vinculatorias y sobre todo los fines de la actividad económica que dan lugar a las atribuciones de conducción económica constituyen fines absolutos, generales y ambiguos." <sup>28</sup>

Hablar de rectoría económica del gobierno del Estado es hablar de las tres funciones tradicionales del Órgano Administrativo. La inclusión de conceptos tan demagógicos en la parte dogmática del máximo ordenamiento jurídico resulta a todas luces absurda y representa el poco respeto que se le ha dado a aquél a partir del presidencialismo absoluto que nos rige.

México seguirá siendo un Estado de Derecho en la medida en que se considere que sólo a través de facultades expresas pueden los órganos del poder público ejercer funciones de cualquier tipo; en materia económica, es indispensable que sobre todo en los casos de intervención directa, el Órgano Administrativo cuente con atribuciones que el pueblo del Estado le otorgue al través de sus representantes en la Constitución, pues esta es la única forma jurídicamente válida en la que el propio pueblo puede autolimitar sus derechos subjetivos públicos de libre ocupación y de libre empresa sin monopolio. Quienes de una u otra forma defienden el régimen de "economía mixta" están de acuerdo en la necesidad de la existencia de tales atribuciones; tíbiamente pero con ese sentido De la Madrid Hurtado señala: "...la amplitud de la libertad económica de los agentes privados en el proceso económico y las facultades (atribuciones) del Estado (gobierno) para orientar dicho proceso o para, inclusive, intervenir directamente en él, ya sea con exclusión o en competencia con los particulares".<sup>29</sup> Ya hemos señalado que la rectoría económica del gobierno del Estado no es un concepto absoluto que pueda utilizarse demagógicamente, sino un concepto genérico, traducido en las tres funciones tradicionales que en el caso de nuestro país han sido utilizadas al margen de la Constitución y con excesos paternalistas que han demostrado su ineficacia y malos resultados. Reiteramos que no puede entenderse la rectoría económica necesariamente en base al intervencionismo, sino que la misma puede presentarse a través de actos de fomento o de simple regulación y vigilancia. La confusión de los términos ha orillado al actuar ilegítimo del gobierno del Estado.<sup>30</sup>

Es debido al olvido de todos estos principios la razón por la cual el artículo 25 constitucional se convierte en un medio legal que puede

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 657.

<sup>29</sup> Ob. cit. (1) p. 21.

<sup>30</sup> Ver: *Ibidem*. p. 19.

desequilibrar el "proyecto económico" del Constituyente de 1916-1917, que previó un régimen económico liberal restringido, originalmente en ciertas áreas en las que el gobierno del Estado podía intervenir directamente creando o explotando bienes y prestando servicios con exclusión de los gobernados o concomitantemente con ellos. Paradójicamente la situación actual ha evolucionado en sentido inverso; las condiciones de nuestra economía en crisis han provocado medidas radicales hacia la desaparición de organismos gubernamentales innecesarios. Es quizá que el análisis de las nuevas disposiciones constitucionales en materia económica ha sido soslayado por quienes pretenden justificar con ellas un régimen económico intervencionista mayor al proyectado por el pueblo de México en su Constitución vigente,<sup>31</sup> y también quizá por ello la ley reglamentaria en la materia, prevista por los artículos 25 y 28 no será expedida sino hasta que concluya el proyecto de "regresión" mediante la desaparición de empresas que actúan en campos no prioritarios. Además sobre este punto es necesario decir con Hamdan Amad que dicha ley "...será producto única y exclusivamente del Ejecutivo y que el Congreso de la Unión para satisfacer un requisito únicamente formal, la aprobará sin reticencias, objeciones o modificaciones substanciales que vengán verdaderamente a salvaguardar las libertades que la Constitución consagra. Puedo anticipar que dicha ley, bajo el contexto simbólico y general del artículo 25 Constitucional, será una ley ambigua con amplísimas facultades discrecionales al Ejecutivo." <sup>32</sup>

### III. DISPOSICIONES JURÍDICAS EN MATERIA DE PLANEACIÓN ADMINISTRATIVA

#### 1. *Planeación Administrativa*

a) Su Función en la Administración Pública. Indudablemente son varias las causas que obligan a los estados modernos a dirigir las actividades de la administración pública al través de planes administrativos. Una de ellas y la más importante, ya lo hemos dejado ver en líneas anteriores, lo es la creciente intervención del gobierno del Estado en la economía no sólo al margen de nuestra Constitución, sino al margen también de las necesidades reales a cuyas funciones están destinadas. De lo anterior derivan diversas causas, entre ellas, el constante crecimiento del Órgano Administrativo, no sólo de las dependencias de

<sup>31</sup> DÍAZ Y DÍAZ. Ob. Cit. (3) p. 152.

<sup>32</sup> Ob. Cit. (21). p. 657.

éste y de las empresas paraestatales, sino también del aparato burocrático que éstas requieren. La conducción interna del crédito se constituye en otra de las causas importantes aquí mencionadas. Por otro lado, la centralización de las actividades gubernamentales y, sobre todo, de las funciones financieras del gobierno del Estado se añan a las causas hasta este momento señaladas, provocando la necesidad de que las entidades de la Administración Pública Federal adolezcan de autonomía orgánica para sólo gozar de autonomía técnica, pero aun así, los diversos grados de autonomía hacen requerir que todas las actividades del Órgano Administrativo, tanto las centralizadas como las descentralizadas, se realicen al través de planes con el fin de coordinarlas.

En nuestro concepto, planear es fijar objetivos o metas para el corto, mediano y largo plazo, estableciendo mecanismos para lograrlas reduciendo el número de alternativas que se presentan de acuerdo a los medios disponibles, llevando a efecto esos mecanismos al través de la ejecución y actualización de las metas y por medio del control de aquellos y la revisión de éstas. Los planes administrativos se llevan al cabo siguiendo las 5 siguientes etapas básicas: diagnóstico, formulación, control, ejecución y revisión.

Ahora bien, programar es un mecanismo para hacer efectivos los instrumentos previstos para lograr las metas establecidas en los planes para el corto plazo. Adentrándonos un poco en los objetivos principales de este ensayo, debemos señalar que la reforma constitucional al artículo 74-IV, por virtud de la cual se dieron facultades a la Cámara de Diputados para revisar la Cuenta Pública con objeto "de conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas", no pugna con las reformas constitucionales a fin de instrumentar jurídicamente la planeación administrativa en virtud de que, como se ha señalado, los programas no son sino mecanismos para hacer efectivas las metas previstas en los planes para el corto plazo.

b) *Naturaleza Jurídica*. Hasta el momento actual, los planes administrativos son, en nuestro concepto, documentos en los cuales el Órgano Administrativo basa el ejercicio de sus actividades propias. Todo aquel que administra y, con mayor razón, quien administra un país, tiene dentro de sus funciones la de planear el ejercicio de las mismas. Por esta misma razón, consideramos que el Órgano Legislativo no requeriría de facultades expresas para legislar en materia de planeación, en virtud de las facultades implícitas otorgadas en la fracción XXX del artículo 73 Constitucional, pero en este caso se limitaría gravemente

una correcta instrumentación jurídica de la actividad que nos ocupa. Por ello, se hacía necesario dotar a ambos órganos de atribuciones constitucionales expresas con el fin de subsanar los defectos de que adolece nuestro sistema de planeación, mismos que subsisten con su reciente instrumentación jurídica.

## 2. *Defectos de que adolece el Sistema de Planeación Administrativa Pública.*

En efecto, desde el punto de vista de la reforma constitucional y partiendo de la base de que los planes administrativos son únicamente órdenes que el titular del Órgano Administrativo da a los miembros de ese órgano en ejercicio de su facultad de mando y para quienes sí son obligatorios, los planes antes y después de la reforma adolecen, fundamentalmente, de los siguientes defectos desde el punto de vista estrictamente jurídico:

— No vinculan jurídicamente al Órgano Legislativo a pesar de que éste tiene múltiples ingerencias en la actividad económica del gobierno del Estado. En virtud de lo anterior, no sólo se dan los dos defectos siguientes, dado que al no vincular a dicho órgano, mantienen los planes de su actual naturaleza jurídica ya mencionada, sino que también se incurre en la siguiente posición contradictoria, analizada, nuevamente, únicamente desde el punto de vista jurídico.

Para ello demos simplemente un ejemplo: las leyes de ingresos y de presupuestos de egresos, como tales, obligan no sólo al Presidente de la República, sino al propio Congreso. En el supuesto de que en nuestro país este último realmente ejercitara sus atribuciones como contrapeso al poder absoluto de aquél, podría variar estos instrumentos de ejecución de metas a corto plazo de los cauces señalados en los planes que no lo obligan en su actual manifestación e instrumentación jurídica. Sólo dándole obligatoriedad a los planes administrativos como actos formal y materialmente legislativos podrá subsanarse este defecto.<sup>33</sup>

— Los planes adolecen de falta de continuidad, lo que provoca no sólo su inestabilidad, sino que queda en ellos instrumentada una de las

<sup>33</sup> Ver en este sentido: BELTRÁN FARRERA, Carolina, "Fundamentos Constitucionales de la Organización del Poder Público y de sus Funciones Planificadoras", en *Revista La Justicia*, diciembre 1964, p. 39, México, y RANGEL COUTO, Hugo, "Derecho Económico Mexicano", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, 1982, Porrúa, p. 714, México, así como HAMDAN AMAD. *Ob. cit.* (21), p. 658.

causas que provocan grandes desconciertos en el país por los cambios de política económica que ocurren cada cambio de administración sexenal y que constituyen graves factores de rigidez para la elaboración de subsecuentes planes.<sup>34</sup> Así lo ha sostenido también recientemente Rangel Couto.<sup>35</sup>

— Al no obligar los planes al titular del Órgano Administrativo, la falta de cumplimiento por parte de éste de las metas y mecanismos en él contenidos por causas a aquél imputables, no le acarrería ninguna responsabilidad, independientemente de la inmunidad temporal de que goza en virtud de su investidura y amén de que tanto metas como mecanismos podrían ser variados a su libre arbitrio, lo que no corresponde a un Estado de Derecho como el nuestro.

### 3. *El Artículo 26 Constitucional.*

El artículo 26 Constitucional fue reformado para incluir en él, el fundamento de la función planificadora del gobierno del Estado.<sup>36</sup> Comienza dicho precepto, señalando que: "El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural de la Nación". Entendiendo por "Estado" al gobierno del mismo, creemos que se incurre en imprecisión, pues si bien es cierto que deben concurrir todos los órganos del poder público a la formación de los planes, no corresponde a éstos "la organización del sistema" al través del cual aquellos se crearán, sino a la ley reglamentaria del precepto constitucional en el que sólo deben contenerse las atribuciones a cada uno de ellos.

Por otro lado, no podemos determinar en realidad qué garantía individual, o mejor dicho, qué derecho público subjetivo contiene esta disposición, ni el porqué se incluyó dentro del capítulo de garantías individuales; es tiempo ya de otorgar a nuestra ley primaria la importancia y trascendencia que tiene, dejando a un lado la práctica de manejar las disposiciones jurídicas, más aún las fundamentales, al servicio de intereses primordiales políticos. Nos parece que los demás conceptos subje-

<sup>34</sup> Ver: CIBOTTI, Ricardo, "Cuadernos del Instituto Latinoamericano de Planeación Económica y Social". Santiago de Chile, 1968, y CIBOTTI Ricardo y SIERRA Enrique, "El Sector Público en la Planeación del Desarrollo". Siglo XXI Editores. 1979.

<sup>35</sup> Ob. Cit. (33). p.p. 712 a 714.

<sup>36</sup> Artículo 3o. del decreto del 2 de febrero de 1983, publicado en el Diario Oficial el 3 del mismo mes.

tivos y absolutos a que se refiere el párrafo transcrito, determinan más que el contenido de una disposición jurídica fundamental, el de una carta de buena intención, impropia para formar parte de nuestro más alto ordenamiento jurídico.<sup>37</sup>

Por lo que toca a los dos siguientes párrafos, relativos concretamente a la "democratización" de la planeación, serán comentados brevemente al hablar de las disposiciones que los reglamentan, en donde quedará precisado no sólo si es o no conveniente recurrir a esa forma de gobierno y administración para el caso de la elaboración de planes administrativos, sino también si se eligieron los medios idóneos para dar cumplimiento a lo ordenado por esta "garantía individual". Por último, cabe señalar que no es jurídicamente posible que el Congreso de la Unión se dé a sí mismo atribuciones en materia de planeación al través de leyes formales y materiales. Las atribuciones de los órganos sólo pueden ser otorgados por el Constituyente, Originario o Permanente, en la Constitución. Delegar en el Congreso de la Unión la facultad de darse a sí mismo atribuciones, va en contra de ella, y es característica de los estados totalitarios y absolutistas, siendo en el caso de nuestro país de vital importancia el respeto a ese principio fundamental, ya que sabido es que aquél es un órgano subordinado al Presidente de la República en las decisiones trascendentales, lo que provoca necesariamente una falta de equilibrio en el ejercicio del poder.

### 4. *Ley de Planeación*

Al emitir algunos comentarios respecto del contenido de la ley que reglamenta la "garantía constitucional" en materia de planeación administrativa, partimos de la base de que adolece de los mismos defectos señalados al hablar de la reforma al artículo 26 Constitucional y, en general, toda la instrumentación jurídica de la mencionada actividad. Bajo esa premisa, ordenaremos nuestros comentarios para analizar, en primer término, los puntos constitucionales diversos y pertinentes al caso y, posteriormente, las normas importantes contenidas en la ley.

Respecto a las atribuciones del Congreso para expedir la Ley, debemos poner de relieve que curiosamente la Ley de Planeación fue expedida por el Congreso de la Unión el 29 de diciembre de 1982 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero siguiente, no obstante que el artículo 26 Constitucional fue reformado por el artículo tercero del decreto emitido hasta el 2 de febrero de 1983 y publicado hasta

<sup>37</sup> Ver: HAMDAN AMAD. Ob. Cit. (21) p.p. 657 y 658.

el día 3 del mismo mes y año; por otro lado, en esas mismas fechas se emitió y publicó el decreto que adicionaba a la fracción XXIX del artículo 73 Constitucional, un inciso D en el que se otorga al Congreso de la Unión la facultad de "expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social". Destaca pues el hecho de que el Congreso expidió la ley sin atribuciones constitucionales para ello, práctica ilegal que continuamente se ha venido realizando con olvido total del más elemental principio de legalidad.

— La ley es una ley operativa o, en otros términos, una ley que regula el procedimiento para la elaboración de los planes.

— Señalado ya el defecto de que adolece el artículo 26 Constitucional al determinar que el Congreso es quien debe señalarse a sí mismo atribuciones en materia de planeación, conviene ahora poner de relieve que éste, resaltando su sumisión tradicional al Órgano Administrativo, señaló que el Presidente de la República debe enviarle el plan "para su examen y opinión" lo que no lleva a ningún lado la intervención del Órgano Legislativo en la elaboración de los planes administrativos.

— Atendiendo a la mencionada naturaleza jurídica actual de los planes administrativos, debe señalarse que prevalece desde un punto de vista estrictamente jurídico la obligatoriedad de las leyes de presupuesto de egresos e ingresos frente a la nula obligatoriedad de los planes administrativos para el Órgano Legislativo. Por ello la ley no hace sino precisar que dichas leyes deben relacionarse "en lo conducente" con los planes administrativos, sin fijar ni para el Ejecutivo, ni mucho menos al Legislativo, obligación de sujeción alguna a los planes administrativos, a pesar de que éstos, como ha quedado precisado en líneas anteriores, desde el punto de vista administrativo, son un instrumento superior en jerarquía en relación a sus respectivos contenidos.<sup>38</sup>

— La naturaleza de los planes a que hemos hecho referencia queda relativamente establecida en el artículo 9o. de la Ley.

— La ley ordena al Presidente señalar las "relaciones" que existan entre el plan y las diversas iniciativas de ley, reglamentos, acuerdos y decretos. Por lo que se refiere a las primeras, es decir, a los proyectos de iniciativa de ley, cabe señalar únicamente que cuando dichos proyectos sean enviados como iniciativa de ley al Congreso, en términos estrictamente jurídicos, la mención que se haga ya sea en la exposición de motivos o en su texto de las relaciones que existan con el plan son inútiles y estériles, en virtud de que las disposiciones de este último no obligan por ningún concepto al Órgano Legislativo, independien-

<sup>38</sup> Artículos 6 a 8.

temente de la indeseable y constante práctica de aprobar, casi sin enmienda alguna, las iniciativas de ley del Presidente.

— Tal y como se señala en la ley,<sup>39</sup> la resolución sobre las "dudas que surjan sobre la interpretación de la ley" (*sic*), corresponde a la atribución constitucional dada al Presidente para reglamentar las Leyes (Art. 89-I), y esa atribución no puede ser delegada en el titular de la Secretaría de Programación y Presupuesto como se pretende.

— Dentro de la jerarquía jurídica de las disposiciones que integran el sistema de planeación es un acierto, de acuerdo a lo comentado, el que en el capítulo denominado "Sistema Nacional de Planeación Democrática" se subordinen los programas administrativos a los planes, aunque en determinadas materias consideramos que es necesario formular planes parciales aun cuando éstos no sean sometidos a los mismos requisitos formales que proponemos para el plan global, siempre y cuando sean sometidos a la aprobación del Congreso con el propósito de que éstos sean por naturaleza leyes formales y materiales, subsanándose así los defectos de que adolece nuestro actual sistema.

— Por lo que se refiere al capítulo denominado Participación Social en la Planeación, ya hemos señalado que nos parece un sistema de poca relevancia el llamado por la ley como de "consulta popular". El de referéndum, como institución de mayor trascendencia en el sistema democrático y que en los casos de otras iniciativas de leyes debiera adoptarse, no es recomendable para la elaboración de planes administrativos por el poco conocimiento del pueblo del Estado en las cuestiones de la administración pública.<sup>40</sup> La ley de planeación debe reglamentar un proceso al través del cual el Presidente deba escuchar obligatoriamente la opinión de los Órganos Descentralizados por Colaboración.

— Respecto al capítulo cuarto de la ley cabe únicamente señalar, abundando en lo mencionado en los párrafos que preceden, que en virtud de que los programas tienen por objeto, exclusivamente, establecer mecanismos para el logro de las metas previstas en el plan global para el corto plazo, se hace necesario en nuestro concepto elaborar planes parciales y sectoriales, entendiendo por los primeros aquellos que llevan al cabo un desarrollo pormenorizado de una parte específica del plan global en el corto y mediano plazo y, por los segundos, aquellos

<sup>39</sup> Artículo 11.

<sup>40</sup> Ver: HAMDAN AMAD, Fauzi, "El Referéndum: Institución Genuinamente Democrática que no debe Circunscribirse su Aplicación al Distrito Federal, sino Hacerlo Extensivo al Ámbito Federal", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, ELD, núm. 4, México, 1980, p.p. 337 y ss. En contra ver: DÍAZ Y DÍAZ. Ob. Cit. (3), p. 139.

que delimitan un sector específico del mismo en cualquiera de los plazos de consecución de metas en él fijados, es decir, en el corto, mediano o largo plazo.

— A pesar de los enunciados del artículo 40, que acorde con la naturaleza jurídica de los planes sólo habla de vinculación al plan de los proyectos de leyes de ingresos y presupuesto de egresos, cabe reiterar que aquél no vincula al Órgano Legislativo y que en términos reales tampoco obliga al titular del Administrativo, quien puede variar el o los planes según su propia determinación.

— La abrogación de la ley sobre Planeación General de la República, prevista en el artículo tercero transitorio de la ley, es innecesaria pues, independientemente de la inconstitucionalidad de ésta, la misma no se encontraba en vigor. En efecto, dicha ley fue expedida por el Presidente de la República en uso de "facultades extraordinarias para legislar" que el Congreso le había conferido sin haber mediado, previamente, situación alguna que haya dado lugar a suspender garantías individuales y sin que éstas hayan sido suspendidas sin razón alguna, creándose por ende la ley al través de una inconstitucional delegación de facultades para legislar, violatoria del artículo 49 constitucional en relación con el artículo 29. No obstante lo anterior, suponiendo la constitucionalidad de la ley, debe entenderse que la misma dejó de estar en vigor cuando dejó de existir la supuesta causa que dio lugar a la supuesta suspensión de garantías.

— Por último, debemos anotar que nos parece absurdo el contenido del artículo 5o. transitorio de la ley. No es constitucionalmente posible que el Congreso ordene al Presidente la formulación de iniciativas de leyes; ésta es una atribución que corresponde tanto a aquél, como a los Diputados y Senadores al Congreso y a las Legislaturas de los Estados y por su naturaleza es facultativa y no obligatoria. El hecho de que el Congreso señale que el "Ejecutivo Federal deberá proceder a ...efecto de formular... las iniciativas de reformas..." (a disposiciones legales), se traduce en una confirmación de la sumisión del Órgano Legislativo al titular del Administrativo, propia de Estados totalitarios. Es evidente que esta disposición no es obstáculo para que los Diputados, Senadores y Legislaturas Estatales hagan uso de esa atribución.

De conformidad con las proposiciones que realizamos para la instrumentación jurídica de los planes, sentimos que la ley de planeación debe contener, exclusivamente, disposiciones que regulen el procedimiento para la creación de los planes administrativos, sean éstos globales, parciales o sectoriales. En ella debe incluirse la obligación de

modificar los planes a medida que las metas a corto y mediano plazo vayan cumpliéndose o en la medida en que éstas dejen de cumplirse.

### 5. *Proposiciones*

Desde nuestro punto de vista, la instrumentación jurídica de los planes, desde la perspectiva constitucional, debe llevarse a efecto bajo las siguientes bases con el propósito de subsanar los defectos de que adolece nuestro actual sistema.<sup>41</sup>

— El Órgano Legislativo debe intervenir en la elaboración de los planes. Las atribuciones constitucionales que se le otorgarán con ese propósito no sólo tendrían por objeto subsanar los defectos ya mencionados; se trata también de hacer a ese órgano corresponsable de los actos al través de los cuales el Órgano Administrativo conducirá sus actividades y de crear ordenamientos jurídicos en base a los cuales aquél pueda basar el ejercicio de sus atribuciones en materias que de acuerdo con la ciencia administrativa dependen de los postulados básicos que se fijan en los planes administrativos.

Lo anterior no es sólo medio para encuadrar dentro de nuestra estructura jurídica a la actividad planificadora del gobierno, tiene también base en el actual sistema político del país. En efecto, sabido es que cualquier plan sometido por el Presidente al Congreso para su aprobación, sería irremediamente convertido por éste en ley formal y material. La proposición no tiene por objeto sino permitir que el derecho, analizado desde el punto de vista de los fines que persigue, instrumente una realidad hoy necesaria pero mal entendida a la ley del derecho económico y mal estructurada desde el punto de vista estrictamente jurídico a la luz de las recientes reformas constitucionales.

— La iniciativa de los planes debe corresponder, en virtud de la naturaleza intrínseca de éstos y de los fines que persigue, exclusivamente al órgano del poder público encargado de aplicarlos, es decir, al Administrativo.

— Esta iniciativa debe ser formulada por el Presidente de la República en unión de sus principales colaboradores y estructurado, finalmente, por la Secretaría de Programación y Presupuesto, cuyo nombre por cierto debería modificarse, atendiendo a la jerarquización de planes y programas a que antes nos hemos referido, para denominarse de Planeación y Presupuesto.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Ver: ALESSIO ROBLES, Miguel, *Ensayo para la Instrumentación Jurídica de los Planes Administrativos*, Tesis Profesional, ELD, México, 1982.

<sup>42</sup> En el mismo sentido BELTRÁN FARRERA. Ob. Cit. (33). p.p. 41 y 42.

— Hablar de la democratización de la planeación es, en nuestro concepto, tocar dos tópicos importantes: el referéndum y la representación indirecta. Por el primero se someten a la aprobación del pueblo los planes administrativos; por el segundo, se entiende que la elección democrática que éste hace de sus gobernantes es causa y principio de una serie de facultades que para gobernar le corresponden al mal llamado Poder Ejecutivo, entre ellas, las que intrínsecamente le corresponden a quien administra al país, es decir, a la facultad y necesidad de planear esa forma de administración. Esto último rige actualmente en México. Pretender usar aprobaciones posteriores no corresponden, hoy por hoy, a nuestra realidad formada por un pueblo poco conocedor no sólo de los aspectos de la administración pública, sino hasta de sus derechos fundamentales. El único camino posible es el determinar, en el proceso inicial de diagnóstico de los planes, las necesidades a las que éstos por medio de sus metas están destinados mediante la preparación del instrumental necesario para crear los satisfactores necesarios. Sentimos que es irrelevante que en la etapa inicial de diagnóstico de los planes se realicen "consultas populares" ya que éstas traerían un mínimo de participantes, quienes en todo caso no pueden considerarse representantes de la voluntad popular. Es importante establecer que en las etapas de diagnóstico y formulación de los planes, el Órgano Administrativo debe escuchar, obligatoriamente, la opinión de aquellos organismos particulares que por sus funciones están obligados a colaborar con los de aquél, es decir, de los llamados Organismos por Colaboración.

— La aprobación de los planes debe realizarse por el Congreso antes de la discusión en éste de las iniciativas de leyes de ingresos y de presupuesto de egresos por razones que por su obviedad sólo requieren el siguiente comentario: al ser estas últimas leyes instrumentos de ejecución de las metas previstas para los planes para el corto plazo, es necesario que el Congreso tenga a la vista el instrumento que, una vez aprobado, le es obligatorio y con el que puede dar congruentemente cumplimiento a sus funciones de aprobar dichas leyes. Si este paso no se diera en la forma propuesta no se subsanaría sino en forma parcial uno de los defectos mencionados de nuestra actual estructura, es decir, la dependencia de los planes hacia esas leyes como instrumentos de ejecución.

— La aprobación de los planes debe ser llevada al cabo por todo el Congreso; consideramos que no debe excluirse al Senado ni siquiera en los casos de aprobación del presupuesto de egresos.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Ver: RABASA Emilio, *La Organización Política de México*, p.p. 236 y 237.

— Por razones de orden práctico la discusión en el seno del Congreso de las iniciativas de planes debe iniciarse en la Cámara de Diputados, pues es en esta última donde se inician las discusiones tendientes a aprobar los más importantes medios de ejecución de metas al corto plazo.

Las funciones de la Contaduría Mayor de Hacienda, analizadas desde el punto de vista de la teoría administrativa y referida a los planes administrativos, se traducen en importantes medios de revisión y actualización de las metas en éstos previstas; por ello consideramos importante que se establezca dentro de su instrumentación jurídica el que dicho organismo emita su opinión sobre la iniciativa de los planes presentada por el Presidente al Congreso, antes de que éste inicie la discusión tendiente a aprobarlo.

LANZ DURET, Miguel, *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 203. VALLARTA, Ignacio, *Votos desde Mayo de 1878 a Noviembre de 1922*. Tomo II, p. 6.

CARLOS MA. DE BUSTAMANTE, HISTORIADOR  
Y ABOGADO DE UNA NACIÓN

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los documentos y el autor*. III. *Una historia para el futuro*. IV. *Una nación que defender*. V. *El defensor nacional*. 1) *Las reflexiones de un abogado*. 2) *Carlos María, abogado de insurgentes*. 3) *En defensa de Hidalgo y de la patria*.

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente ensayo \* gira en torno a una apresurada lectura de las siete primeras cartas —en la edición de 1843, reproducida facsimilarmente en 1985— del *Cuadro histórico de la Revolución Mexicana* de Carlos Ma. de Bustamante y Mercilla. Su objeto es destacar, desde la limitada perspectiva de unas cuantas páginas, tres aspectos de la tarea literaria del célebre letrado oaxaqueño. El primero pretende acercarnos a las concepciones bustamantinas sobre la Historia, la historiografía y los historiadores; el segundo, exponer el incipiente nacionalismo de Bustamante y el manejo de la idea nacional que realiza y que se refleja en dicho *Cuadro*. El tercero, busca revalorar la vocación de Bustamante como abogado y jurista y que difícilmente pudo eludir al escribir su obra. La causa insurgente, a la que abrazó ardorosamente, le brindó una excelente oportunidad para desplegar todos los conocimientos y habilidades obtenidos en un estudio y práctica procesal previos. Ambos quedaron plasmados, según creemos, notablemente en las líneas del *Cuadro*, bien se hayan utilizado en la defensa de algunos insurgentes en lo particular, como de la causa en lo general, a la cual, en última instancia, pretendió dotar de legitimidad.

II. LOS DOCUMENTOS Y EL AUTOR

Ha sido Edmundo O'Gorman quien, junto a un grupo de colaboradores, ha publicado la mejor guía para conocer la obra de Carlos Ma.

\* El autor agradece a los doctores Juan A. Ortega y Medina y Carlos Herrejón sus valiosas sugerencias para la realización del presente ensayo.

de Bustamante.<sup>1</sup> Por lo que se refiere al *Cuadro Histórico* en ella da noticia de las siguientes ediciones:

*Cuadro histórico de la Revolución de la América Mexicana comenzada en quince de septiembre de mil ochocientos diez, por el ciudadano Miguel Hidalgo y Costilla*, Primera Época. Dedicada al ciudadano general José María Morelos. Su autor. . . , México, Imprenta del Aguila, dirigida por José Ximeno, 1825, 5 vols.

La anterior es la falsa portada del primer volumen. En realidad, cada volumen contiene su propio pie de imprenta. Las treinta cartas que componen el primer volumen llevan las siguientes particulares portadillas:

Primera Carta:

México, reimpresso en la Oficina de Mariano Ontiveros, 1822.

Hay además las siguientes ediciones: Puebla, Oficina del Gobierno Imperial, 1821.

México, reimpressa en la imprenta de D. Celestino de la Torre, 1821.

Segunda Carta:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 1821.

Más la siguiente edición: Puebla, Oficina de D. Pedro de la Rosa, impresor del Gobierno, 16 de Marzo de 1822.

Tercera Carta:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 1821.

Además: Puebla, Oficina de Pedro de la Rosa, 29 de Marzo de 1822.

Cuarta Carta:

México, Imprenta de M. Ontiveros, 1822.

Quinta Carta:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 18 de Mayo de 1823.

Sexta Carta:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 1823.

Séptima Carta:

México, Imprenta El Aguila, 1823.

Octava Carta:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 1823.

Novena Carta:

México, Imprenta El Aguila, 1823.

Décima Carta:

México, Imprenta de Galván, a cargo de Mariano Arévalo, 1823.

<sup>1</sup> O'GORMAN, Edmundo (Coord). *Guía bibliográfica de Carlos María de Bustamante*. México, Centro de Estudios de Historia de México CONDUMEX, 1967, 278 pp.

Cartas 11a. a 30a:

México, Imprenta de Mariano Ontiveros, 1823.

De estas treinta cartas las dieciséis primeras corresponden a las siete iniciales del primer tomo de la edición de 1843, mismas que en el presente ensayo se analizan. Entre ambas ediciones hay diferencias notables, basta echar una ojeada a los respectivos índices para comprobarlo. Desde luego, la diferencia fundamental radica en el mayor número de fuentes que se utilizan en la segunda edición de la versión total del *Cuadro Histórico*.

El Tomo segundo, con treinta y cinco cartas, se publicó por la Imprenta de la Águila, 1823-1824.

El Tomo tercero, formado de treinta y cinco cartas, fue impreso por la misma imprenta en 1824-1825.

El Tomo cuarto, también con treinta y cinco cartas, igualmente fue impreso por la imprenta de la Águila, en 1825-1826.

Por último, el quinto tomo de sólo dieciséis cartas se imprimió por la imprenta de Galván, a cargo de Mariano Arévalo, en 1827.

Con posterioridad a la publicación de varias obras escritas por Carlos Ma. de Bustamante como continuación o suplemento del *Cuadro Histórico*, éste volvió a ser editado en México: segunda edición: *Cuadro histórico de la revolución mexicana comenzada en 15 de Septiembre de 1810 por el ciudadano Miguel Hidalgo y Costilla, cura del pueblo de los Dolores en el Obispado de Michoacán*. Dedicado al Exmo. Sr. D. Ignacio Trigueros, secretario del despacho y hacienda. . . Segunda edición corregida y aumentada por el mismo autor, Tomo I, México, Imprenta de J. Mariano Lara, 1843, Tomos II-IV, 1844, Tomo V, Imprenta de la calle de los Rebeldes, 1846.

La tercera edición: *Cuadro Histórico de la revolución mejicana, comenzada en 15 de Septiembre de 1810 por el ciudadano Miguel Hidalgo y Costilla, cura del pueblo de Dolores, en el Obispado de Michoacán*. Por. . . Tomo I, Tercera edición mejicana, Méjico, Imprenta de Juan R. Navarro, 1854, Tomo II, 1854. El tercer tomo —no comunicado por O'Gorman— de esta rara edición se haya en el Centro de Estudios de Historia de México Condumex y lleva la siguiente portada: *Cuadro Histórico*. . . Dedicado al Exmo. Sr. D. Ignacio Trigueros, secretario del despacho de Hacienda. . . Tercera edición mejicana. Imprenta de J. R. Navarro, 1855.

La cuarta edición es reimpresión de la segunda, México, Talleres Linotipográficos "Soria", 1926, 5 vols.

La quinta edición fue publicada por separado bajo títulos diversos

y no en forma completa: *Hidalgo*, México, Empresas Editoriales, 1953, y *Rayón*, México, Empresas Editoriales, 1953, corresponden al primer tomo de la segunda edición (*Hidalgo* a las siete primeras cartas, únicas que a continuación se analizan). *Morelos*, México, Empresas Editoriales, 1955 y *El Congreso de Chilpancingo*, México, Empresas Editoriales, 1958, al segundo tomo de la segunda edición. *La Constitución de Apatzingán*, México, Empresas Editoriales, 1960 y *1816*, México, Empresas Editoriales, 1960, corresponden al tercer tomo de la edición de 1844. Estos seis volúmenes son reimpresiones de la edición de 1926 y se publicaron dentro de la colección "El Liberalismo Mexicano en Pensamiento y en Acción", correspondiéndoles los números 17 a 22 en dicha colección.

La sexta edición, reimpresión del texto de la edición de 1926, se publicó en México, en tres volúmenes, dentro de las Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclamación de la independencia nacional y del cincuentenario de la revolución mexicana, y del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, en 1961.

Las dos últimas ediciones de la obra que aquí nos interesa se publicaron en 1985 —al cumplirse el 175 Aniversario del levantamiento de Hidalgo— por la Comisión Nacional para las celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional, y por el Instituto Cultural Helénico y el Fondo de Cultura Económica, en cinco tomos facsimilares de la edición de 1843-1846, dentro de la colección *Clásicos de la Historia de México*.

Resumiendo, podemos decir que las siete cartas objeto del presente estudio, correspondientes a las primeras siete del tomo I de la edición de 1843 y a las primeras dieciséis de las ediciones de 1821-1823, han sido publicadas, en conjunto y totalmente, en ocho ocasiones, llegando algunas hasta nueve impresiones. Se remontan las más antiguas a 1821, al momento en que Agustín de Iturbide se aproximaba a consumir la Independencia de México, y la más reciente a 1823, cuando aquél veía perder definitivamente la corona imperial. En ellas, Bustamante narró los acontecimientos que se sucedieron en el reino de la Nueva España desde la llegada a la Ciudad de México de las noticias de la abdicación y prisión de Fernando VII y que culminaron con el arresto y encarcelamiento, respectivamente, del Virrey Iturrigaray y de los miembros del ayuntamiento de la capital del reino, hasta la captura, proceso y fusilamiento del Padre de la Patria.

En cuanto a la vida y obra de don Carlos María, ésta ha sido bellamente escrita por don Victoriano Salado Álvarez en su *La vida azarosa*

y romántica de don Carlos María de Bustamante, publicada en Madrid por Espasa-Calpe en 1933 bajo el número 33 de su colección "Vidas españolas e hispanoamericanas del siglo XIX". También Alejandro Villaseñor y Villaseñor, en sus *Biografías de los Héroes y Caudillos de la Independencia* (1910), dedicó varias páginas a la de don Carlos María. Ambos han tenido frente a sus ojos la autobiografía de Bustamante titulada *Hay tiempos de hablar y tiempos de callar* escrita en 1833, y el artículo relativo del *Diccionario de Historia y Geografía* de García Icazbalceta que extractó las *Noticias biográficas del licenciado don Carlos María de Bustamante y juicio crítico de sus obras, escritas por un amigo de don Carlos y más amigo de la Verdad* (1849), obra de don Lucas Alamán. Desde luego, como ya indicó Salado Álvarez, "La fuente mejor para conocer la vida del hombre... se encuentra en sus mismas obras, inéditas y publicadas".

Aquí sólo importa recordar que nació en la ciudad de Antequera, hoy Oaxaca, el 4 de Noviembre de 1774. Hijo de español y criolla quedó huérfano de madre a los seis años. Estudió filosofía y teología en su ciudad natal. Se graduó de Bachiller en Artes en la Universidad de México y en esta ciudad cursó jurisprudencia. Fue recibido como abogado por la Audiencia de Guadalajara en 1801 y en ella sirvió poco tiempo como relator. Vuelto a México se dedicó a su profesión y al periodismo. En 1805 alentó la publicación del *Diario de México*, dirigido finalmente por Jacobo Villaurrutia. Simpatizó con las ideas de los miembros del ayuntamiento de México que en 1808 se opusieron a la Audiencia y se aprovechó de la libertad de imprenta decretada por las Cortes de Cádiz para publicar *El Juguetillo*, periódico crítico del dominio español. Al suprimirse aquella libertad, Bustamante abandonó la Ciudad de México a la cual no regresaría sino nueve años más tarde. En este lapso se unió a las fuerzas del cura Morelos, sirviéndolas de diversas formas. Las derrotas sufridas por los insurgentes y las divisiones habidas entre éstos estuvieron a punto de costarle la vida y provocaron solicitase al Virrey el indulto que, finalmente, le fue concedido, si bien quedó prisionero en Veracruz hasta que fue amnistiado por el gobierno español. Al consumarse la independencia del país fue electo diputado del Congreso Constituyente donde mostró, como en *La Abispa de Chilpancingo*, oposición a Iturbide. Nuevamente puesto en prisión, salió en libertad poco antes de derrumbarse el primer Imperio. En el segundo Congreso Constituyente se opuso al establecimiento de la federación, que no al de la República, a la cual serviría siempre desde el bando centralista. En adelante se ocupó de llevar a cabo una fecunda e importante labor editorial bien

de obras propias —como en el caso del *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana*— o de ajenas, en la que destacaría la *Historia General* del P. Sahagún; de representar a su provincia natal ante diversos Congresos nacionales y de registrar, casi día a día, los acontecimientos notables que pasaban ante sus ojos. Ante el intenso sufrimiento producido por la invasión norteamericana, Bustamante tuvo al menos la pequeña satisfacción de ver desocupado el país de las fuerzas invasoras antes de morir, en la ciudad de México, el 21 de Septiembre de 1848.

### III. UNA HISTORIA PARA EL FUTURO

“Para alentar a los mexicanos recordándoles los sucesos anteriores y los puntos de defensa que deberán ocupar para resistir esta invasión, juzgué a propósito marcarles lo pasado, para que aleccionados por la experiencia pudieran hacer una defensa vigorosa, y obtener un triunfo completo”.<sup>2</sup> Tal fue, confesada por su autor, la razón de ser de una obra que habiéndose escrito con gran premura y deficiente acopio de fuentes habría de convertirse en uno de los “clásicos de la historia de México” debido, tal vez, a que esa razón de ser ha subsistido durante más de ciento sesenta años. La amenazante invasión se ha prolongado por muchos años, rebasando la profética visión del autor: Si en 1829 Barradas confirmaba de plano las sospechas del profeta, en 1838, 1847, 1862, 1914, 1917 y hoy, los mexicanos han necesitado de nuevos alientos para rechazar nuevas invasiones. No parece vana, pues, la suerte del *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana* de Carlos Ma. de Bustamante y Merced (1774-1848). Planeado y elaborado por su autor con un claro propósito pedagógico y una no menos manifiesta intención aleccionadora ha cumplido fielmente sus propósitos. Nuevos Bustamantes se han encargado de reeditar el *Cuadro* porque, y esto es lo más grave, aún parecen tener sentido dichos propósitos e intenciones. Lejos de ser o pasar a ser una cosa curiosa, las cartas que entre 1821 y 1827 editó y reeditó Bustamante han seguido sirviendo a quienes de una u otra manera se han interesado en consolidar la nacionalidad mexicana, no importando que esto, como en el caso que nos ocupa, se realice sobre bases poco dignas de fe. Y es que ante la empresa la verdad histórica es quizá lo menos importante, si la

<sup>2</sup> BUSTAMANTE, Carlos Ma. de, *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana*. . . 2a. edición corregida y aumentada por el mismo autor. México, Imprenta de J. Mariano Lara, 1843. Tomo I, Edición facsimilar. México, Instituto Cultural Helénico-Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. IV y V. A esta edición en adelante haremos referencia. Todas las citas corresponden al tomo primero.

enfrentamos a los propósitos políticos y morales que la sustentan.<sup>2 bis</sup> Y mientras las invasiones amenacen, la nacionalidad deseada no llegue, o el poder no se consolide, la suerte editorial del *Cuadro histórico* estará asegurada, como en 1823, 1843, 1854, 1926, 1953, 1961 y 1985. fecha esta última Conmemorativa del 175 Aniversario del levantamiento del Padre Hidalgo, celebrado dentro de la mayor crisis política y económica sufrida por nuestro país en los últimos cincuenta años.

Es el *Cuadro Histórico* una obra de Historia concebida a la manera de Cicerón. Y Bustamante, un historiador que, para serlo, debe indicar a sus lectores la utilidad, el propósito, la razón de ser de su libro; de otra manera no justifica ni su papel ni el papel gastado. Su misión es coadyuvar, después de los intentos del P. Mier y de Lorenzo de Zavala a la solidez del edificio nacional que dé cabida a mexicanos patriotas, avispados y unidos. La Historia utilitaria, la Historia-instrumento, la Historia-tribunal, en fin, la Historia-arma. Magistral, Bustamante asienta:

La historia se escribe para que arreglen los pueblos su conducta, y las lecciones de la experiencia les sirva de regla para ajustar a la razón las operaciones de lo presente.<sup>3</sup>

A este claro propósito Bustamante añade otro en la segunda edición del *Cuadro*, publicada cuando aún no se presentaba la amenaza de la invasión norteamericana (1843):

hacer que la posteridad, más justa que la generación presente, aprecie en sus quilates el mérito y virtud de los primeros hombres a quienes debemos la independencia.<sup>4</sup>

Y esto porque también a la Historia compete “no sólo relatar los hechos con verdad e imparcialidad, sino además trazar el retrato de los personajes, cuyas acciones refiere”.<sup>5</sup> A dos quedan reducidos, entonces, los principios explícitos de la Historia: dar cuenta de los hechos anteriores con objeto de que las futuras generaciones, asimilando las experiencias pasadas, arreglen sus conductas presentes, y trazar el retrato de los personajes, de los Héroes. Podría cuestionarse el para

<sup>2 bis</sup> Desde luego, Bustamante no estaría de acuerdo con una Historia así realizada. Para él la verdad es el fundamento de toda labor historiográfica. *Vid. infra* n. 14.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 166.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 264.

qué de dicho retrato, el para qué procurar que nuestros nietos lean "nuestros hechos con admiración y entusiasmo". La respuesta ha de encontrarse en la lectura del *Cuadro*, obra fabricada en torno a los propósitos, intenciones, cualidades, vicios, bajeza o nobleza de las acciones de los personajes. Historia de personajes es el *Cuadro* porque, en el fondo, la Historia está ante todo dotada de un contenido moral y que sólo puede predicarse de la conducta de los hombres. El hombre es quien hace la Historia y por esto se convierte en Historia Moral. El personaje es, pues, el punto central de la trama histórica plasmada en el *Cuadro*, a él han de referirse los hombres de la posteridad, bien para imitarlo o, por el contrario, para rechazarlo en sus particulares conductas. El riesgo de una Historia concebida así es claro. El maniqueísmo brota fácilmente. El criterio de bondad hace su entrada y domina la escena para dividir sin solución posible de conciliación a unos como buenos y a otros como malos. Aunque Bustamante en ocasiones se preocupa en explorar las causas de la maldad o bondad de los insurgentes, pocos de los cuales como en el caso de Villagrán y de algún otro pueden ser calificados como *malos* por naturaleza, prefiere en cambio, reflexionar sobre la maldad española que concibe voluntaria, decidida, fría, calculada, en fin... libre. Esta manera de apreciar la moralidad de las acciones humanas se inscribe dentro de otro plano al cual nos hemos de referir posteriormente: el de la legitimidad y justificación del movimiento insurgente.

La importancia concedida al personaje lleva al autor del *Cuadro Histórico* a salirse de la argumentación para caer en la comunicación directa con el Héroe, como cuando, en un arrebató de inspiración romántica y teniendo muy presente la figura del cura Hidalgo, se dirige a él para decirle:

Yo te amé en vida, y me honré con tu amistad, yo te seguí en tus peregrinaciones, yo pernocté contigo, y en espíritu te acompañé en esa horrible prisión que te puso y vilependió la tiranía...<sup>6</sup>

O con el Villano, como en el caso de Calleja al que, después de narrar la muerte de Casimiro Chovell en Guanajuato, lo apostrofa con las siguientes palabras:

Infame y carnívoro Leopardo! la terrible sombra de Garzón tan virtuoso turbe tus placeres aun los más inocentes a la tarde, a la ma-

<sup>6</sup> *Idem*, p. 235.

ñana y a la noche, (...) tú cuyo corazón nada en un fluido de veneno!<sup>7</sup>

Con una dialéctica así de lo que trata es de "anatematizar" la memoria de Calleja y de todos los españoles y, por el contrario, de idolatrar la figura de Allende, de Jiménez, de Chovell; de erigir a Hidalgo como "*Padre de la Libertad mexicana*", como "Genio bienechor" al cual Bustamante, por sí y por las futuras generaciones, tributará el "homenaje y respeto que se merece".

Pero el tono moral de la Historia de Bustamante no se conforma con la simple calificación ética de los actores del drama revolucionario, sino que ésta se anuda con el principal propósito de toda la obra: Aleccionar, servir de ejemplo a las nuevas y posteriores generaciones. La maldad o bondad de los personajes —los motores de su Historia—, se convierten en los parámetros que esas generaciones habrán de tomar en cuenta para lograr la felicidad futura. Sueño, vicio o temor pueden impedirle y evitar que se aprovechen en el futuro las lecciones que la Historia les presenta. Creemos que si se deja a un lado el carácter moralizante que lo guía no puede ser entendido cabalmente el *Cuadro Histórico* de Bustamante, cuadro en el que encontramos muchas y variadas pinceladas de los más diversos colores.

Definidas las intenciones de la obra cabe ahora preguntarnos sobre las fuentes de la misma. Dos son, a nuestro entender, las principales. Una —la menos importante en las primeras siete cartas que aquí se analizan pero a la larga la principal— se constituye por el testimonio y la vivencia propios del autor —base fundamental de las restantes cartas. Apenas se apunta en las primeras por la sencilla razón de que Bustamante no fue testigo presencial del levantamiento de Hidalgo, aunque percibió el ambiente político y social que rodeó al movimiento iniciado en Dolores y conoció y trató a muchos de sus actores. Recurrió, entonces, a la segunda fuente, mencionada ya en la presentación de la segunda edición del *Cuadro*: la recopilación de testimonios, llevada a cabo "con la misma festinación que los litigantes en el foro cuando para conservar la memoria de un hecho que les interesa promueven la información de testigos conocida con el nombre de *información ad perpetuam*".<sup>8</sup> ¡Bien sabría utilizar Bustamante su formación abogadil para procurarse de tantos y tan variados testimonios que le transmitieron hechos destacados del levantamiento, así como detalles y

<sup>7</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 6.

minucias, crueles unos, jocosas otras, del mismo! Sin embargo, algún defecto tendría su formación jurídica desde el momento mismo en que manifestó una sorprendente credulidad ante hechos francamente increíbles: Aun cuando el mismo advirtiera previamente que el paso del tiempo trastorna la veracidad de los testimonios,<sup>9</sup> olvidó a continuación que si alguna prueba es digna de sospecha es la prueba testimonial.<sup>10</sup> Por su parte, la memoria y la sensibilidad propias de quien percibió casi como nadie la contemporaneidad de los sucesos que acontecían casi a sus espaldas le fueron en extremo útiles para construir la crónica de esos sucesos, tales como el ambiente de la ciudad de México previo y posterior a la Batalla del Monte de las Cruces, la personalidad de Hidalgo, los caracteres del Cura Labarrieta o del Intendente Riaño. Si en los testimonios ajenos no cabe en Bustamante la menor duda, respecto a la veracidad de los hechos que presencié o pudo intuir por su inmediata presencia, su palabra para nosotros se ha de convertir en el supremo criterio de verdad que hay que aceptar sin más:

Estos son hechos incuestionables y que recuerdo a todos los que los presenciaron, nada invento de mi cabeza, desmíentanseme y me daré por vencido, pasando por impostor.<sup>11</sup>

Esta posición frente a las pruebas es particularmente importante por lo que se refiere a las opiniones de Bustamante en torno a la legitimidad del movimiento insurgente y a los derechos de los americanos para sacudirse el yugo español. El autor oaxaqueño no fue sino un "historiador" —según su propia definición— que presencié, o mejor dicho, que percibió y sintió todo el proceso que condujo a la independencia del país, desde los inicios del desmoronamiento del poder virreinal hasta la consumación de éste. Por lo mismo, el valor de su testimonio personal hay que buscarlo más en sus juicios respecto de aquel proceso que en la exacta adecuación del acontecimiento con el testimonio. Es decir, tal vez es más importante que Bustamante "haya visto" y pretendido demostrar la ilegitimidad del dominio español en América que el hecho mismo de haber oído las habladurías de los españoles contra Morelos en Oaxaca o presenciado al Virrey Venegas implorando a la Virgen de los Remedios que le comunicase el mejor modo de asesinar a un pueblo.

<sup>9</sup> *Idem*, p. III.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 235.

Una tercera fuente del *Cuadro* la constituyen, casi ni falta hace decirlo, los documentos que Bustamante pudo allegarse por sí o en los archivos que el gobierno independiente le franqueó, y cuya mayor o menor utilización diferencian en forma destacada la segunda de la primera edición de las cartas.

Con todo este material, Bustamante en 1846 pudo ver con gran satisfacción cómo el quinto y último volumen de la segunda edición de su *Cuadro* salía a la luz de la imprenta de la calle de Los Rebeldes número 2, y recordar, sin duda, que cuando se propuso escribirlo no tenía "todo el acopio necesario de materiales para realizarlo".<sup>12</sup> Al concluir la estaba seguro que su obra no era perfecta; había tenido muy presente al escribirla las opiniones de Mr. de Pradt respecto a la historia de la Revolución francesa y por lo mismo sabía que la historia de la revolución de independencia pertenecía a la posteridad; que su fabricación no podía pertenecer a sus edad.<sup>13</sup> Esto justificaba sus errores y por éstos pedía disculpas a sus lectores. Sin embargo, si de una cosa podía dar fe era de la veracidad e imparcialidad de lo dicho, tareas que, como hemos visto, competían al historiador. Él se había esforzado en llevar la pluma y la tinta al papel para transmitir a la Historia los hechos acaecidos precisamente "para que no se llegue el día en que se dude de su verdad".

Al terminar su séptima carta, la última relativa al movimiento de los primeros insurgentes, Bustamante pudo, con orgullo, escribirle a su "muy Señor mío y dueño":

Creo haber cumplido en lo posible con las obligaciones y leyes de la historia: si he derramado lágrimas sobre las cenizas de nuestros primeros caudillos, también los he sujetado al tribunal de la imparcialidad examinando sus hechos, para que nuestros descendientes no se tomen el trabajo de hacerlo, echándonos en cara defectos que procuramos ocultar.<sup>14</sup>

Como me lo ha hecho ver Carlos Herrejón, la Historia adquiere de esta manera el carácter de Supremo Tribunal de las acciones humanas y sus sentencias el carácter de inapelables. He aquí el propósito implícito de la Historia bustamantina.

<sup>12</sup> *Idem*, p. III.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 279.

## IV. UNA NACIÓN QUE DEFENDER

Otro aspecto de las cartas de Bustamante analizadas no puede soslayarse, por la sencilla razón de que constituye un eje importantísimo sobre el que gira toda la obra. Nos referimos, claro está, al nacionalismo que rezuma prácticamente del principio al fin de las casi trescientas páginas que tratan desde la aventura política del ayuntamiento de México en 1808 hasta el fusilamiento del cura Hidalgo. El afán de fortalecerlo o despertarlo en sus nada aburridos lectores guiará de manera destacada la pluma del ilustre oaxaqueño. De todo se valdrá, incluso de la fantasía, para satisfacer su propósito, lo mismo si levanta las humanas figuras de los líderes del movimiento insurgente a las alturas de lo mítico, hasta asimilarlos con los mayores héroes clásicos, que si castiga a los pérfidos peninsulares con juicios tan terribles como el que le inspiran Calleja, Venegas o el comandante Juan Bautista de la Torre, quien "aunque le dijese que se había cometido la maldad más execrable, bajaba profundamente la cabeza, seguía rezando y no perdía ni un padre nuestro de su camándula".<sup>15</sup>

Pero hay un supuesto del cual Bustamante parte para lograr sus metas. La Nación, para él, ya existe; la causa insurgente, la guerra misma no encuentran su cabal explicación si se niega este supuesto. La insurgencia no persigue construir una Nación. Ésta es la causa de aquélla y los españoles son quienes se niegan a reconocerlo; terceramente a reconocerlo, pues ahí ha estado siempre, desde antes de su llegada: Cuando en Guanajuato, Hidalgo arengue al lépero Pipila —"comparable con el carbonero que atacó la Bastida (*sic*) en Francia" o al soldado de la décima legión de César—, le dirá: "Pipila... la Patria necesita de tu valor...", y frente a las muertes de decenas de insurgentes Bustamante verá ante todo una Nación que no muere por la muerte de sus defensores "pues de las cenizas de éstos surgen los vengadores de los ultrajes".<sup>16</sup> Una nación ultrajada no ha de convertir la lucha fratricida que enfrentó a criollos y peninsulares entre sí sino en una "guerra nacional". Las muertes de la Alhóndiga de Granaditas satisfacen la venganza por las de Cholula. La Insurgencia forma la contrapartida de la Conquista e Hidalgo se transforma en el "genio vengador de los ultrajes de tres centurias de años... sobre cuya cabeza giran los manes de Mochtheusoma y de Quauhtimotzin..."<sup>17</sup> En la Nación —la única que él ha podido ver— todo tipo de diferen-

<sup>15</sup> *Idem*, p. 219.

<sup>16</sup> *Idem*, pp. 39 y 85.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 263.

cias entre los americanos se borran con los pinceles luminosos de Bustamante. Incluso la realidad india, cuya presencia era demasiado intensa como para no ser pintada, aparece siempre secundariamente, en el número de los muertos o en el de los batallones, pero sin constituir un elemento que perturbe el carácter común de la hazaña vengadora. Las diferencias notables que dividieron profundamente al criollismo novohispano durante el movimiento armado de 1810 a 1815 no serán capaces de quebrar tan ejemplar epopeya de patriotismo sin límites. Las escisiones entre las huestes criollas —caso notable la de Rayón que regresa del norte al centro del país después de la traición de Baján— y la actitud de quienes, nacidos en la América Septentrional, no secundaron o incluso persiguieron la insurrección de Hidalgo no han de atribuirse a causas e intereses económicos, sociales, culturales o religiosos, sino a una ausencia de patriotismo que encuentra su única explicación en la maldad de quienes faltaron a la Patria cuando más requería de su apoyo.<sup>18</sup>

Supuesto establecido, diferencias borradas, clases y castas superadas, los pinceles bustamantinos trazan en su afán nacionalista imágenes como la de Casimiro Chovell —"el brillante más hermoso de la estudiantina mexicana"— cuyas cenizas abonarán una tierra fértil para el renacimiento de mil jóvenes más que hollarán el triunfo de Calleja, o como la de los asesinatos de Iturbide y Calleja que le impulsan a plasmar en líneas emotivas y sinceras las siguientes palabras:

¡Desgraciada patria mía! Ojalá sus hijos se aprovechen de estas terribles lecciones.<sup>19</sup>

Patria suya, ni más ni menos, que no de todos. Nacionalismo inflamado es verdad, pero carente del necesario supuesto lógico y, por lo mismo, endeble, primitivo, infantil. La obra de Bustamante indudablemente, ayudará de todos modos a la construcción de aquélla y al establecimiento del segundo, y la mejor y más fácil forma para lograr la doble misión —para él consolidarla— fue poner al servicio de la empresa su intelecto y, específicamente, su formación jurídica.

## V. EL DEFENSOR NACIONAL

Al fin y al cabo jurista, Carlos Ma. de Bustamante, periodista, diputado, historiador, llegó a transformarse de abogado de causas e

<sup>18</sup> *Idem*, p. 215.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 113.

intereses individuales en abogado de una Nación (en formación). El cúmulo de lecturas, estudios y experiencias conseguidas en las aulas, los bufetes, o en las audiencias novohispanas; la dialéctica y la retórica propias de la clase abogadil; las sutilezas, los silogismos y, por qué no decirlo, los sofismas tan socorridos en el foro y, sobre todo, la convicción de que la defensa sólo es posible en pro de una causa justa —tal como mandan las *Partidas*— las puso al servicio de la causa insurgente —para él la causa nacional— en forma de historias, editoriales, proclamas, diarios y, hacia el nacimiento del nuevo Estado, en el debate parlamentario, en centenas de escritos que asegurasen o fortaleciesen la tan costosa y deseada libertad política.

Frente a las figuras religiosas de Hidalgo, Morelos o Matamoros, o militares como las de Allende, Aldama, Iturbide y otros, Bustamante representa esa clase de *profesionistas liberales*, doctos en jurisprudencia que en las ciudades y villas del territorio novohispano jugaron un papel destacado en la lucha por la independencia y el establecimiento de un estado soberano en la América Septentrional. Destacado papel, aunque en ocasiones contraproducente por anteponer a la victoria definitiva de las armas el previo sometimiento de las huestes revolucionarias a los principios constitucionales o legales. El fetiche de la Ley los dominaba ya, como dominaría a las generaciones siguientes. Clase en la que colocaríamos, además, a Verdad, a Azcárate, a Quintana Roo y a otros, y que dotó al discurso insurgente y libertario de principios legítimos y de contenido justiciero, reivindicador y legalista, convirtiéndolo así en un extenso y complejo alegato judicial cuyas partes serían por un lado los americanos bien nacidos y por el otro los realistas; los Supremos Tribunales, la Historia, la Providencia Divina y el consentimiento de las naciones libres; y la causa, la libertad de una "Nación" oprimida por casi trescientos años.

Esta clase de profesionistas, abogados unos, juristas otros, habían venido desempeñando a lo largo de la época colonial un papel destacado en el control de la vida política y administrativa del país, logrando incluso no insignificantes victorias frente a la política borbónica que intentó reducir el número de sus miembros y sus privilegios. Antes los cánones, los digestos, las institutas, la dotaron de ideas y de argumentos; ahora, y a medida que avanza el siglo XIX, tendrá que pagar su deuda al derecho natural, al público, al de gentes y al que el Estado en la persona del Rey o —en su caso— del Congreso se dé a sí mismo en forma de Ley para mantener su favorecida posición. La guerra insurgente, empero, impuso una fractura en él, al parecer, cohesionado mundo de los juristas novohispanos: Unos —los más— se

inclinaron a favor del estado de cosas impuesto primero por la Regencia española y después por las Cortes gaditanas, mientras que los menos confabularon, opinaron e incluso tomaron el camino de la rebelión en pro de la definitiva destrucción de la tiranía.<sup>20</sup> Pero la fractura no representó merma alguna en su importante y cada vez menos solapado papel de rectores sociales. Tanto las autoridades coloniales radicadas en América —las Audiencias, los tribunales especiales, los gobiernos provinciales— como los gobiernos insurgentes requirieron de letrados para enjuiciarse —y condenarse— mutuamente. El Derecho —positivo, real y canónico; natural o de gentes— daba para todos.

Carlos María es un buen ejemplo —el más destacado para nuestro gusto— de estos juristas que habiéndose decidido por el partido de la libertad, utilizaron los instrumentos que el Derecho puso en sus manos con iguales propósitos al de otros para levantar las armas. No todos, sin embargo, tuvieron como él la fortuna de ver impresa su enorme apología, o mejor dicho, su alegato, que esto es, si bien se mira, el *Cuadro histórico*, al menos en las cartas que describen el levantamiento y la derrota de los primeros insurgentes.

La formación jurídica de Bustamante se habría iniciado, al decir de Salado Álvarez, en la ciudad de México, una vez cursado los estudios de filosofía y teología en su Oaxaca natal, habiendo leído a autores "modernos" como Domat o Heineccio además de los imprescindibles comentaristas del *Corpus Iuris Civile* y de los *códigos* españoles. Su obligada práctica forense la hizo en el despacho del cura Labarrieta y fue recibido como abogado, según vimos, por la Audiencia de Guadalajara en 1801. Nombrado relator de la misma el día de su recepción, renunció a dicho cargo ante la condena a muerte que hubo de dictar en contra de un reo. Vuelto a México, se desempeñó exitosamente como abogado, sobre todo en el sonado caso del capitán Toribio del Mayo y Piña, acusado de ser el autor intelectual del crimen del Capitán General de Yucatán, Lucas de Gálvez.<sup>21</sup> Al descubrirse la conspiración de Valladolid y ser apresados el capitán José Ma. Obeso, el franciscano Santa María, Michelena y otros, Bustamante se encargó de su defensa, habiendo logrado que se sobreseyera la causa

<sup>20</sup> Bustamante, sin embargo, nos recuerda la posición moderada asumida por los miembros del Colegio de Abogados de la ciudad de México ante el levantamiento de Hidalgo. *Vid.* p. 58, *op. cit.* Urge una investigación que abunde en la participación de los abogados y juristas novohispanos en la guerra de independencia; aquí únicamente señalamos conclusiones provisionales.

<sup>21</sup> Las noticias sobre la actuación profesional de Bustamante las hemos tomado de las obras de Salado Álvarez y de Villaseñor (México, 1908) mencionadas en un principio.

gracias a las relaciones personales que lo unían con el Virrey-Arzo-bispo Lizana.<sup>22</sup> Sumado a las fuerzas de Morelos prefirió los cargos administrativos a los militares. Nombrado diputado al Congreso de Chilpancingo redactó el *Manifiesto* que Morelos leyó al abrir las sesiones de dicha asamblea constituyente. Su vasta bibliografía —escrita la mayor parte después de consumada la independencia—, y sus diversas actividades políticas y editoriales no lo apartaron del ejercicio de su profesión ni del interés que tuvo en reformar muchos de los aspectos con ella relacionados: En 1822 fue electo miembro de la Comisión del Código criminal y candidato a la del Código civil, y reunidos el primero y segundo congresos constituyentes de los cuales formó parte, intervino al ventilarse en sus respectivos senos materias tales como la formación de una comisión de legislación, impuestos, privilegios eclesiásticos, responsabilidad de funcionarios públicos, codificación criminal, administración de justicia, pena de muerte, cárceles, jueces eclesiásticos, necesidad de formar una constitución, examen y matrículas de abogados, enseñanzas del derecho, justicia penal y militar, etcétera.<sup>23</sup> Entre el 21 de julio y el 1º de septiembre de 1823 publicó en el *Diario Liberal de México* una serie de artículos "sobre la reforma de la jurisprudencia de América", que continuó en *El Centzontli de México* los días 1º al 9 de septiembre del mismo año y en los cuales arremetió contra las Leyes de Indias. En este último periódico, los días 9, 10 y 14 del mismo mes y año dio a luz, con carácter de "remitido" y sin firmar, una serie de artículos bajo el título de "Jurisprudencia", en los cuales se analizaba la *Instituta* de Justiniano. Sus proyectos de reformar la enseñanza del Derecho quedaron plasmado en un "Proyecto de plan de estudios" fechado el 21 de enero de 1829.<sup>24</sup>

Estos ejemplos no agotan el acercamiento de Bustamante al Derecho. Por el contrario, una simple ojeada a su inmensa obra escrita demuestra lo íntimo de la relación entre ésta y los problemas de legitimidad, legalidad y justicia que tanto preocuparon el célebre oaxaqueño, como a la mayoría de los juristas de su generación. Y si bien esta relación aparece encubierta a primera vista bajo los disfraces de lo político o de lo histórico, lo jurídico filtra de cualquier modo buena parte del quehacer literario y parlamentario del diputado de Chilpancingo. La lectura de obras como el *Cuadro* así lo evidencian.

<sup>22</sup> BUSTAMANTE, *Op. cit.* p. 17.

<sup>23</sup> Véase en O'GORMAN, *Op. cit.*, la relación de las intervenciones de Bustamante en dichas asambleas.

<sup>24</sup> Vid. *Boletín del Archivo General de la Nación*, Tomo IV, No. 2, marzo-abril de 1933, pp. 247-255.

Tres son los aspectos relacionados con el mundo del Derecho que hemos destacado de las cartas del *Cuadro* que tratan los orígenes, el desarrollo y la culminación del movimiento insurgente dirigido principalmente por Miguel Hidalgo. El primero está constituido por las reflexiones jurídicas que le provocan a Bustamante los hechos que testimonia y por la noticia que nos brinda de algunas prácticas relacionadas con la vida y el funcionamiento de ciertas instituciones jurídicas de su época. El segundo —el más interesante para nosotros en este momento— corresponde a la actuación del Bustamante que retoma y desempeña su papel de abogado, pero ahora como defensor de un caudillo histórico, de un ideal político o de la Causa Nacional. Un último aspecto, muy importante para entender cabalmente la posición de quienes obligados en primer lugar al cumplimiento del Derecho se levantaron en contra del orden establecido, está formado por los argumentos esgrimidos para legitimar a la insurgencia toda y se relaciona íntimamente con el segundo, como a continuación pretendemos hacer ver.

### 1. *Las reflexiones de un abogado*

En las primeras páginas del "prólogo" Bustamante nos muestra ya su formación jurídica y su experiencia forense. El *Cuadro* lo ha construido a imitación de los abogados que "para conservar la memoria de un hecho que les interesa promueven la información de testigos con el nombre de información *ad perpetuam*".<sup>25</sup> Con este método ha recabado las noticias que en forma sobresaliente le servirán para redactar el primer tomo del libro, es decir, aquel que narra acontecimientos que él no presenció. La idea es sugerente. Bustamante emplea la *información ad perpetuam* porque entiende su *Cuadro* como un largo alegato en pro de la causa insurgente, en el que todos los medios de prueba se hacen valer. La presencia de documentos, confesiones personales y presunciones (prueba documental, confesional y presuncional) merodean en toda la obra, confluyendo en la elaboración de la hipótesis planteada al Juez Supremo, es decir, a la Historia: el levantamiento de Hidalgo y la guerra contra el gobierno español fueron —como queda demostrado— conforme a Derecho. Claro es que al emplear un método así y concebir la obra como extenso alegato judicial ésta ha de contener una serie de referencias a las prácticas, usos, concepciones y autores jurídicos, que en conjunto constituyen para nosotros una rica fuente de información para el conocimiento de la vida del Derecho en la so-

<sup>25</sup> BUSTAMANTE, *Op. cit.* f. IV.

ciudad novohispana anterior a la independencia, época en la cual se evidencia la tensión existente —y cada vez más intensa— entre el viejo sistema de Derecho basado en los libros de *Corpus Iuris* y de sus comentaristas y el derecho racionalista de contenido natural, cuya positivización la ha de hacer, exclusivamente, el Estado. No debe sorprender entonces, aunque sea muy notable, la ausencia o la mínima presencia en las cartas analizadas de referencias concretas a los *digestos*, los *códigos*, las *partidas* y, más aun, a las *institutas*; textos todos que Bustamante hubo por fuerza de conocer dada su formación como jurista: “No sé si en el digesto o leyes de partida encontrarían alguna sobre qué apoyar esta iniquidad” reprocha Bustamante a los gachupines al recordar la sinrazón del incendio de los almacenes de Guaristembu, verificado durante su precipitada salida de Guadalajara.<sup>26</sup> Incluso el *Corpus* indiano, que el mismo Fray Servando respetó, no parece representarle a Bustamante la mínima autoridad. Cuando la *Recopilación de Leyes de Indias* se refiere a la “pacificación” no lo hace, según él, sino para cohonestar la injusta y sangrienta conquista de América.<sup>27</sup> Bustamante prefiere, por el contrario, añadir a su propia reflexión racional el uso de autores ya francamente racionalistas para criticar prácticas o conductas hasta entonces dominantes.

Nuevas rutas se intentaban en esa época de grandes cambios en nuestra sociedad. El argumento de autoridad empezaba a dejarse a un lado para erigir, sobre él, el imperio de la razón. A la figura del Dr. Francisco Velasco de la Vara, “jurisconsulto sutil de la era de Papiniano”, Bustamante opone su propia figura, que proclama a sus compatriotas “defender la Constitución y las Leyes”. La pena misma, antaño dirigida a causar aflicción al delincuente y provocar espanto en los ciudadanos, ahora no ha de dirigirse a tales propósitos. “Jamás debe añadirse aflicción al afligido; y aunque en los crímenes no hay compensación (excepto en el adulterio); empero hay consideración equitativa para suavizar las penas, atendido el padecimiento y rango de los reos” nos dice el autor del *Cuadro histórico*, para quien, también, “los magistrados deben guardarse de ser sumamente justos, porque el *sumo derecho es suma injusticia*”.<sup>28</sup> Novedosa o redescubierta humanidad en medio de formalismos estrictos que provocan horribles estragos, como es el caso del “indiscreto uso de las penas canónicas” para excomulgar a Hidalgo.<sup>29</sup> Humanidad o, en el último de los casos,

<sup>26</sup> *Idem.* p. 143.

<sup>27</sup> *Idem.* p. 114.

<sup>28</sup> *Idem.* p. 10.

<sup>29</sup> *Idem.* p. 61.

retorno al espíritu de la ley, que no a su letra: “Con razón el Tridentino ha encargado la sobriedad en la imposición de ellas y las leyes reales”.<sup>30</sup> Espíritu evangélico recuperado, Bustamante afirmará sin cortapisas: “*lo que es lícito á mi enemigo para agredirme, me es lícito a mí para defenderme: ¿el sábado se hizo para el hombre o el hombre para el sábado?*”<sup>31</sup> Humanidad y Razón, y para afirmar el imperio de ésta qué mejor que acudir a las nuevas autoridades, a los sustitutos de Baldo, de Covarrubias, de Solórzano: a Jovellanos, a De Pradt, a Filangieri, a Beccaria, a Gutiérrez, a “Lardizával” o a Montesquieu, quienes anteponen la humanidad, por racional, a la crueldad irracional de la pena. En efecto, en el dictamen emitido por el licenciado Rafael Bracho, asesor de la causa de Miguel Hidalgo, se opina sobre el género de muerte a que se le ha de condenar: “*no será bastante destrozarse su cuerpo a la cola de cuatro brutos, sacarle el corazón por las espaldas y aplicarle otro esquisito y cruel género de muerte de los conocidos, aunque desusados, por efecto de crímenes de tan gran tamaño*”.<sup>32</sup> A lo que replica Bustamante:

¿A qué es esa crueldad innecesaria en las penas? ¿En qué países, sino en los que son tan bárbaros como en el Japón, pueden tener lugar? ¿De qué sirven sino de familiarizar a los pueblos con la crueldad? ¿Y dónde se repiten mayores y más atroces crímenes, que donde se aplican estas penas? Lea el asesor a Filangieri a Montesquieu, a Beccaria, a Gutiérrez, a Lardizával, y verá comprobada esta verdad. Es menester avergonzarse de estampar semejantes proposiciones en el siglo 19. Ya no me admiraré de lo que decretó Areche en el Perú contra Tupac Amaro.<sup>33</sup>

En esta actitud de Bustamante frente a la letra de la ley también podemos encontrar una búsqueda de instancias legitimadoras ética y racionalmente superiores y de argumentos no estrictamente “legales” en pro de su causa. Y si esto fue así se debe, en buena parte, a que la letra de la ley, hábilmente manejada por los funcionarios españoles, condenó a Hidalgo y a su movimiento. En el mismo dictamen de Bracho, Ulpiano, las *Partidas*, Gregorio López, la *Nueva Recopilación* se unen para llevar a la muerte a Hidalgo y a Allende. Por lo mismo, si se deseaba salir victorioso de tan intrincado juicio había que salirse de la letra de la ley y acudir a la razón o a la “Justicia eterna”, pero si

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> *Idem.* p. 253.

<sup>32</sup> *Idem.* p. 239.

<sup>33</sup> *Idem.* p. 253.

se prefería quedarse en ella había que ponerla al servicio de la causa insurgente, interpretándola con toda argucia posible en pro de la causa defendida. Para esto último, en no menos habilidoso abogado Bustamante se pintaría solo.

## 2. Carlos María, abogado de insurgentes

Todas las características que distinguen a quienes han pasado por la experiencia forense las encontramos en Bustamante, el cual las pone al servicio de la insurgencia y muy especialmente de la defensa de Hidalgo. El conocimiento y la interpretación de la ley escrita, el tipo de razonamiento empleado, la capacidad polémica, el argumento contundente, la facilidad para detectar la contradicción de las afirmaciones del contrario, en fin, la lógica del propio argumento, se nos revelan en buen número de las páginas de las siete primeras cartas del *Cuadro Histórico*. Además de la causa insurgente en su conjunto, sus defendidos son varios: los miembros del Ayuntamiento de México, el virrey Iturrigaray —“imagen viva del rey, su lugarteniente, su alter ego”— García Obeso y los conjurados de Morelia, Casimiro Chovell, Cesáreo Torres “El Gallo”, los sacerdotes ejecutados en Durango y, desde luego, el cura Miguel Hidalgo, de quien Bustamante se erige en defensor en 1823 ante la carencia de abogado en el proceso instruido en su contra en 1811.

### a) Abogado de los municipales de México

Los arrestos y las causas de Verdad, Cristo, Azcárate y otros sujetos como fray Melchor de Talamantes, propicios a la celebración de una Junta patriótica en la ciudad de México, se llevaron a cabo “omitiendo los trámites más esenciales de ellas, como la audiencia de los reos, y negándoles a éstos el recurso de apelación”. Actitudes que contrastan con la situación de quienes, violando todo derecho, instrumentaron los prendimientos “Todos quedaron impunes”.<sup>34</sup>

### b) Iturrigaray defendido

Quién haya sido Iturrigaray en su vida privada o en el manejo de los fondos públicos del virreinato poco le importa a su abogado Bustamante desde el momento en que aquél simpatizó con la causa de los municipales de 1808. En lugar de haber respetado los odores de la Audiencia el sentido de la Ley 36, tit. 15, lib. 2 de la *Recopilación de*

<sup>34</sup> *Idem.* p. 8.

*Indias* que los facultaba a interpelar al Virrey cuando éste se excediese en sus funciones sin que ello fuese hecho con publicidad y sin causar *inquietud en la tierra*, llevaron a cabo el arresto y la destitución de Iturrigaray con gran “estrépito y escándalo”, propiciando la pérdida del reino como en efecto, años más tarde, ocurrió. El premio a tan despreciable acción les valió a varios la Cruz de Carlos III, a los mercaderes otros títulos y al oidor Aguirre la regencia de la Audiencia de México. “¡Contradicción notable que así honrará la memoria de Iturrigaray, como tizará eternamente la reputación de aquella junta de letrados!” exclama, emocionado, nuestro autor ante estos hechos.<sup>35</sup>

### c) Los conjurados de Valladolid

En este caso la defensa bustamantina es inmediata. García Obeso y sus compañeros lo nombraron su defensor y el resultado no pudo ser mejor. Nos dice, rememrando aquellos días:

No llegué a alegar en su causa porque me presenté personalmente a hacer una visita al arzobispo virrey Lizana, a quien hallé enfermo. . . preguntándome la causa por qué me le presentaba, me acuerdo que le dije: . . . Vengo a que V. E. Illma. se sirva cortar la causa de Valladolid, y que en ella no se dé ya una plumada más. . . El oidor Aguirre opina que el día que se ahorque el primer insurgente, España debe perder la esperanza de conservar esta América. . . Yo soy de la misma opinión, me respondió: vaya V. seguro de que mandaré sobreseer esta causa. Efectivamente, así lo cumplió.<sup>36</sup>

Cierta o falsa esta entrevista, el pasaje es muy revelador de los medios utilizados, desde entonces, por los abogados para obtener favorables resultados en las causas que se les encomiendan: Antes de alegar, primero negociar. Destaca también que la conducta del Arzobispo-Virrey sea determinada más por razones políticas que por argumentos de justicia: La América se perderá si se ahorca al primer “insurgente”.

### d) En defensa del joven Chovell

Defensa póstuma, como la de Torres, como la de Hidalgo; levantada ante lo que, sin mayores comentarios, califica de *asesinato*. Calleja, el asesino, es recriminado con estas duras palabras:

<sup>35</sup> *Idem.* p. 11.

<sup>36</sup> *Idem.* p. 17.

Ah ¡hombre vill! ¿Por qué no mediste tu espada cuerpo a cuerpo con este tierno mancebo... y no que para entrarla en su corazón te cubriste con la respetable egide de las leyes? ... ¿Por qué no oíste su voz? ¿Por qué no le presentaste los artículos de acusación? ¿Por qué un sencillo papel hallado en la vuelta de la manga de su frac te sirvió de cuerpo de delito, y bastó para que lo condenaras?<sup>37</sup>

e) ...y de "El Gallo"

En el mismo sentido entabla la defensa de este insurgente, acusado "de haber intervenido en la matanza de Granaditas"; sólo que en este caso aparece un Calleja más prudente: La condena a muerte que dicta está fundada en un informe del alcalde de Guanajuato, rendido el 4 de Diciembre de 1810. "Un proceso instruido en una foja de papel simple (ni aun sellado) escrito en 26 renglones, sin prueba de testigos, sin cargo ni confesión del reo, ni vista de las causas antecedentes de que hace mención el informe (gachupín y en causa de gachupines) sin más apoyo para confirmar este concepto que decir que lo asegura la mujer de otro gachupín", es el comentario que recibe el documento por parte de Bustamante, quien continúa su defensa: "En Granaditas existían doscientos cuarenta y siete españoles, sólo salvaron la vida treinta y tantos. ¿Sería creíble que sólo tres fueran los asesinos de aquellos infelices, y precisamente uno de ellos este reo, cuando sabemos que todo se hizo en una horrible sedición, en la que las mujeres se mostraron más feroces que los hombres?"<sup>38</sup> He aquí un típico alegato judicial de un abogado que veía, con ojos sorprendidos, cómo se hacía realidad en Guanajuato la práctica establecida "en los días del establecimiento del tribunal de acordada", que condenaba "a los reos por una sola foja de papel" en la que aparecía "su acusación, su sentencia y su ejecución".<sup>39</sup>

f) Los sacerdotes del ejército de Hidalgo

Seis fueron los ministros de la Iglesia que fueron fusilados en la hacienda de San Juan de Dios, próxima a Durango, el 17 de Julio de 1812: Ignacio Hidalgo, Mariano Balleza, Fr. Bernardo Conde, Fr. Pedro Bustamante, Fr. Carlos Medina y Fr. Ignacio Jiménez.

<sup>37</sup> *Idem.* p. 105.

<sup>38</sup> *Idem.* p. 112.

<sup>39</sup> *Idem.* p. 111.

El Sr. Olivares, obispo de Durango no quiso degradarlos, y sufrió muy fuertes contradicciones con el teniente letrado asesor ordinario que instruyó el proceso de los reos, a quienes en las preguntas de inquirir se les formó cargos, no se les corrió traslado ni oyó sus defensas, ni tampoco nombró fiscal que los acusase; siendo notar que echándola el asesor de profundo *letrado* y gran realista, no tuviera presentes las leyes dictadas aún en los últimos tiempos y hasta por Fernando VII (...) para condenar a muerte a los sacerdotes. Algo más, les hizo graves cargos a estos eclesiásticos sobre haber ejercido su ministerio cuando servían en el ejército de Hidalgo, y que no le competía hacer sino al prelado eclesiástico.<sup>40</sup>

Bustamante, como en otros casos, tuvo la oportunidad de consultar la causa original de este proceso, de aquí su exacto conocimiento del mismo. Este encuentro con los documentos originales, y más si eran legales o judiciales, le permitieron poner en práctica sus cualidades profesionales, sometiéndolos a un riguroso examen crítico-jurídico para extraer conclusiones favorables a la causa que defendía.

### 3. En defensa de Hidalgo y de la Patria

Si Carlos María de Bustamante se preocupó por defender a los miembros del Ayuntamiento de México, al Virrey Iturrigaray y a otros insurgentes menores, con mayor razón buscó autoproclamarse abogado del primer caudillo de la insurgencia mexicana, debido a que de esta manera se convertía en el defensor de la causa Nacional. La defensa del Héroe deviene a ser, en Bustamante, entonces, la defensa de la Nación ultrajada. Por lo mismo, todos sus conocimientos sobre derecho de la época, su modo de razonar aprendido en las audiencias novohispanas, y su pasión innata, las puso al servicio del Hidalgo-Nación en el proceso judicial que abrió en las páginas de su *Cuadro Histórico*. En efecto, el juicio seguido por las autoridades españolas en Chihuahua había sido una verdadera mascarada; en él, no se cumplieron las formalidades previstas en la legislación, se le negó al reo un abogado y se violaron varias disposiciones civiles y canónicas, de modo tal que es posible afirmar que la muerte de Hidalgo no fue más que "una venganza cruel, meditada y calculada a sangre fría" encubierta en el ropaje de un juicio.<sup>41</sup> La consecuencia lógica de esta visión es que Bustamante —el amante de las formas legales pero también del espíritu

<sup>40</sup> *Idem.* p. 278.

<sup>41</sup> *Idem.* p. 261.

de la ley— replantee en el *Cuadro* la causa original. Su *Historia* le brindó la magnífica oportunidad de abrir nuevamente el expediente judicial, revisar su contenido, oír de nueva cuenta a los testigos y sopesar los argumentos esgrimidos por los jueces peninsulares: El nuevo tribunal —la *Historia*— se encuentra purificado de la perniciosa parcialidad que contaminó al ilegítimo de primera instancia; el abogado —¿es necesario repetir su nombre?— listo para aducir con la ley, la razón y la justicia en la mano lo que crea pertinente en favor de su cliente; el reo —quien desde hace años yace en una fría sepultura de la Catedral de México— espera ansioso, en otro mundo, el nuevo y definitivo fallo: sabe que en su causa se juega también la suerte histórica del pueblo al que quiso dar libertad; el fiscal —la documentación del juicio original— insistirá en la condena, y el objeto de la litis —todo el conjunto de las acciones, ideales y propósitos de Hidalgo— planteado para ser nuevamente examinado.

Con todo cuidado y detalle, en la séptima carta del tomo primero del *Cuadro Histórico*, Bustamante revivió el juicio de Hidalgo. Poco le importó que el procesado estuviese ausente; como en el caso del antiguo procedimiento inquisitorial, esto era lo de menos: la fama y el honor debían salvarse si no para bien del alma sí para el de la *Historia* nacional. Las minucias del juicio pasan ante nuestros ojos informándonos de la ignorancia del licenciado Rafael Bracho —asesor de la causa—, de las arbitrariedades del Comandante Salcedo, “de la farsa eclesiástica que contra todo derecho vio por primera vez la villa de Chihuahua”<sup>42</sup> al degradarse el Cura de Dolores, de la falta de asociación en las jurisdicciones civil y canónica, de los repetidos atropellos a las leyes civil, canónica y natural cometidos por los funcionarios españoles; en fin, de una serie de problemas sustantivos y adjetivos que Bustamante enfrentó con habilidad y conocimiento. Para él, la defensa se planteó fácil, puesto que el gobierno realista no guardó en el procedimiento las formalidades del derecho “y si aparentó arreglarse a algunas de las más importantes, fue de modo harto grosero, y que lo dejó en gran descubierto”.<sup>43</sup> Las cuestiones de Derecho positivo no parece que le preocupasen mayor cosa —aunque las resolviese—: Convencido estuvo de que el tribunal que condenó a Hidalgo —Sanhedrín Hispano-Judaico—, el Dr. Fernández Valentín —Pilatos— y el Lic. Bracho —con su ignorancia supina en material criminal— no estaban a la altura de sus conocimientos y no se le escapó que si alteraron

<sup>42</sup> *Idem.* p. 260.

<sup>43</sup> *Idem.* p. 244.

flagrantemente el orden judicial “fue porque el caso era hacerlo morir (a Hidalgo) cuanto antes, teníase sed devoradora de su sangre”,<sup>44</sup> dado que en el juicio de Chihuahua —como afirmara el Obispo de Durango al Dr. Fernández— se impuso a fin de cuentas la Razón de Estado, “El bien público y la tranquilidad de esta parte de la monarquía”.<sup>45</sup>

Por el contrario, mayor preocupación le causó el precisar el derecho de Hidalgo para levantarse y para levantar a un pueblo en armas, debido a que en Bustamante el derecho de aquél se reduce al de éste. En consecuencia, Carlos María obró aquí con mayor cautela. Bien supo de los desmanes cometidos por la turba de Miguel Hidalgo —similares a los ocasionados por los godos en Europa— y de los crímenes cometidos en Morelia y Guadalajara, ante los cuales incluso se preguntó: “¿Gozaban los españoles del privilegio de matar hombres americanos impunemente, y no lo tenía Hidalgo para hacer lo mismo precediendo un examen del que era inquieto y seductor?”<sup>46</sup> Pero el derecho de matar ocultaba lo que verdaderamente estaba en el tapete de la discusión, no la causa inmediata del asesinato como pudiera ser el derecho de represalia. Aquél, es la consecuencia de un derecho mayor, el de los americanos a ser libres del yugo tiránico e injusto de los peninsulares. Frente a la usurpación —que define a ese yugo ejercido durante trescientos años y que nunca pudo dar dominio— nace el derecho a la insurrección. . . “y cumplir con la ley no es delinquir”.<sup>47</sup>

“Haga, pues, el mundo justicia a la conducta del benemérito cura Hidalgo, y confíese que su insurrección, aunque tumultuosa por la casualidad de haber sido descubierta, en sí fue *justa y necesaria*, o nieguele a este hombre ilustre los derechos que tenía para salvar a su patria viéndola a punto de perecer, y a los pueblos el derecho de insurrección”<sup>48</sup> proclama en magnífica síntesis el abogado oaxaqueño. La disyuntiva planteada de esta forma no tiene otra salida: la sentencia en la segunda y definitiva instancia absuelve a Hidalgo y por lo mismo declara la legitimidad de su movimiento y salva a la Patria. Bustamante, el abogado, pudo anotarse su mayor victoria procesal.

<sup>44</sup> *Idem.* p. 261.

<sup>45</sup> *Idem.* p. 243.

<sup>46</sup> *Idem.* p. 249.

<sup>47</sup> *Idem.* p. 252.

<sup>48</sup> *Idem.* p. 235.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN INSTITUCIONES  
MERCANTILES  
(DERECHO MEXICANO)\*

Jorge BARRERA GRAF

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*. II. *El sistema en el derecho civil*. III. *Principios de la responsabilidad en el derecho civil*. IV. *Casos de responsabilidad en derecho mercantil*. 1. *Código de Comercio vigente*. 2. *Contrato de transporte*. 3. *Depósitos en Almacenes Generales*. 4. *Otras materias*. 5. *Sociedades*: a) *Sociedades en formación*; b) *Sociedades irregulares*; c) *Sociedades nacionales de crédito*; ch) *El caso de los socios industriales*; d) *Responsabilidad de la persona que controle una S.A.*; e) *Actos ultra vires celebrados por representantes de la sociedad*; f) *Limitaciones de responsabilidad de socios colectivos*; g) *Obligaciones adicionales que se impongan a socios de una S.A.* 6. *Derecho al consumo*: a) *Responsabilidad contractual*; b) *Prestación de servicios (obligaciones de hacer)*; c) *Responsabilidad extracontractual del productor o fabricante*; ch) *Responsabilidad del Estado*; d) *Ventas a domicilio*. 7. *Competencia desleal*. 8. *La responsabilidad civil y el contrato de seguro*.

ABREVIATURAS

C. Civ.	Código Civil.
C. Co.	Código de Comercio.
D.F.	Distrito Federal.
D.O.	Diario Oficial.
LCS	Ley de Contrato de Seguros.
LFT	Ley Federal del Trabajo.
LIM	Ley de Inversiones y Marcas.
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles.
LN y Co. M.	Ley de Navegación y Comercio Marítimo.
LPC	Ley de Protección al Consumidor.
LTOC	Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.
LVGC	Ley de Vías Generales de Comunicación.

\* Estudio leído por su autor en el Coloquio México-Colombiano sobre Derecho Privado, que se celebró en la Ciudad de Jalapa, México, los días 25 y 26 de noviembre de 1984.

S.A.	Sociedad Anónima.
S. en C. por A.	Sociedad en Comandita por Acciones.
S. en N. C.	Sociedad en Nombre Colectivo.
S. de R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
S.I.	Sociedades Irregulares.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La responsabilidad por daños que sean consecuencia del incumplimiento de obligaciones, de la violación de disposiciones legales y consuetudinarias (buenas costumbres), del riesgo creado y del abuso del derecho,<sup>1</sup> se regula en el derecho común, si no de manera exclusiva, sí en forma principal y mediante normas y principios generales aplicables a todo nuestro sistema jurídico.

Secundariamente, aunque con importancia creciente, varias leyes mercantiles, y en menor medida, el Código de Comercio y algún Convenio Internacional ratificado por México, contienen reglas sobre la responsabilidad, que complementan a las relativas del derecho civil, y que en algunos casos se apartan de éstas. Por tratarse de disposiciones especiales, se aplican antes que las civiles, que son de alcance general, las cuales, en cambio, son de aplicación supletoria cuando en el campo del derecho especial —en la materia comercial en que nos movemos— exista una laguna legal: ella se colma con el precepto civil.

Por tratarse de reglas de carácter especial, podría cuestionarse si las del derecho mercantil pueden interpretarse e integrarse a través del criterio de la analogía; o sea, aplicar a un caso no comprendido expresamente en el texto de la norma mercantil, lo dispuesto por ésta, cuando dicho caso sea similar al previsto en la disposición normativa. En nuestro sistema, el C. Co. —art. 75 fr. XXIV— de manera expresa se acoge la analogía en cuanto a los actos de comercio, los que, según el art. 1º de dicho Ordenamiento, constituyen el contenido propio de la legislación mercantil. Por otra parte, en materia de responsabilidad objetiva, o por riesgo creado, la norma civil que la regula acoge expresamente la analogía.

La supletoriedad del derecho civil o común es regla que se aplica a los derechos especiales; no sólo a la otra rama del derecho privado, o sea, el derecho mercantil (art. 2º C. Co.), sino también a disciplinas del derecho público: como el laboral, el fiscal, el administrativo. Ahora

<sup>1</sup> Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, Puebla, 1961, n. 545, p. 365.

bien, como se sabe, en nuestro sistema constitucional el derecho civil está reservado a los Estados, o sea, que es de aplicación local, y no federal como el derecho mercantil; por ello en México existen tantos Códigos Civiles como entidades federativas (32 Estados y el D.F.), y solamente un Código de Comercio y leyes únicas de carácter mercantil (LGSM, LTOC, LCS, etcétera). ¿Cuál es el ordenamiento civil aplicable supletoriamente en materia mercantil? Es cuestión controvertida: algunos opinan (yo entre ellos) que debe ser el local, el del Estado de la República cuyo derecho se aplique en el caso concreto; otros piensan que será, siempre, el C. Civ. del D.F., en cuanto que su art. 1º establece que se aplica en toda la República en materia federal. Esta es la opinión prevaleciente en la doctrina, en la jurisprudencia e inclusive, en disposición de ciertas leyes mercantiles, como la LTOC, la LN y Co. M.

Admitimos, pues, que el C. Civ. del D.F., sea al que en la práctica se acuda en los casos de lagunas de la legislación comercial y de usos y costumbres mercantiles; lo que justifica que, aunque sea en forma somera y muy superficial, nos refiramos al sistema de la responsabilidad civil en dicho Código.

## II. EL SISTEMA EN EL DERECHO CIVIL

Recoge y reglamenta el C. Civ., la responsabilidad contractual, la aquiliana o extracontractual, la responsabilidad objetiva y la que se desprende del llamado abuso del derecho. Todas estas especies se regulan en disposiciones del Libro Cuarto sobre las obligaciones. La contractual, opera en caso de pérdida y deterioro de la cosa-objeto del convenio, por incumplimiento, mora y retardo en la entrega, por culpa del deudor, no por caso fortuito, tanto en casos de contratos traslativos (art. 2017), como no traslativos (art. 2024), y en aquellos con reserva de la posesión, del uso o goce de la cosa. (art. 2023).

La responsabilidad aquiliana y la objetiva, están reglamentadas en un solo capítulo, que se titula "obligaciones que nacen de los actos ilícitos"; más propio y más técnico sería hablar de "hechos" y no de "actos" (como lo hace el C. Civ., it. arts. 2043 y s.), pues no siempre se trata de manifestaciones voluntarias.<sup>2</sup> El primero de sus artículos, el 1910, sí responde al título del capítulo. Dice que "el que obrando ilíci-

<sup>2</sup> Cfr. PALERMO Antonio, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Editore, La Tribuna, Piacenza, 1969, p. 42, y ALPA Y BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1976, 180.

tamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

La responsabilidad objetiva, también llamada del riesgo creado, la fijan los arts. 1913 y 1932; y el art. 1935, que se comprende en un capítulo posterior, el sexto, y que se titula del riesgo profesional, fija la responsabilidad del patrón por accidentes y enfermedades profesionales derivados del trabajo. Estos tres supuestos de responsabilidad objetiva no requieren, como sí el 1910, de un proceder ilícito; así lo indica expresamente el art. 1913, y se deduce del 1932 y del 1935 en que no se exige una conducta contraria a derecho: se incurre en responsabilidad, no sólo por actos voluntarios, sino por hechos involuntarios, que incluso pueden ser fortuitos.

El art. 1913 dispone: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva, o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

El texto de este precepto tiene como antecedentes el art. 41 del Código Suizo de las obligaciones y el art. 403 del Código Civil Soviético.<sup>3</sup>

A su vez, el art. 1932, en el que en algunas de sus fracciones influyeron el C. Civ. español (art. 1908) y el Código Civil Argentino (art. 1137),<sup>4</sup> dispone lo siguiente: "... responderán los propietarios de los daños causados:

- I. Por la explosión de máquinas o por la inflamación de substancias explosivas;
- II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
- III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;
- IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
- V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;

<sup>3</sup> BORJA SORIANO, *Teoría General de las obligaciones*, 3a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1959, t. I, 409.

<sup>4</sup> BORJA SORIANO, cit. pp. 420 y 421.

VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o *por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño*.

El art. 1935, que es copia literal de la fr. XIV del art. 123 de la Constitución de la República de 1917, dispone que: "Los patrones son responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridos con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por intermediario".

El abuso del derecho, por último, se consagra en el art. 1912: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho". Este principio se repite, respecto al derecho de propiedad, en el art. 840, que establece que "no es lícito ejercitar tal derecho de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario"; y también se relaciona con la lesión como vicio del consentimiento.<sup>5</sup>

### III. PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL

Los principales principios en que se funda el sistema de la responsabilidad de nuestro Código Civil, son los siguientes:

Primero. La culpa del infractor —real o presunta—, en sus diferentes grados y matices (lata, leve, levísima; culpa *in abstracto* y en concreto), así como la negligencia, imprudencia y falta de cuidado, son la base de la *responsabilidad civil contractual*, por daños derivados de violaciones, incumplimientos, mora y retardo.<sup>6</sup> Si no hay culpa del deudor,

<sup>5</sup> Art. 17, según el cual: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año".

<sup>6</sup> En nuestra doctrina, se manifiestan en el sentido del texto, BORJA SORIANO, p. 349; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, n. 562, p. 381; GALINDO GARFÍAS en la voz "Responsabilidad Civil" del *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, 1984, t. VIII, p. 46; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Harla, México, 1980, números 204 y s., págs. 234 y s. SÁNCHEZ CORDERO D., Jorge, "La industrialización", en la *Revista de la Facultad de Derecho*, t. XXX, núm. 117, 1980, p. 217, aunque este estudio muestra el apartamiento y la superación de la teoría de la culpa, de tendencia y

sino de la víctima, y si la pérdida o el daño se causaron por caso fortuito, no existe responsabilidad.

Segundo. La responsabilidad extracontractual a que se refiere el art. 1910, no requiere culpa: basta un obrar ilícito que cause un daño.<sup>7</sup> En algún caso, sin embargo (art. 1922), se establece la presunción de culpa del padre o del tutor, y se les exime de responsabilidad "por los daños que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probasen que les ha sido imposible cuidarlos".<sup>8</sup>

Tercero. En cuanto a la responsabilidad objetiva, tampoco se exige culpa de quien cause el daño;<sup>9</sup> en los casos del art. 1913, así se desprende del artículo siguiente: el 1914, según el cual: "Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etcétera, a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización".<sup>10</sup> En cuanto al art. 1932, pese a que la interpretación literal

fundamento individualista, y su sustitución por la teoría solidarista del riesgo creado. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho Civil*, t. III. Teoría general de las obligaciones, Antigua Librería Robredo, 1962, parece estar en contra de la teoría de la culpa, en pág. 371, al acoger las teorías de Josserand, pero posteriormente la admite, para las obligaciones relativas a la conservación de la cosa: Pág. 373.

<sup>7</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *ult. cit.* (aunque en núm. 567, p. 384, sí admite casos de responsabilidad sin culpa) y BEJARANO SÁNCHEZ, n. 195, p. 227 y n. 202 p. 232, opinan que también por la responsabilidad extracontractual se exige la culpa, si bien en algunos casos es levisima *in lege aquilia levissima culpa venit*; en otros casos se fija por la ley una presunción de culpa del infractor, y éste debe probar que ella no existe (vgr. art. 2018 C. Civ.). En el derecho italiano, el art. 2043, que se refiere a dicha responsabilidad extracontractual, también se basa en "cualquier hecho doloso o culposo que cause a otro un daño injusto". Nuestro art. 1910 no siguió esa postura, que es, por cierto la tradicional.

<sup>8</sup> Así, la ejecutoria de la Suprema Corte, Toribio Velasco, dictada en el Amparo Directo 7364/49. SJF (Semanao Judicial de la Federación), Quinta Época, Suplemento de 1956, p. 426.

<sup>9</sup> Así es la jurisprudencia firme de la Suprema Corte, tesis 334 y 335 en el Apéndice de 1975 del Semanario Judicial de la Federación (SJF), V, también, el tomo LIX SJF, Sexta época, p. 223. El origen y la evolución del concepto de responsabilidad objetiva en derecho mexicano, con el análisis de los antecedentes, la opinión de los juristas que en mayor o menor medida intervinieron en la redacción del Código Civil vigente, principalmente del art. 1913, así como la opinión de los juristas franceses Josserand, Demogue, Mazeaud, Savatier, Ripert, que tanto influyeron en el desarrollo del concepto y su admisión en la jurisprudencia gala, en SÁNCHEZ CORDERO Y DÁVILA, Jorge, *Responsabilidad objetiva*, México, 1974, pp. 177 y s.; así también Larenz en el derecho alemán (citado por ALPA Y BESSONE, pp. 146 y s.

<sup>10</sup> En nuestro art. 1913 no se requiere para quedar exento de responsabilidad (como sí en el C. Civ. it. art. 2050), la prueba de que el sujeto activo, o sea, quien ocasiona el daño, adoptó las medidas necesarias para evitarlo; ello es indiferente, se incurre en responsabilidad aun si se tomaron medidas para evitar el daño. Lo único que libera es probar "la negligencia inexcusable de la víctima".

de ese art. 1914 podría llevar a la afirmación de que —salvo en los supuestos del art. 1913—, no hay responsabilidad sin culpa, tal interpretación resulta insostenible, no sólo porque en muchos de los supuestos del mencionado art. 1932 se prescinde de la idea de culpa (como también en los casos de los arts. 1910 y 1935), sino también porque la última parte de la fracción VI del mismo art. 1932 establece la regla general, "cualquier causa que sin derecho origine algún daño", dará lugar "a la responsabilidad del propietario"; es decir, nuevamente, que basta el obrar en contra de la ley, independientemente de que sea con o sin culpa. Por último, tratándose del riesgo profesional del art. 1935, el siguiente precepto, 1936, establece expresamente: "Incumbe a los patronos el pago de la responsabilidad que nace de accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte".

Cuarto. La responsabilidad aquiliana se diferencia de la objetiva, en que aquella (art. 1910) requiere un obrar ilícito, en tanto que ésta no, como lo indica el texto de los art. 1913: "aunque no obre ilícitamente" y 1932: "cualquier causa que sin derecho origine algún daño". La jurisprudencia de la Suprema Corte establece que "el mero hecho de usar el mecanismo o aparato peligroso hace incurrir en la obligación de reparar el daño".<sup>11</sup>

Quinto. Tanto en el caso de la responsabilidad extracontractual (art. 1910), como en el de la responsabilidad objetiva (1913), pero no en el caso del art. 1935, de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, según lo dispone la LFT de 1970, art. 488 y principalmente, 489 fr. II, se exime de ella a quien causa el daño si prueba que éste "se produjo como consecuencia inexcusable de la víctima". Principio que también debe considerarse aplicable en los casos del art. 1932 y que constituye aplicación de otro principio general: nadie puede prevalerse de su propia ilicitud.

Sexto. En cualquier caso de responsabilidad se aplica el principio de causalidad, entre el daño producido y la circunstancia o motivo que lo produjo. Así lo establece el art. 2110: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".<sup>12</sup>

Séptimo. Por lo que se refiere a la amplitud o monto de la responsabilidad, el principio general y clásico lo establece el art. 2964: "El

<sup>11</sup> Tesis 330 en el Apéndice del S.J.F. de 1975.

<sup>12</sup> Sobre este vínculo causal, Cfr. FALERMO, 61 y s.

deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables". Sin embargo, en materia de responsabilidad contractual son válidos los pactos de exención y de limitación de ella (art. 2117), salvo que el autor del daño proceda con dolo (art. 2106), o que hubiera mala fe en el caso de la evicción, art. 2122.<sup>13</sup> Nuestro derecho civil, aún permanece insensible en dicha materia de responsabilidad contractual a las modernas corrientes restrictivas del principio de la autonomía de la voluntad.<sup>14</sup>

En cuanto a responsabilidad aquiliana, según Borja Soriano,<sup>15</sup> sólo cabe cláusula de exención de responsabilidad, en el caso de que el daño se cause por una culpa leve, no así en casos de culpa grave o de dolo; en todo caso, el pacto sería posterior al evento dañoso porque, por hipótesis, se trata de una responsabilidad extracontractual. Creo que este mismo principio rige en los casos de responsabilidad objetiva que indican los arts. 1913 y 1932 (no en cambio, en los casos del 1935, según se desprende de los arts. 484 a 486 LFT; ni en los casos de reparación del daño en derecho penal, arts. 24 pfo. 6, 29, 34, 35, Código Penal).

Octavo. La obligación de reparación en que se manifiesta la responsabilidad civil, se aplica también en el caso del llamado daño moral y del daño de afecto o de afectación, con la particularidad de que en estos casos es indiferente la causación del daño material. Al daño de afectación se refiere el art. 2126, según el cual: "Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916".

Al daño moral, se refieren los arts. 1916, cuyo texto recientemente fue modificado (D.O. 31/XII/82), y 1916 bis.

Aquella norma, da un concepto amplísimo: "daño moral (es) la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos fisi-

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, núm. 604, pp. 407 y s.

<sup>14</sup> El IX Congreso de Derecho Comparado, celebrado en Teherán en 1974, se pronunció en este sentido, Cfr. GALINDO GARFÍAS, Ignacio, "Cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad en las condiciones generales de los contratos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXX, núm. 117, 1980, p. 88.

<sup>15</sup> Cit. núm. 717 bis, p. 423.

cos, o bien en la consideración que de sí misma (*sic*) tengan los demás".

El responsable "tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual y objetiva conforme al art. 1913, así como el (*sic*) Estado y sus funcionarios conforme al art. 1928. . ."

El monto de la indemnización la determinará el juez tomando en cuenta los derechos del lesionado. . . la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

Por último, ordena el precepto la publicación de un extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido el hecho lesivo.

El art. 1916 bis exime de la obligación de reparación moral a quien ejerza derechos de opinión, de crítica, de expresión o información en los términos de las garantías constitucionales de expresión y de escribir y publicar escritos (arts. 6º y 7º).

Noveno. En forma harto limitada se fija la responsabilidad del Estado respecto a "daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas", art. 1928, que agrega: "Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado". La Constitución de la República, arts. 108 y 114, en reciente reforma (Diciembre de 1982), y su Ley Reglamentaria vigente (desde 1983), regulan muy ampliamente la responsabilidad de los servidores públicos; el tema rebasa los propósitos del presente estudio.<sup>16</sup>

Décimo. La restricción de la responsabilidad del Estado, consistente en que el funcionario actúe "en el ejercicio de sus funciones", o sea, que no se responda *ultra vires*, se repite tanto en los casos de responsabilidad de las personas morales por los daños que causen sus representantes legales (art. 1918), como en el caso de los empresarios ("patrones y dueños de establecimientos mercantiles"); pero en este caso, cesa la responsabilidad si el empresario prueba que "no se le puede imputar culpa o negligencia".<sup>17</sup> Es decir, en este supuesto

<sup>16</sup> Cfr. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, voz, "Responsabilidades de los servidores públicos" (y también la voz «Responsabilidad del Estado», de FANNY PINEDA, pp. 47 y s.), en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, cit. pp. 50 y s.

<sup>17</sup> La Suprema Corte, en estos supuestos del art. 1924 habla de una presunción de culpa del patrón, *in vigilando* o *in eligendo*; Compañía de Tranvías de México, S.A., citada S.J.F. Sobre el problema, en derecho francés, Cfr. SAVATIER, *La théorie des obligations in Droit privé économique*, Dalloz, Paris, 1979, n. 235, pp. 290 y s.; para el caso de la responsabilidad de padres y de empresarios, v. n. 282, pp. 286 y s.

como en el caso de la responsabilidad de padres y tutores (art. 1922), se produce una inversión de la carga de la prueba y se debe probar el hecho negativo (!) de la ausencia de culpa o negligencia.

Decimoprimeramente. Por último, el C. Civ. —art. 1917—, impone el vínculo de solidaridad a quienes en común causen el daño.<sup>18</sup> El principio general en nuestro derecho, tanto civil como mercantil, es que: “la solidaridad no se presume, a no ser que se pacte otra cosa o que la ley —como en este caso— disponga lo contrario” (art. 1986). Y ciertamente, las leyes mercantiles establecen muchos casos de solidaridad pasiva (LTOC, art. 4º y LGSM, en varias hipótesis).

#### IV. CASOS DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO MERCANTIL

1. El Código de Comercio vigente, de 1890, no regula en forma especial la responsabilidad por daños y perjuicios, ya sea de carácter contractual, extracontractual u objetiva. Sólo excepcionalmente recoge casos de responsabilidad por violaciones de obligaciones contractuales, las cuales, generalmente repiten normas del derecho común. Puede, pues, sostenerse que, salvo casos de excepción, rigen en las materias aún reguladas en el C. de Co., o sea, contratos de compraventa, depósito (no bancarios ni de Almacenes Generales), préstamo, comisión, prenda, el mismo sistema e iguales reglas que las consignadas en el C. Civ. D.F. Por tanto, dada la supletoriedad del “derecho común”, a dicho Código habrá de acudir cuando el C. Co., y las leyes mercantiles especiales, sean omisas en esa materia de responsabilidad.<sup>19</sup>

La jerarquía de las leyes impone aplicar primero las de carácter especial (vgr. LN y Co. M., en relación al transporte por mar), después

<sup>18</sup> La Corte admitió la solidaridad en el caso de una colisión de los vehículos en que no se pudo probar culpa o negligencia de ninguno de los conductores, en la misma ejecutoria citada en la nota anterior. Para el derecho francés, V. SAVATIER, n. 254, pp. 305 y s.

<sup>19</sup> Consecuencia también de la aplicación supletoria es que cuando las normas y el sistema civil sean deficientes y omisos, las deficiencias no se purgan al aplicar el sistema civil a la materia mercantil; por ejemplo, el art. 1932 establece seis casos de responsabilidad objetiva, pero sólo cuando el sujeto activo sea propietario de los instrumentos, objetos o recipientes a que la norma alude; esa limitación resulta inconveniente en derecho mercantil, en relación con el arrendamiento financiero (*leasing*), cada vez más frecuente en el comercio; imponer responsabilidad en ese caso al propietario o arrendador, no se justifica, y tampoco que el usuario de los bienes quede siempre liberado. La solución estriba en aplicar el principio del art. 1913, que hace incurrir en responsabilidad meramente por el uso de la cosa, con independencia de que se sea propietario de ella.

aquella más general, o si se prefiere, menos especial (como sería, en el caso del contrato de transporte, la LVGC, que regula toda clase de ellos: por tierra, por agua, por aire; de personas o de cosas; por cualquier medio o vehículo); se acudiría después al C. Co., como el ordenamiento más general en relación al mismo contrato mercantil (arts. 576 a 604); los usos y costumbres, nacionales e internacionales, serían la *fuentes inmediata posterior*, y finalmente, las disposiciones del C. Civ. De estas últimas, no sólo regirían las reglas o principios específicos, de responsabilidad, sino también principios generales, como el del art. 2964, que establece que el deudor responde de sus deudas con todo su patrimonio; así como el sistema general de responsabilidad contractual, extracontractual, objetiva y por abuso del derecho.

Que estas dos últimas fuentes de responsabilidad, objetiva y por abuso del derecho, se hayan incorporado a nuestra legislación civil con posterioridad a que entrara en vigor el C. Co. (cuarenta y dos años después), no empece a su aplicación supletoria, pero siempre, repito, que en la legislación mercantil no haya norma o disposición contraria a lo preceptuado en el derecho común.

2. La LVGC, en relación con el contrato de transporte, establece importantes reglas propias, unas de carácter general sobre la responsabilidad del porteador, inclusive en casos de fuerza mayor, salvo los casos de limitación y de excepción que legalmente se fijan en los artículos 69, 71, 72, 84; otras relativas al transporte, al aéreo por ejemplo, por muerte o lesiones de los pasajeros, por destrucción o averías de sus equipajes de mano, o por retardos (art. 342);<sup>20</sup> en cuanto al transporte marítimo, la LN y Co. M., también establece importantes reglas, como son, la limitación de la responsabilidad del naviero (art. 134) a la “fortuna de mar” (i.e. “el buque con sus pertenencias y accesorios”, art. 132), y la que esa ley le brinda (art. 135) mediante el abandono del buque.

3. Nuestra LTOC, tratándose de depósitos en Almacenes Generales, impone al depositante responsabilidad por los daños que se causen en los casos de descomposición o alteración de los bienes “depositados con designación individual, salvo estipulación contraria contenida en el certificado de depósito”.

Debemos también mencionar en esa misma LTOC, el principio

<sup>20</sup> Según la Suprema Corte, en el caso del transporte (aéreo) pueden coexistir la responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento del contrato de transporte y la responsabilidad objetiva por el uso de un aparato peligroso por sí mismo, por la velocidad que desarrolla y por causas análogas; Amparo Directo 4894/73, Aerolíneas de México, S.A., Séptima época, Cuarta Parte, pág. 37.

de la solidaridad pasiva que rige "las operaciones de crédito que esta ley reglamenta" (art. 4º); o sea, respecto a contratos bancarios (inclusive el de fideicomiso, en cuanto que sólo los bancos pueden ser fiduciarios) y contratos especiales de crédito, como el reporto, el crédito confirmado, las cuentas corrientes, etcétera.

Por lo que toca a títulos de crédito, los artículos 90, 154 y 159 de la misma LTOC establecen un sistema especial de la solidaridad pasiva de los deudores. Aquel, dispone que el endoso en propiedad obliga a quien lo hace, solidariamente con los demás responsables; el art. 159, impone la responsabilidad solidaria a todos los que aparezcan en la letra suscribiendo el mismo acto (vgr. co-endosantes-co-avalistas), y el 154, la solidaridad respecto a distintos actos cambiarios: aceptación, libramiento, endoso, aval. Esta solidaridad pasiva cambiaria es distinta de la que regula el C. Civ., tanto porque sólo surge de la ley y no de pacto o convenio, como porque implica diversidad de obligaciones y autonomía de cada una de ellas (y no, como en la solidaridad civil, una sola obligación común, art. 1987), y porque, internamente, la ley no plantea vínculo alguno entre los deudores cambiarios, y si uno de ellos paga, le corresponde acción de repetición en contra de los demás por la totalidad del crédito cambiario (art. 152 LTOC); no, como en derecho común, que la acción de repetición sólo le toca por la parte que en la deuda corresponda al otro o a los otros deudores.<sup>21</sup>

4. Consideración especial debemos hacer sobre materias en las que el régimen y los supuestos especiales de responsabilidad adquieren mayor importancia y mucha más amplia difusión; una, es la responsabilidad en materia de sociedades, otra, mucho más reciente, en materia del derecho al consumo, una más en derecho industrial en lo relativo a la competencia desleal, y otra, por último, respecto al contrato de seguro, del de responsabilidad civil principalmente.

5. En materia de sociedades, como se sabe y como sucede en todos los países de estructura capitalista, las sociedades mercantiles se distinguen en sociedades de responsabilidad ilimitada (S. en N.C.), de responsabilidad mixta (S. en C. por A.) y de responsabilidad limitada (S.A. y S. de R.L.). El calificativo es ambiguo y es confuso: no es que la sociedad misma, como persona jurídica, tenga limitada su responsabilidad; al contrario, todas las sociedades, como personas, responden con todo su patrimonio, ilimitadamente, en los términos del art. 2964

C. Civ. Se trata de una figura de lenguaje; al hablar de responsabilidad, limitada o ilimitada, se hace referencia a la que la ley atribuye a los socios.

Pues bien, al margen de los esquemas o tipos legales, es decir, de las sociedades regulares ya constituidas, de las que ahora nos apartamos entre otras razones, porque nuestro derecho nada tiene de original, la LGSM y algunas otras disposiciones que también regulan fenómenos societarios o corporativos comprenden y regulan distintos supuestos de responsabilidad patrimonial. A saber:

a) *Sociedades en formación.* A este supuesto se refiere con lamentable vaguedad el art. 7º párrafo tercero LGSM, que impone a "las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad antes del registro de la escritura constitutiva. . . responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones", frente a terceros. Se trata de la figura del gestor de negocios, no de representante alguno de la sociedad, puesto que ésta aún no existe: los "actos y las operaciones" pueden ser, y con frecuencia son, ratificados por la sociedad, una vez que se constituye, pero antes de la ratificación sólo el gestor responde, "aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas" (art. 1901 C. Civ. que también establece la solidaridad cuando fueren dos o más los gestores).

b) *Sociedades irregulares.* Son, en nuestro sistema, las sociedades constituidas —aunque en forma anómala e incompleta— que sin estar inscritas en el Registro de Comercio, se ostentan ante terceros como tales sociedades ya constituidas. Según el art. 2º de la LGSM, que es el que las regula, quienes, como representantes o mandatarios, realicen actos jurídicos a nombre de ellas, responderán de su cumplimiento "solidaria, subsidiaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieran incurrido cuando los terceros resultaren perjudicados" (párrafo quinto). A diferencia del supuesto anterior, de sociedades en etapa de formación, en éste de las S.I. la sociedad ya existe, por lo que se habla de representantes o mandatarios suyos —no son menos gestores— y ya se considera a ésta como obligada principal, y a aquellos representantes o mandatarios, como obligados subsidiarios.

También se imputa responsabilidad (párrafo sexto) a los socios que fueran culpables de la irregularidad, a favor de quienes no lo fueran, sin que en este caso opere la solidaridad de los obligados.

c) *Sociedades nacionales de crédito.* Esta extraña figura fue creada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (D.O. 31/XII/82) a raíz de la nacionalización de la banca que se

<sup>21</sup> Cfr. GÓMEZ CALERO, Juan, "La responsabilidad solidaria de las obligaciones cambiarias", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 2, Madrid, 1981, pp. 248 y s.

decretó el 1/IX/82; entre sus anomalías y lagunas está la de no indicar si se trata de una sociedad en que el socio o los socios (el único, hasta la fecha es el Gobierno Federal) responden de las deudas de la sociedad, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, o bien, sólo hasta el monto de sus aportaciones.<sup>22</sup> Reglas dictadas posteriormente, de dudosa constitucionalidad puesto que no derivan de una ley desde el punto de vista formal, establecen que el Gobierno Federal garantizará ilimitadamente las obligaciones que dichas sociedades contraigan. Pues bien, en ese caso, las responsabilidades que contrae el Gobierno Federal, no son sólo como socio-titular de los certificados de aportación representativos del capital social, por el monto de ellos, sino también como garante. El precio de la nacionalización, permítaseme la digresión, puede ser muy alto: ante el incumplimiento de sus obligaciones por un banco cualquiera, y ante su insolvencia, el Estado Mexicano se convierte en deudor-garante, frente a acreedores nacionales y extranjeros.

ch) *El caso de los socios industriales.* De acuerdo con el art. 16 fr. III LGSM, salvo pacto en contrario, dichos socios no reportarán las pérdidas (de la sociedad); lo que implica que se limite su responsabilidad dentro de la sociedad a la que pertenezcan (los cuales solamente pueden ser las sociedades de personas y las cooperativas) al monto de sus aportaciones; es decir, a los servicios que presten o hayan prestado a la sociedad de la que formen parte. Esta disposición legal no se debe aplicar a los socios colectivos o de responsabilidad ilimitada, porque resultaría contradictoria la limitación, o sea, la exclusión de las pérdidas, a dicho carácter de socios de responsabilidad ilimitada.

d) *Responsabilidad de la persona que controle una S.A.* De acuerdo con el art. 13 de la Ley que establece requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas (D.O. 1/II/40), "las personas que controlen el funcionamiento de una S.A., ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, tendrán obligación subsidiaria ilimitada frente a terceros, por los actos ilícitos imputables a la compañía". Se trata de un supuesto importante de responsabilidad aquiliana, reconocida por la Suprema Corte,<sup>23</sup> el cual, a diferencia de la fórmula del art. 1910 C. Civ., impone la obligación de reparación, no sólo a la persona a cuyo nombre se ejecutó el acto ilícito (es decir a la S.A.), sino

<sup>22</sup> A la ley indicada arriba, de 1982, ha sucedido otra, con el mismo nombre, de 1983, la cual ya contiene (art. 18 primer párrafo, segunda oración) el principio de la responsabilidad limitada.

<sup>23</sup> Amparo directo 892/82, Ariel Ángeles Castillo y Aurora Valdés Cossaigne de Ángeles.

también (aunque subsidiariamente), al tercero —socio o no— que controle a ésta: la doctrina moderna sobre sociedades habla del fenómeno de la desestimación de la personalidad jurídica (Serick) y de "descurrir el velo corporativo" (*lifting the corporate veil*), para que la atribución de una personalidad propia a la S.A., no sea óbice para fincar también responsabilidad a quien la maneje y la controle.<sup>24</sup>

e) *Actos ultra vires celebrados por representantes de la sociedad.* El art. 10 LGSM establece el principio, que concuerda con el que fija el art. 1918 C. Civ.: "la representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social". La norma plantea el muy debatido y serio problema de los efectos que causen los actos y negocios celebrados por cualquiera de dichos representantes (órganos de administración, gerentes, apoderados, mandatarios) en exceso del objeto o fin de la sociedad. Nuestra doctrina corporativa no se ha puesto de acuerdo sobre el tratamiento de estos actos *ultra vires*: para algunos (Mantilla Molina), merecen el mismo tratamiento que el de los actos ejecutados por una S.I. (responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de los representantes sociales); para Frisch Philipp, son nulos por falta de capacidad del representante, y de ellos sólo responde éste; para mí, deben asimilarse a los actos ejecutados por mandatarios (art. 2565 C. Civ.) y por comisionistas (art. 289 C. Co.) que actúen en exceso de sus facultades, a saber, si el principal o mandante no los ratifica, de ellos sólo responden los falsos representantes, no los supuestos representados.

f) *Limitaciones de responsabilidad de socios colectivos.* Como se sabe, ésta es ilimitada, subsidiaria y solidaria (art. 28 LGSM). El pacto o la cláusula del contrato social que suprima la responsabilidad ilimitada y solidaria de dichos socios, "no produce efecto alguno legal con relación a terceros", pero sí internamente, entre los socios, (art. 26 LGSM): de donde, en tal supuesto, el tercero acreedor de la sociedad puede demandar del socio aquella porción de su crédito que la sociedad no pueda cubrirle, y lo que éste pague podrá repetirlo del otro o de los otros socios que no estén amparados por dicho pacto.

g) *Obligaciones adicionales que se impongan a socios de una S.A.* De acuerdo con la ley (art. 87 *in fine* LGSM), la obligación de los

<sup>24</sup> Véanse, entre nosotros, LEDESMA URIBE, Bernardo, *La desestimación de la personalidad jurídica*, México, 1979, y BARRERA GRAF, Jorge *Las sociedades en derecho mexicano*, UNAM, México, 1983. Este último libro también trata de los problemas expuestos en todos los incisos de este número 5.

accionistas se limita al pago de sus acciones. De esta disposición terminante, esencial en las S.A., deriva que si el pacto social impone alguna otra obligación a los socios, carecerá de validez. Es frecuente en México que tratándose de sociedades anónimas que exploten clubes deportivos, a dicha obligación de sus accionistas agreguen otra consistente en prestaciones o cuotas periódicas, que se obliguen a pagar a la sociedad para el sostenimiento del club.<sup>25</sup>

6. En materia de derecho al consumo, la Ley vigente (D.O. 22/XII/75), contiene muchas e importantes reformas en materia de responsabilidad civil, contractual, extracontractual y responsabilidad objetiva. Los principales son:

a) *Responsabilidad contractual*. A las acciones de rescisión o de cumplimiento forzoso, más el pago de daños y perjuicios, que tanto el C. Civ. (art. 1949), como el C. Co. (art. 376) conceden a la parte que cumpla sus obligaciones, en contra de aquella que las incumpla, la LPC en los casos que enumeran las seis fracciones del art. 33 concede otras distintas, a saber, reparación del bien, y cuando ello no sea posible, su reposición, o de no ser posible la una ni la otra, la devolución de la cantidad pagada.

b) *Prestación de servicios (obligaciones de hacer)*. El art. 39 LPC indica que "las personas dedicadas a la reparación de toda clase de productos, deberán emplear en los servicios que presten partes y refacciones nuevas y apropiadas... salvo que el solicitante... autorice expresamente que se utilicen otras". El incumplimiento provoca "que se obligue a quien hizo la reparación, a sustituir, sin cargo adicional, las partes o refacciones de que se trate", o a "devolver la cantidad cobrada en exceso, dentro del término de 5 días hábiles siguientes" (art. 30).

c) *Responsabilidad extracontractual del productor o fabricante*. Respecto a "cualquier producto (que) por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, no sea apto que el uso al cual está destinado" (art. 33 fr. V), se permite exigir daños y perjuicios e interponer las acciones indicadas en el inciso anterior, tanto frente al vendedor (en cuyo caso, se trataría de una responsabilidad derivada del contrato de compraventa), como frente al fabricante (responsabilidad aquiliana o extracontractual). Se trata de la responsabilidad del producto (*rectius*, del productor), *product's*

<sup>25</sup> Por supuesto lo mismo puede ocurrir —y ocurre— tratándose de sociedades de profesionistas que exploten laboratorios, clínicas, despachos de ingenieros, arquitectos, contadores, técnicos en computación, etc.

*liability*, que involucra a terceros (los fabricantes), y que prescinde de todo elemento de culpa o negligencia del vendedor, aun como responsabilidad contractual.

ch) *Responsabilidad del Estado*. Según el art. 2º LPC "quedan obligadas a su cumplimiento... las empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los órganos del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores".

Pues bien, en cuanto dicha norma establece la responsabilidad directa, y no subsidiaria del Estado (como lo hace el art. 1928 C. Civ.), de organismos y empresas estatales, resulta válido legalmente y procedente, demandar a dichas personas en los términos de la Ley (y concretamente, de los arts. 33 y 39), que aludimos en los incisos a) y b) Supra.

d) *Ventas a domicilio*, son, "las que se proponen a una persona física —el consumidor— en el lugar donde habite en forma permanente o transitoria, o en el de su trabajo" (art. 46); sólo se perfeccionan al transcurso de cinco días hábiles a partir de su firma, y durante dicho plazo "el consumidor tiene la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna" (art. 48). El nuevo régimen de estos contratos, fue copiado de leyes de protección al consumidor de bienes (Suecia, 1971), de ventas a domicilio de Francia (1972) y de los Países Bajos.<sup>26</sup>

7. *Competencia desleal*. Una norma legal en derecho mexicano que regula esta importante materia deriva de una ley de carácter internacional, ratificada por México: la Convención de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial. Se trata del art. 10 bis, cuyo párrafo segundo reza: "Constituye un acto de competencia desleal, todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial, o comercial"; y establece después prohibiciones, cuya violación haría incurrir en la ilicitud a los actos relativos... .

Pues bien, como sostuve desde 1957 respecto a situaciones similares,<sup>27</sup> con apoyo en la doctrina francesa —Ripert, Roubier— italiana —Mossa— y española —Ghiron— en ausencia de una regulación específica,<sup>28</sup> la protección legal en contra de la competencia desleal, puede basarse

<sup>26</sup> BARRERA GRAF, Jorge, "La Ley de Protección al Consumidor", publicado en *Jurídica*, México, número 8, 1976, p. 218.

<sup>27</sup> *Tratado de Derecho Mercantil, Generalidades y Derecho Industrial*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1957, números 306 y ss., págs. 433 y ss.

<sup>28</sup> Que ya existe en la LIM, arts. 210 a 215; lo que no impide que supletoriamente se aplique el derecho común.

en el principio general de nuestro C. Civ., de la responsabilidad aquiliana, art. 1910, por el obrar ilícito a que se refiere esa norma. La violación de cualquiera de las prohibiciones del art. 10 bis de la Convención o de otras que existan (e.g. en la LI M D.O. 10-II-76) los arts. 37, 67, 77, 88, etcétera), y el actuar en contra de las buenas costumbres ("todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial"), establecería supuestos de responsabilidad extracontractual.

8. La responsabilidad civil y el contrato de seguro. Al tratar de la responsabilidad civil, mención especial merece el contrato de seguro. Está regulado por la Ley del Contrato de Seguro (LCS) de 13/IX/35. Anteriormente, estuvo regulado por los Códigos Civiles de 1870 —arts. 2833 a 2899—<sup>29</sup> y de 1884, arts. 2705 a 2770.

La ley vigente regula expresamente el "Seguro contra la responsabilidad", arts. 145 a 150, que puede cubrir cualquiera de las manifestaciones de ella; o sea, la responsabilidad contractual, la muerte y enfermedades profesionales ocurridas con motivo del contrato de trabajo (responsabilidad contractual y también responsabilidad objetiva), la aquiliana, y la responsabilidad objetiva por el uso de instrumentos o aparatos peligrosos, que también causen un daño o un perjuicio.

En materia contractual, puede convenirse con la compañía aseguradora que cubra riesgos que no sean materia de responsabilidad civil, por ser fortuitos, como en los seguros de daños por hechos de la naturaleza (terremoto, inundación, granizo); o porque cubran riesgos de enfermedades y accidentes ajenos al trabajo, o porque se trate de seguros de vida o de sobrevivencia. En los seguros de personas, a diferencia de los de daños, y concretamente de los de responsabilidad, no se requiere un perjuicio patrimonial; el art. 152 de la LCS, en efecto, dispone que "el seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos que trata este título, o bien *dar derecho a prestaciones independientes en absoluto*, de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro".

En cuanto a la responsabilidad aquiliana, como ya se dijo, la materia del seguro de responsabilidad, o sea, "la eventualidad prevista en ese contrato", puede consistir en el daño que se cause como consecuencia de un acto ilícito, como pueden ser, entre otros muchos, el incumplimiento de obligaciones unilaterales que provoquen daños a terceros, o la invasión de derechos de patentes o de marcas o de un nombre

<sup>29</sup> En el C. Civ. de 1870 del Estado de México, anterior y distinto al del D.F., el contrato se regulaba sólo en cuatro arts. 1956 a 1959.

comercial, o cualquier acto de competencia desleal prohibido por ley, contrario a los usos y prácticas del comercio.

Por lo que toca a la responsabilidad objetiva, la materia del contrato puede consistir en el uso de sustancias, aparatos, mecanismos que sean peligrosos (art. 1913 C. Civ.), o de las máquinas, recipientes, objetos, que señala el art. 1932, respecto "al propietario"; o en fin, la ineptitud de la cosa para cumplir el fin a que se destina (art. 34 fr. V LPC), siempre que en cualquiera de dichos supuestos se irroge un daño patrimonial. Y aun en otros casos que las leyes no enumeran como supuestos de responsabilidad objetiva —y que, en consecuencia, no pueden dar lugar a una acción de reparación basada en dicho artículos 1913, 1932 C. Civ. y 34 fr. V LPC, es posible que se contrate un seguro específico para cubrir casos análogos a los del 1913, e inclusive daños provenientes no del uso de sustancias que sean peligrosas, sino, por ejemplo, por violación de los llamados "derechos difusos" o colectivos, como los que pueden ocasionar la toxicidad del medio ambiente (daños ecológicos), o ruidos excesivos, y también los que provoquen la actuación violenta de turbas, pandillas, motines, manifestaciones públicas.

Algunos de esos daños se cubren de manera obligatoria y general, tal sucede con los provenientes de accidentes y enfermedades profesionales, que constituyen prestaciones de carácter social y cuya reparación se encomienda a empresas estatales, como son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE); también de índole obligatoria son los seguros a los pasajeros de los transportes públicos (art. 127 LVGC y Reglas de aplicación del seguro del viajero, D.O. 28/I/76).

Otras veces los daños se cubren a virtud de contratos voluntarios, a miembros de grupos y de asociaciones profesionales, a través de sociedades mutualistas (art. 18 Ley de Instituciones de Seguros, 12/IX/35), o de seguros de grupo (LCS, art. 91 y Reglamento del Seguro de Grupo, D.O. 7/VII/62).

Los seguros de responsabilidad han modificado los principios y mecanismos de ésta,<sup>30</sup> no solamente tratándose de los seguros obligatorios que otorgan nuevas prestaciones laborales, en los contratos individuales de trabajo y sobre todo, en los colectivos, sino también en los seguros voluntarios. La exigencia legal de que sólo pueden ser aseguradoras empresas mexicanas especializadas, privadas y públicas (art.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ CORDERO D., "Industrialización", cit., p. 223.

3º frs. I y II LIC); la generalización de alguno de esos seguros, que se aplican a miles y millones de asegurados (actualmente, los derechohabientes, del IMSS, son más de 20 millones de personas; y los de la burocracia federal en el ISSSTE, y en cada uno de los Estados, en empresas públicas similares a éste, exceden de un millón); la consideración de ser seguros de carácter social, y la enorme potencia económica de dichas empresas, por un lado ha propiciado la transmisión de riesgos individuales a dichos organismos, que se subrogan en los derechos de los asegurados, y ha permitido que la protección del seguro se extienda, no sólo a riesgos concretos y particularizados, sino también a sucesos catastróficos y generalizados; y por otro lado, ha provocado el nacimiento de una nueva rama de derecho, el derecho a la seguridad social, a cuyo amparo se cubren no solamente los derechos a indemnizaciones por muerte, accidentes, daños, sino también otros, como el derecho a la vivienda, a un ambiente sano, a un abasto eficiente y a la protección de los derechos de los consumidores.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Véanse, entre nosotros, DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, Harla, México, 1983, pp. 109 y ss., y en derecho extranjero, TUNC ANDRÉ, *La responsabilité civile*, Economica, París, 1981, en Francia; y DONATI Antigono, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Milán, 1954, 3 volúmenes; y PALERMO, ob. cit., en Italia.

## CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN HISPANOAMÉRICA (1917 - 1986)

Bernardino BRAVO LIRA \*

SUMARIO: I. *Estado constitucional y régimen de gobierno en Hispanoamérica*; II. *El estado constitucional antes de la crisis: 1901 hasta 1917-30*; III. *Crisis del estado constitucional: 1917-30 hasta 1986*; IV. *Esfuerzos por resolver la crisis 1917-86*; V. *Repercusiones institucionales de la crisis*.

1985 coincidió con el fin de dos gobiernos militares en Hispanoamérica, uno de los cuales, el de Brasil, duró nada menos que 21 años. Dos presidentes civiles asumieron el mando: Julio Sanguinetti en Uruguay y José Sarney en Brasil. Por otra parte, en enero de 1986 se puso fin al gobierno militar de Guatemala. Todo ello, pareció confirmar una tendencia al retorno de los gobernantes civiles que ya se había manifestado en los últimos años en varios otros países, como Ecuador, Honduras, Perú, Bolivia, Argentina y El Salvador.

Estos hechos han despertado grandes ilusiones. Incluso han dado vuelo a la aspiración, siempre pronta a resurgir, de un asentamiento definitivo del Estado constitucional en Hispanoamérica. Para algunos estaría próxima la hora tan esperada de ese afianzamiento.

Pero no hay que apresurarse. Antes de aventurar semejantes conclusiones es menester comprobar si la situación ha variado en los últimos años. Si han desaparecido las causas que determinaron la intervención de las Fuerzas Armadas en el gobierno. Si se han creado las condiciones para un normal desenvolvimiento del Estado constitucional. En una palabra, si hay razones para pensar que en el futuro no volverán a repetirse pronunciamientos, golpes de Estado y cambios violentos de gobierno como los que hubo con demasiada frecuencia en Hispanoamérica, a lo largo de los 175 años transcurridos desde que en 1811 se promulgó la primera constitución escrita en Venezuela.

La cuestión es muy seria. Baste decir que desde entonces hasta ahora la propia Venezuela ha tenido 22 constituciones y los diecisiete

\* Academia Chilena de la Historia, Universidad de Chile.

países hispanoamericanos en conjunto, cerca de 200. Los cambios violentos de gobierno son innumerables, hasta el extremo de que hay países, como Bolivia, que han tenido más gobiernos que años de independencia.

Esto sólo muestra la complejidad del problema y la imposibilidad de abordarlo con un par de generalizaciones. No cabe reducirlo a una cuestión única, ni menos explicarlo por una causa única, como el subdesarrollo u otra categoría semejante.

Así, pues, antes de abordar el estudio del Estado constitucional en Hispanoamérica durante el siglo XX es menester remontarse brevemente a sus orígenes y considerar también de modo sucinto, sus múltiples realizaciones históricas en los diversos países. Este será el objeto de la primera parte del presente estudio.

A la luz de lo anterior deberemos distinguir en el siglo XX dos etapas históricas distintas. La primera se extiende desde 1901 hasta 1917-30 y no es sino el final de una época que se inicia por los años 60 del siglo pasado. Desde entonces hasta 1917-30 se repiten con mayor o menor fortuna, los intentos de instaurar un gobierno de partido bajo formas parlamentarias. A esta etapa está dedicada la segunda parte de la exposición.

Entre 1917 y 1930 la situación cambia. El gobierno de partido bajo formas parlamentarias entra en crisis y con él, también el propio Estado constitucional. Se suceden los intentos para resolver esta crisis, sin mayores resultados, salvo en México. A esta etapa, que se prolonga hasta nuestros días, se destinan las tres partes siguientes del presente estudio: manifestaciones de la crisis, esfuerzos por superarla y repercusiones institucionales de ella.

#### I. ESTADO CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DE GOBIERNO EN HISPANOAMÉRICA

Nuestro estudio tiene por objeto el Estado constitucional en Hispanoamérica durante el siglo XX. No nos limitamos, pues, a hacer un recuento de las constituciones que han regido a lo largo del periodo 1901-1986. Nos interesa la realidad institucional que subyace a estos textos y que a menudo los precede y los sobrevive. En otras palabras, se trata de considerar al Estado constitucional en sus múltiples realizaciones históricas, distinguiendo países y periodos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Un panorama general hasta 1980 con bibliografía, BRAVO LIRA, Bernardino. "Etapas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)", en: *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 5, Valparaíso 1980, pp. 35 y ss. Últimamente, El mismo, *Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, 1986.

#### *Los países*

Como se sabe, Hispanoamérica comprende diecinueve Estados independientes y uno que aún no lo es: Puerto Rico, del cual no tratamos aquí. Dichos Estados se extienden desde Río Bravo y Cuba hasta el confín austral de América y la propia Antártida. De ellos, sólo uno pertenece a América del Norte: México. De los restantes, ocho están situados en Centro y Mesoamérica: Cuba, Santo Domingo, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá. Los otros diez corresponden a América del Sur: Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Argentina y Chile.

No es fácil sintetizar las diferencias que hay entre estos países y en el seno de cada uno de ellos. Para hacerlo sería necesario un libro entero. Aquí sólo podemos apuntar algunos contrastes reveladores. Así, por ejemplo, no es igual la situación de Argentina, Uruguay, Chile y Costa Rica, con una población homogénea de cuño europeo y prácticamente sin analfabetismo, que la situación de Paraguay, Bolivia, Perú, Ecuador y Guatemala que tienen ante sí la gigantesca tarea de integrar una numerosa población indígena —que si bien es cristiana, se ha mantenido en un relativo aislamiento cultural y conserva su propia lengua y sus propias tradiciones— dentro de una misma comunidad con una minoría de cuño europeo y un amplio sector mestizo.

Muy distintos son, en cambio, los problemas de un coloso como Brasil, donde la integración de europeos, indígenas, mestizos y africanos es algo resuelto, pero hay enormes contrastes entre regiones altamente industrializadas como São Paulo y otras muy rezagadas, como el Nordeste.

Por otra parte, países como México, Colombia y Cuba están abocados a elevar el nivel cultural de las masas campesinas y marginales de las grandes ciudades, muy inferior al de los sectores urbanos.

La enumeración podría alargarse en múltiples aspectos que se entrecruzan: religiosos, artísticos, políticos, demográficos, económicos, sociales, culturales y demás. Pero lo dicho basta para señalar que el caso de cada uno de estos países debe estudiarse por separado, sin perjuicio de que, después, en una etapa ulterior de la investigación, se formulen observaciones generales.

#### *El régimen de gobierno*

Por otra parte, el marco cronológico de nuestro estudio es el siglo XX. Pero no por eso podemos desentendernos de la historia anterior del

Estado constitucional en Hispanoamérica, de la que el siglo actual no es sino una continuación.

Allí se nos revela cuál es el gran problema del Estado constitucional en Hispanoamérica, que se plantea desde sus comienzos mismos en el siglo XIX y persiste casi sin solución todavía en nuestros días.

Este problema no es otro que el del régimen de gobierno. Conforme al principio de división de poderes postulado por el constitucionalismo clásico, el régimen de gobierno debe fundarse en la dualidad gobierno-parlamento.<sup>2</sup>

Esto se ha intentado sin mayores resultados centenares de veces en Hispanoamérica desde que en 1811 se promulgó la primera constitución escrita.

La dificultad estriba en conciliar la subsistencia de un gobierno eficaz con el funcionamiento regular de un parlamento encargado de concurrir a la legislación y de velar por que la gestión gubernativa se encuadre dentro del marco de la legalidad.

Lo que ocurre es que esa dualidad gobierno-parlamento carece de precedentes en las instituciones hispanoamericanas anteriores al constitucionalismo. Antes bien, en ellas se consideró siempre a la legislación como parte —y muy importante— de la función gubernativa. Así fue en la monarquía española y también en la portuguesa, en las cuales, hablando en términos generales, tanto el rey, a quien pertenece el gobierno supremo de toda la monarquía, como los virreyes y gobernadores, a quienes correspondía el superior gobierno de cada una de sus partes, habían desarrollado una amplia labor legislativa.

Así pues, el parlamento, en su doble papel colegislador y fiscalizador de la gestión gubernativa, era extraño a la tradición institucional hispanoamericana. Por eso es muy explicable que su implantación en estos países haya resultado tan difícil. Más aún, éste ha sido y es todavía el punto flaco del Estado constitucional en Hispanoamérica. Hasta hoy su suerte está ligada a las posibilidades de hacer funcionar un parlamento como regulador de la función gubernativa. De ahí que para nadie sea un secreto que, aún en la actualidad, la primera y más inequívoca manifestación de un colapso del Estado constitucional en Hispanoamérica es precisamente el cierre del parlamento.

En otras palabras, la suerte del Estado constitucional en Hispanoamérica de ordinario no está ligada a la religión del Estado. Tampoco lo está a las garantías constitucionales ni a las declaraciones de orden social. Menos aún, a la Judicatura. En cambio, sí está ligada a las

<sup>2</sup> Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, "Etapas...", nota 1, pp. 48 y ss.

posibilidades de hacer funcionar un parlamento como regulador de la gestión gubernativa. Nada revela tan claramente el grado de estabilidad que ha conseguido el Estado constitucional en un país como el regular funcionamiento del parlamento.

### *Etapas del Estado constitucional*

De acuerdo con este criterio cabe distinguir tres grandes etapas en la historia del Estado constitucional en Hispanoamérica.<sup>3</sup>

La primera corresponde a la adopción del constitucionalismo y se extiende, en términos generales, desde 1811 hasta 1860. En este medio siglo los intentos de establecer un Estado constitucional se centran en introducir el parlamento como regulador de la gestión gubernativa, para así dar forma a la dualidad gobierno-parlamento. Más de 70 constituciones se promulgan con ese objeto, pero tan sólo en contados casos se consigue efectivamente asentar un Estado constitucional. Los más relevantes son Brasil a partir de 1826 y Chile a partir de 1830.

La segunda etapa corresponde al deslizamiento del Estado constitucional hacia formas liberal-parlamentarias y comprende desde los años 60 del siglo pasado hasta los años 20 de la presente centuria. En ella lo decisivo es el surgimiento y la actuación de los partidos políticos y la consiguiente transformación del parlamento en instrumento suyo, que desemboca en el establecimiento del gobierno de partido bajo formas parlamentarias. En este periodo se promulgan más de 60 constituciones. Bajo la acción de los partidos políticos Chile y Brasil se deslizan hacia formas parlamentarias y el Estado constitucional se consolida, precisamente bajo formas parlamentarias, en Argentina. La misma orientación predomina en los intentos de establecer el Estado constitucional en otros países de Hispanoamérica.

Finalmente, la tercera etapa corresponde a una crisis del Estado constitucional cuya manifestación más notoria es la declinación del parlamento y de los partidos parlamentarios frente a partidos y formas de gobierno extraparlamentarios. Las constituciones promulgadas en este periodo pasan de 60. La gran época del parlamento termina en 1924 en Chile, en 1929 en Argentina y en 1930 en Brasil. En cambio, el Estado constitucional se consolida a partir de esa misma época en Mé-

<sup>3</sup> BRAVO LIRA, Bernardino, "Tres etapas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)", en: *Revista de legislación y documentación en derecho y ciencias sociales*, Año 2, Nº 1, Santiago, 1980. Ahora en El mismo, *De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile*, Santiago, 1985. Más desarrollado en El mismo, "Etapas...", nota 1.

xico bajo un régimen de partido dominante. Paralelamente, en los demás países se intenta superar de diversas maneras la crisis del Estado constitucional, sin mayores resultados.

Nuestro estudio abarca, pues, los últimos lustros de la segunda etapa y recae de lleno sobre la tercera.

#### *Las constituciones y su vigencia*

A la vista del, en verdad, asombroso número de constituciones promulgadas en Hispanoamérica desde 1811 hasta hoy, uno se siente inclinado a pensar que son flores de un día, que se abren con la misma pasmosa facilidad con que se marchitan, sin dejar huella.

Pero hay que guardarse de generalizaciones. En Hispanoamérica no encontramos tan sólo esas constituciones con una vigencia casi puramente nominal que, por así decirlo, reinan pero no gobiernan. Hay también casos muy notables y poco estudiados de constituciones con vigencia efectiva, superior incluso a la de Francia o a la de otros Estados europeos, que a menudo pasan por modelos de estabilidad institucional.

Así, por ejemplo, en el mismo lapso en que en Francia se sucedieron cinco constituciones (1814, 1830, 1848, 1852 y 1875) y cinco regímenes de gobierno, en Brasil y en Chile se consolidó el Estado constitucional respectivamente bajo las constituciones de 1824, que rigió hasta 1889, y de 1833, que rigió hasta 1924.

Por otra parte, encontramos en Hispanoamérica situaciones que, a primera vista, pueden parecer paradójicas, porque junto a un incesante mudar de constituciones se mantiene un alto grado de estabilidad institucional. En estos casos, sucede que las constituciones pasan y las instituciones quedan. Tal vez, el mejor ejemplo de ello es Ecuador, un país que desde 1824 hasta ahora tuvo nada menos que dieciocho constituciones sucesivas y mantuvo un sólido armazón institucional.

A tono con lo anterior, en la exposición se atenderá más a la vigencia efectiva de las constituciones que a su tenor literal. Esto supone referir el texto al país para el cual se dictó y distinguir su vigencia oficial de su vigencia efectiva.

#### *Vigencia oficial y vigencia efectiva*

Lo primero que llama la atención en las constituciones iberoamericanas que rigieron durante el siglo XX, es el parecido que tienen entre sí. Son mucho más semejantes unas con otras que los países a que pertenecen.

Su esquema básico data del siglo XIX y es casi inamovible. Contempla tres elementos principales. Dos de ellos están tomados del constitucionalismo clásico, especialmente europeo o estadounidense y el otro es genuinamente hispanoamericano o, mejor dicho, propio de los países de derecho castellano y portugués, incluidos España y Portugal.

Los dos primeros son la división de poderes, entre legislativo, ejecutivo y judicial, y las garantías constitucionales: propiedad, libertad personal y otros derechos personales. En el siglo XX a partir de la constitución mexicana de 1917 se introducen unas declaraciones más o menos extensas en materia social.

El tercer elemento, que en los textos antecede a los otros dos, es la religión oficial, que, como no puede menos que ser, es la Católica, Apostólica, Romana. Sólo en pocos casos se omite, como por ejemplo, en la mexicana de 1917 y en la chilena de 1925.

La elaboración de estos textos no ofrece mayor dificultad. Así lo deja ver su misma abundancia. Unas veces se redactan en un gabinete, otras por asambleas constituyentes o comisiones especiales.

Lo que sí constituye un gran problema, a menudo insuperable, es conseguir la aplicación efectiva del texto. Como lo demuestra la experiencia, tanto en el siglo pasado como en el presente, la suerte de una constitución depende de su congruencia con el país real al que se la pretende aplicar.

Examinadas bajo este punto de vista la mayoría de las constituciones hispanoamericanas en el siglo XX no fueron sino meras construcciones teóricas, diseñadas para un país ideal, inexistente. Tal es en último término la razón de su fracaso. Sólo algunas, muy contadas alcanzaron vigencia efectiva.

Es claro que no cabe considerar de igual manera las constituciones que rigieron efectivamente y las que sólo rigieron nominalmente.

Pero, en el hecho, es difícil establecer una diferencia tajante entre vigencia oficial y vigencia efectiva. En esta materia hay muchos matices. Por eso, es mejor hablar de grados de vigencia. Sólo de este modo es posible examinar los casos, tan frecuentes, de constituciones en parte cumplidas y en parte violadas. Lo mismo vale para las distintas épocas de mayor o menor vigencia que presenta una misma constitución. Así, por ejemplo, la más antigua constitución aún en vigor en Hispanoamérica, la de 1853 en Argentina, ha pasado por periodos muy distintos en cuanto a su aplicación efectiva: los años iniciales 1853-62, en que todavía no se impone; la gran época de su vigencia 1862-1930, en la que consiguió un alto grado de aplicación y desde 1930 hasta hoy, en que su vigencia ha sido en muchos aspectos nominal.

Un criterio bastante adecuado para calibrar el grado de vigencia de una constitución es fijarse en lo que ocurre bajo su imperio con el régimen de gobierno.

En la práctica, sólo muy pocas veces y por periodos muy determinados se ha conseguido en Hispanoamérica conciliar la subsistencia de un gobierno eficaz con el funcionamiento de un parlamento encargado de regular la gestión gubernativa. Para probarlo basta echar una mirada a los parlamentos de estos países. Su vida es sumamente accidentada. Hasta el punto de que no hay más de cuatro casos en los que el parlamento haya superado medio siglo de regular funcionamiento. Ellos son, por orden cronológico, Brasil 1826-89, Chile 1830-1924, Argentina 1862-1930 y México de 1917 en adelante.

#### *Las constituciones en el siglo XX*

Con estos antecedentes podemos trazar un cuadro general de las constituciones iberoamericanas que han regido en el curso del siglo xx.

Nos fijaremos en la frecuencia con que se han sucedido en cada país. Al respecto, cabe distinguir cinco grandes grupos. En primer término, los países que continúan regidos por constituciones dictadas en el siglo xix. Luego, los países que han tenido dos o tres constituciones en la presente centuria. En seguida, los que han tenido cuatro o cinco. Y finalmente, los que han tenido seis o más.

En primer lugar se destacan los países que hasta hoy se rigen por una constitución dictada en el siglo xix. Son dos. El primero es Argentina, que continúa con la Carta de 1853, tras un fallido intento de reemplazarla por otra de 1949, abrogada en 1955. El segundo es Colombia, que se rige por la carta de 1886.

En seguida están los países que sólo han tenido dos o tres constituciones durante el siglo xx. Son cuatro: México, que tuvo dos, la de 1857 y la de 1917; Chile (1833, 1925 y 1980), Paraguay (1870, 1940 y 1967) y Costa Rica (1871, 1917, 1949), con tres cada uno.

<i>País</i>	<i>Constituciones</i>	<i>Periodo</i>
México	2	1857 adelante
Chile	3	1833 adelante
Paraguay	3	1870 adelante
Costa Rica	3	1871 adelante

A continuación vienen seis países donde han regido cuatro o cinco constituciones en el curso de la presente centuria. Son, por una parte, Perú (1860, 1920, 1933 y 1980), El Salvador (1886, 1939, 1950 y 1983) y Panamá (1904, 1943, 1946 y 1972) con cuatro constituciones y, por otra parte, con cinco, Uruguay (1830, 1917, 1934, 1952, 1967), Brasil (1891, 1934, 1937, 1946 y 1967) y Guatemala (1879, 1945, 1956, 1965 y 1985).

<i>País</i>	<i>Constituciones</i>	<i>Periodo</i>
Perú	4	1860 adelante
El Salvador	4	1886 adelante
Panamá	4	1904 adelante
Uruguay	5	1830 adelante
Brasil	5	1891 adelante
Guatemala	5	1879 adelante

Finalmente, están los países que han tenido durante el presente siglo seis o más constituciones. Seis tuvo Cuba (1901, 1934, 1935, 1940, 1952 y 1975). Siete tuvieron Bolivia (1880, 1931, 1938, 1945, 1947, 1961 y 1967), Nicaragua (1893, 1905, 1911, 1913, 1939, 1950 y 1974), Honduras (1894, 1906, 1924, 1936, 1957, 1965 y 1982) y Ecuador (1897, 1906, 1945, 1946, 1967 y 1978). Ocho tuvo República Dominicana (1887, 1907, 1908, 1924, 1934, 1962, 1963 y 1966). A mucha distancia sigue Venezuela con doce (1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1936, 1945, 1947, 1953 y 1961).

<i>País</i>	<i>Constituciones</i>	<i>Periodo</i>
Cuba	6	1901 adelante
Bolivia	7	1880 adelante
Nicaragua	7	1893 adelante
Honduras	7	1894 adelante
Ecuador	7	1897 adelante
República Dominicana	8	1887 adelante
Venezuela	12	1893 adelante

Una vez consideradas en general las constituciones hispanoamericanas en el siglo xx, nos ocuparemos de las realizaciones históricas del Estado constitucional en este mismo siglo. Dividiremos la exposición en dos partes: una destinada al periodo anterior a la crisis del Estado constitucional desde 1901 hasta 1917-30 y otra destinada a la crisis misma desde 1917-30 hasta 1986.

## II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTES DE LA CRISIS: 1901 HASTA 1917-30

Como se desprende del cuadro que precede, las constituciones anteriores a 1917 vigentes en Hispanoamérica durante el siglo XX son treinta.

Dentro de ellas, se advierten grandes diferencias en cuanto a su grado de aplicación. Unas rigieron efectivamente, otras tuvieron una vigencia puramente oficial y la mayoría se halla en una situación intermedia.

Las constituciones más antiguas que sobrepasaban el medio siglo de vigencia en 1917, eran tres: la de 1830 en Uruguay, la de 1833 en Chile y la de 1853-60 de Argentina.

Las dos primeras son en cierto modo paradigmáticas. Representan casos extremos, entre los cuales se encierra toda la gama de matices del constitucionalismo hispanoamericano. Una es quizás el mejor ejemplo de vigencia oficial y la otra quizás el mejor ejemplo de vigencia efectiva.

La de 1830 en Uruguay tuvo una aplicación puramente teórica. Desde 1830 hasta 1903 se sucedieron 25 gobiernos, los más de ellos, inconstitucionales que terminaron también de hecho, es decir, en forma contraria a la constitución. Sólo tres tuvieron una gestión relativamente normal. Diez resistieron con fortuna una o más revoluciones o golpes de Estado, en tanto que nueve fueron derrocados violentamente; dos terminaron con un asesinato político y uno con graves heridas del titular del mando supremo.<sup>4</sup> Uruguay fue, pues, bajo la constitución de 1830, un caso típico de la llamada anarquía hispanoamericana. Su constitución rigió oficialmente durante 73 años, desde 1830 hasta 1917, porque no era sino papel mojado, al que nadie se molestó en reformar o derogar.

La antítesis es lo que sucede en Chile con la constitución de 1833. A diferencia de la mayoría de estos documentos, no se trata de una constitución dictada para establecer un nuevo régimen de gobierno, sino para consolidar el que se hallaba ya establecido desde 1830. Ella sancionó la preeminencia del presidente sobre el congreso, que desde entonces reposó sobre factores constitucionales, además de los extraconstitucionales que hacían del presidente el árbitro de la composición del congreso y de la elección de su sucesor en el mando supremo.

<sup>4</sup> BARBABELATA, Anibal, "El constitucionalismo uruguayo a mediados del siglo XIX", en: Universidad Nacional Autónoma de México, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, 2 vol., México, 1957. GROS ESPIELL, Héctor, *Las constituciones del Uruguay*, 2 ed., Madrid 1978, p. 64 nota 26.

De esta manera la constitución de 1833 tuvo una vigencia real. Bajo su imperio, por espacio de casi un siglo, hasta 1924, se sucedieron regularmente tres presidentes decenales y once quinquenales y se renovó también regularmente, en los plazos previstos, el parlamento. Más aún, sin tocar la constitución, pero al precio de una guerra civil, en 1891, se pasó paulatinamente del predominio presidencial al gobierno de gabinete, o régimen parlamentario. Desde 1891 el presidente perdió su poder electoral y, por tanto, la posibilidad de manejar la generación del parlamento y la elección de su sucesor.<sup>5</sup>

La vigencia de la constitución de 1833 termina en 1924, con un pronunciamiento militar, el primero que triunfó desde 1830. Ello coincide con la crisis del Estado constitucional en los otros dos países iberoamericanos donde se hallaba asentado: Brasil y Argentina.

Hasta 1924, bajo la constitución de 1833, Chile fue el mejor ejemplo de Estado constitucional estable y bien asentado dentro de Hispanoamérica. Sólo le aventajaban en América los Estados Unidos con la constitución de 1787 y en Europa, Bélgica, con la suya de 1830.

### *Constitución de 1853-60 en Argentina*

Después de las dos constituciones más antiguas vigentes en 1917, corresponde examinar el caso de la constitución de 1853 en Argentina. Se trata de otro ejemplo de una carta con larga vigencia efectiva. Pero presenta, además, una particularidad. Esta constitución subsiste hasta ahora.

Hay que distinguir, como se dijo, tres etapas en su vigencia. La primera comprende los años iniciales 1853-62, en que todavía no se impone. La segunda, corresponde a la época de vigencia efectiva desde 1862 hasta 1930. La tercera se prolonga hasta hoy, pues la constitución de 1853 sigue oficialmente en vigor. En ella su vigencia es irregular y esporádica. Con esta salvedad, es la más antigua entre las que actualmente rigen en Iberoamérica. El único intento serio de reempla-

<sup>5</sup> EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática. Historia política de Chile*, Santiago 1927, 8a. ed., Santiago, 1982. CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile*, Santiago 1951, ahora *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, 3a. ed., Santiago, 1979. EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime, *Historia constitucional de Chile*, Santiago 1952, ahora, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, Santiago, 1967. HEISE GONZÁLEZ, Julio, *Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925*, Santiago, 1974. BRAVO LIRA, Bernardino, "Portales y la consolidación del Estado constitucional en Chile", en: *Revista Universitaria* 2, Santiago, 1979. El mismo. "La constitución de 1833", en: *Revista chilena de Derecho* 10, Santiago, 1983, ahora ambos en: El mismo. *De Portales a Pinochet*, Santiago, 1985.

zarla se hizo en 1949, pero terminó con el gobierno del general Perón que lo promovió en 1955.

El periodo de vigencia efectiva de la constitución de 1853 se extiende desde 1862 hasta 1930. En ese lapso, hubo doce presidentes y cuatro vicepresidentes que se sucedieron normalmente en el mando. Por otra parte, el parlamento se renovó también regularmente. De esta manera se produjo en Argentina, bajo la constitución de 1853, un caso de verdadera consolidación del Estado constitucional.<sup>6</sup>

Esta situación dura sólo hasta el movimiento militar de 1930. A partir de entonces, Argentina se sume en una crisis del Estado constitucional que hasta ahora no ha sido superada. No obstante la constitución de 1853 sigue oficialmente vigente, salvo el paréntesis de 1949 a 1955. De la vigencia de la constitución de 1853, después de 1930, tratamos más adelante.

#### *Vigencia parcial*

En tercer lugar, hay que considerar entre las constituciones vigentes en 1917 las que están en una posición intermedia entre la efectiva vigencia y la vigencia puramente nominal. Aquí entran aquellas que de algún modo alcanzaron a regir, aunque fuera con interrupciones, siquiera medio siglo. No pasan de ocho. Por orden cronológico son las de 1857, en México; de 1860, en Perú; de 1870, en Paraguay; de 1871, en Costa Rica; de 1879, en Guatemala; de 1880, en Bolivia; de 1886 en El Salvador; de 1886 en Colombia y la de 1891 en Brasil.

En México la constitución de 1857 fue substituida temporalmente por el Estatuto provisional del imperio mexicano en 1865. Se la restableció en 1867, pero tuvo una vigencia más bien nominal, durante la cual México conoció un paréntesis bastante prolongado de tranquilidad bajo el mando del general Porfirio Díaz (1876-1911). Díaz que subió a la presidencia en 1876 con el lema de la no reelección, se mantuvo en ella por más de treinta años consecutivos, salvo el periodo 1880-84, gracias a que se hizo reelegir ocho veces, hasta que finalmente fue depuesto en 1911. En cuanto al parlamento, se mantuvo al menos nominalmente por más de medio siglo, desde 1857 hasta 1913 en que fue disuelto por el general Victoriano Huerta. La vigencia de la cons-

<sup>6</sup> GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, 3a. ed., Buenos Aires 1930. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, "Las instituciones políticas y sociales", en: Academia nacional de la historia, *Historia argentina contemporánea*, vol. 2, Buenos Aires 1964. El mismo, *Historia del Derecho Argentino*, 2 vol., Buenos Aires 1966-69.

titudón de 1857 terminó oficialmente en 1917 en que fue substituida por otra nueva.<sup>7</sup>

En Perú, la constitución de 1860 rigió hasta 1920, si bien con interrupciones. La primera de ellas se produjo en 1867, cuando se la substituyó por un nuevo texto. Pero éste sólo subsistió hasta 1868, en que se reestableció la constitución de 1860. De nuevo reemplazada en 1879, esta vez por un estatuto provisional, fue restablecida por segunda vez en 1895. Así su vigencia total duró 53 años. Pero este vigor fue durante largo tiempo más aparente que real. El funcionamiento regular del parlamento se logró sólo a partir de 1895 y no alcanzó a subsistir por veinte años consecutivos, pues terminó con los golpes de estado de 1914 y 1919.<sup>8</sup>

En Paraguay la constitución de 1870 rigió por espacio de 60 años ininterrumpidos hasta 1930, en que se la derogó, pero luego fue restablecida desde 1937 hasta 1940. Bajo su imperio menudearon los golpes de Estado y se sucedieron los presidentes llegados al cargo por vías extraconstitucionales. Finalmente, un movimiento militar depuso al presidente Eusebio Ayala y derogó la constitución de 1937.<sup>9</sup>

En Costa Rica la constitución de 1871 tuvo una vigencia de casi setenta años, pero interrumpida y restablecida en tres ocasiones. En cuanto al parlamento fue también varias veces disuelto. Dictada a raíz del golpe militar del general Tomás Guardi (1870-82) fue suspendida tras el golpe de Estado mediante el cual este último se transformó

<sup>7</sup> ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*, con estudio preliminar de Antonio Martínez Báez, México, 1956. RABASA, Emilio, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, 1912. Hay varias ediciones posteriores. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México 1944. El mismo, *Leyes fundamentales de México 1808-1971*, 4a. ed., México, 1971. DE LA MADRID HURTADO, Miguel, "El Congreso constituyente de 1916-1917", en XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. Historia constitucional 1874-1917*, México, 1967. TORRE VILLAR, Ernesto de la y GARCÍA LA GUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México 1976, trata sólo de México, Centroamérica, Panamá, Cuba y Puerto Rico. CARPIZO, Jorge, "La constitución de 5 de febrero de 1857", en: Universidad Nacional Autónoma de México, *El constitucionalismo...* nota 4. COSÍO VILLEGAS, Daniel, "Vida real y vida historiada de la Constitución del 57", en: Escuela Nacional de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México, *El liberalismo y la reforma en México*, México, 1957. MORALES JIMÉNEZ, Alberto, *La Constitución de 1857. Ensayo histórico-jurídico*, 2 vol., México 1957.

<sup>8</sup> PAREJA Y PAZ SOLDÁN, José, *Las constituciones del Perú*, Madrid, 1954. BASADRE, Jorge, *Historia de la República del Perú*, 14 vols., Lima, 1961-69. Abarca hasta 1933.

<sup>9</sup> SOLER, Juan José, *Introducción al derecho paraguayo*, Madrid, 1954. MARIÑAS OTERO, Luis, *Las constituciones del Paraguay*, Madrid, 1978.

en dictador en 1876. Fue restablecida sólo en 1882. Desde entonces rigió, primero por espacio de casi diez años, hasta 1892, en que el presidente José Joaquín Fernández se declaró, a su vez dictador. En 1894 se restauró el régimen constitucional y la carta de 1871 volvió a regir, esta vez, por casi un cuarto de siglo, hasta el golpe de Estado del general Federico Tinoco en 1917, que intentó reemplazarla por otra nueva, la de 1917. Depuesto Tinoco en 1919, volvió a restablecerse la constitución de 1871, que rigió por casi treinta años más, hasta la revolución de 1948.<sup>10</sup>

En Guatemala la constitución de 1879 rigió con diversas interrupciones hasta 1944. Pero fue una vigencia más bien aparente, pues durante ella se sucedieron los gobernantes dictatoriales y los golpes de Estado, revoluciones y el asesinato. El parlamento fue varias veces disuelto. En 1897 el presidente José María Barrios optó por dejarlo sin quórum para sesionar al hacer que no concurrieran a la Asamblea Legislativa los diputados adictos a su persona. Así asume la dictadura. Asesinado en 1898, le sucede Manuel Estrada Cabrera (1898-1920), que reforma la constitución y se hace reelegir tres veces consecutivas en 1904, 1910 y 1916 y es finalmente derrocado en 1920. Seis presidentes se sucedieron desde 1920 hasta 1931, en que subió al poder el general Jorge Ubico (1931-44) derrocado por una revolución cívico-militar en 1944.<sup>11</sup>

En Bolivia, la constitución de 1880 estuvo en vigor hasta 1938, si bien con interrupciones. La primera se produjo en 1920 y duró hasta 1921. La segunda ocurrió en 1930 y duró hasta 1936. Así, pues, rigió en total por espacio de 51 años. Pero se trata de una vigencia más bien nominal como la constitución de 1830 en Uruguay, tampoco fue obstáculo para la serie de golpes de Estado, movimientos militares, pronunciamientos, cuartelazos, y revoluciones que jalonan la historia de Bolivia desde su independencia. En consecuencia, bajo su imperio no hubo ni sucesión regular de los presidentes ni funcionamiento normal del parlamento.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> GALLARDO, Ricardo, "La evolución constitucional de Costa Rica", en: *Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica* 45, San José, 1949. COTO BARQUERO, Fernando, *Historia constitucional de Costa Rica*, tesis, San José, 1956. PERALTA, Hernán, *Las constituciones de Costa Rica*, Madrid, 1962. GUIER, Jorge, *Bosquejo de una historia del derecho costarricense*, 2 vol., San José 1968.

<sup>11</sup> MARIÑAS OTERO, Luis, *Las constituciones de Guatemala*, Madrid, 1958. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, p. 184 y ss.

<sup>12</sup> VÁSQUEZ MACHICADO, *La monarquía en Bolivia*, México, 1951. TRIGO, Ciro Félix, *Las constituciones de Bolivia*, Madrid, 1958. VALLE VALLE, Patricio, *El constitucionalismo en Bolivia*, Santiago 1961.

La constitución de 1886 rigió oficialmente en Salvador primero durante cincuenta y tres años, desde 1886 hasta 1939 y luego, durante cuatro años más, entre 1945 y 1950. Pero fue una vigencia en gran medida teórica. En el hecho, la forma normal de sucesión presidencial fue el golpe de Estado, hasta el punto de que la primera transmisión pacífica del mando supremo se verificó en 1903. Por su parte, el parlamento tuvo una vida no menos accidentada. En el curso del siglo XX, aparte del asesinato del presidente Manuel Enrique Araujo (1911-13), varios otros han sido alzados o depuestos mediante golpes militares. En 1931 una Junta Militar encargó el gobierno al general Maximiliano Hernández Martínez, quien después de reprimir la revolución de 1932, se hizo elegir en 1935, como candidato único, presidente constitucional para el periodo 1935-39. Deseoso de una reelección Hernández Martínez reemplazó en 1939 la antigua constitución de 1886 adicionada con algunos capítulos. Pero esta segunda fase de la vigencia de la constitución de 1886 fue de corta duración. Terminó en 1950 con la constitución de ese año.<sup>13</sup>

#### Colombia y Brasil

Muy diferente es el caso de la constitución de 1886 en Colombia, que se halla todavía vigente, después de casi un siglo desde su dictación. Aunque originalmente contempló un Congreso que sesionaba sólo cada dos años y por un breve periodo de 120 días, no por eso han dejado de violarse sus preceptos relativos al régimen de gobierno. Así sucedió cuando se disolvió por primera vez el Congreso desde 1899 hasta 1903 y de nuevo desde 1904 hasta 1911. Desde esta fecha el Congreso sesionó anualmente, pero durante 90 días, prorrogables por 30 días más por propia decisión. Este breve término de funcionamiento se aumentó desde 1936.<sup>14</sup> De la vigencia de esta constitución después de 1930 tratamos más adelante.

También es excepcional la constitución de 1891 en Brasil que rigió por espacio de casi cuarenta años, hasta 1930. Su vigencia sufrió sólo

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Napoleón, *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*, San Salvador, 1951. GALLARDO, Ricardo, *Las constituciones de El Salvador*, 2 vols., Madrid, 1961. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7.

<sup>14</sup> GARCÍA MARTELO, Jaime, *Ensayo jurídico-político del estado de sitio y de los decretos legislativos*, Bogotá, 1960. GUEVARA DE LÓPEZ, Hilda Isabel, *El parlamento colombiano y sus reformas necesarias*, Bogotá, 1966. NAVARRO DE LA OSSA, Roberto, *Constitución y estado de sitio*, Bogotá, 1974. SACHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, 5a. ed. Bogotá, 1977. URIBE VARGAS, Diego, *Las constituciones de Colombia (Historia, crítica, textos)*, 2 vol., Madrid 1977.

una interrupción en 1891, cuando mediante un golpe de Estado se disolvió el parlamento. Desde 1894 hasta 1930 se sucedieron regularmente cada cuatrienio nueve presidentes y se renovó normalmente el Congreso. Al igual que en Argentina, ese mismo año 1930, un movimiento militar puso fin en Brasil a esta época de estabilidad institucional.<sup>15</sup>

Finalmente, las dieciocho constituciones restantes tuvieron corta vigencia. Todas ellas desaparecieron antes de 1930, salvo la de Cuba de 1901, que subsistió hasta 1934 y la de Panamá de 1904 que rigió hasta 1941. Por orden de duración son, aparte de las dos mencionadas, la de 1887 en República Dominicana, en vigor hasta 1907; la de 1893 en Nicaragua, que subsistió hasta 1905; la de 1906 en Ecuador, que rigió hasta 1929; las de 1906 y 1889 en Honduras, vigentes hasta 1924 y hasta 1906, respectivamente. Las demás no llegaron a regir durante una década.

### III. CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: 1917-30 HASTA 1986

Entre 1917 y 1930 se abre una nueva etapa histórica del Estado constitucional en Hispanoamérica.

Sus inicios están marcados por la constitución mexicana de 1917, que incorpora nuevos contenidos de orden social y económico y por los movimientos militares de 1924 en Chile y de 1930 en Argentina y en Brasil que pusieron fin a los tres únicos casos de consolidación del Estado constitucional en América hispana. En los tres países fue cerrado el Congreso. Así desaparecieron los tres parlamentos que eran una excepción en Iberoamérica a causa de su relativamente largo tiempo de regular funcionamiento: el de Chile con 93 años ininterrumpidos de sesiones normales (1830-1924), el de Argentina con 68 legislaturas anuales consecutivas (1862-1929) y el de Brasil con casi 40 periodos legislativos sucesivos (1891-1930).

En consecuencia, para estos países vuelve a plantearse el problema del régimen de gobierno que hasta entonces ellos creían superado. Su situación viene a ser, en muchos aspectos, similar a la de los demás, donde el Estado constitucional no había llegado a consolidarse.

Estamos, pues, ante una crisis general del gobierno de partido en

<sup>15</sup> CALMON, Pedro, *Historia de la civilización brasileña*, Buenos Aires, 1937. CALVALCANTI T (hemistocles) B (randao), *Las Constituciones de los Estados Unidos de Brasil*, Madrid, 1958. VIANNA, Hélio, *História do Brasil*, 13a. ed. São Paulo 1977. BRAVO LIRA, Etapas... nota 1.

Hispanoamérica, que se plantea bajo diversas formas en los distintos Estados, sin excluir los tres donde ese gobierno había logrado asentarse.

Esta crisis no debe confundirse con la inestabilidad de que, salvo las mencionadas excepciones, adolece el Estado constitucional en estos países. Esta es una constante que, a lo más, autoriza para hablar de un estado de crisis permanente de ese Estado constitucional.

Pero aquí se trata de otra cosa: de una alteración de la situación existente hasta 1917-30. Sin que desaparezca la inestabilidad constitucional, que subsiste como trasfondo, se hacen presente otros factores.

En este sentido hablamos de *crisis*. La palabra significa, como es sabido, revisión: poner en tela de juicio lo existente. Lo que también se refleja en los términos *criterio* y *crítica*. Es decir, la crisis supone dos cosas: cambio de la situación anterior e incertidumbre sobre lo que sobrevendrá. Esta indecisión es consustancial a la crisis y dura tanto como ella misma. Por eso, desde el momento en que se decide —en uno u otro sentido—, la suerte de lo que está en revisión, se configura una nueva situación y la crisis se acaba.

La crisis supone, pues, una etapa previa a la que ella pone término o interrumpe por un tiempo que puede ser más o menos prolongado. Esto es cabalmente lo que sucede con el Estado constitucional en Hispanoamérica a partir de 1917-30.

La situación anterior a la crisis se configura por los años 60 del siglo XIX. Entonces se impuso, en general, entre los hombres públicos hispanoamericanos la convicción de que el gobierno de partido, preferentemente bajo formas parlamentarias, era el ideal al que debía tenderse. En ello coincidían tanto los que luchaban por implantar el Estado constitucional en sus países, como los que tomaban parte en ese gobierno de partido en los países donde se había logrado establecerlo. Había, pues, una cierta unidad de miras entre los políticos y publicistas de los distintos Estados hispanoamericanos. Por muy distinta que fuera la situación de sus propios países, casi todos coincidían en cuanto a las ventajas del gobierno de partido.

Esta convicción se quiebra entre 1917 y 1930. Diversos factores concurren a ello. Entre otros, en lo interno, la decadencia del parlamento y de los partidos parlamentarios y en lo internacional, la crisis del Estado liberal parlamentario que por entonces se plantea en Europa.

En rigor, la crisis es siempre un fenómeno de la conciencia, pero en muchos casos tiene fundamentos objetivos, como se observa aquí en los planos interno y externo.

### Decadencia del parlamento

Ante todo conviene recordar que la crisis del Estado constitucional no es ni mucho menos un fenómeno hispanoamericano. Por la misma época, ella se plantea en Europa con especial gravedad y amplitud: en España desde 1923, en Polonia desde 1926, en Yugoslavia desde 1929, en Alemania y Rumania desde 1930, en Austria desde 1933, en Grecia desde 1936 y en Francia desde 1939.

Una de las manifestaciones de esta crisis es la decadencia del parlamento, perceptible especialmente a través del deterioro de las dos funciones —colegislatura y fiscalizadora—, que fueron su razón de ser desde la época de su implantación como regulador de la gestión gubernativa.

### Deterioro de la función legislativa

Por una parte, decae su función colegisladora, ante la avalancha de formas de legislación en las que el parlamento no tiene ya intervención, como son los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos en Colombia. La ley parlamentaria, elaborada con el concurso del parlamento deja de ser la única forma de legislación y es desplazada por estas otras formas concurrentes.

Los decretos leyes son dictados por el gobierno con prescindencia del parlamento durante los periodos, cada vez más frecuentes y prolongados, en que éste es cerrado. Esta forma de legislación, de antigua data en Uruguay ahora se generaliza. Según se dijo, se extiende incluso a Estados donde el parlamento había funcionado regularmente por un largo periodo como Chile, Argentina y Brasil.<sup>16</sup>

Los decretos con fuerza de ley emanan también del gobierno y son dictados sin intervención del parlamento, aunque éste esté en funciones, en virtud de una delegación suya en favor del gobierno que se torna cada vez más frecuente.<sup>17</sup> Finalmente, los decretos legislativos

<sup>16</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandao, *Tratado de Direito Administrativo*, 6 vols., Río de Janeiro 1942-44, 1, p. 289. REAL, Alberto Ramón, *Los decretos-leyes*, Montevideo 1946. GÓMEZ-ACEBO, Ricardo, "El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: leyes delegadas y decretos leyes", en: *Revista de Estudios Políticos* 60, Madrid 1951. RAMELLE, Pablo A., "Los decretos leyes y la situación constitucional de la República Argentina", *ibid.*, 147-148, Madrid 1966. BRAVO LIRA, Bernardino, nota 1, esp. p. 76. El mismo, "Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco", en: *Revista de Derecho Público* 31-32, Santiago, 1982.

<sup>17</sup> GÓMEZ ACEBO, nota 16. FERRER PUIG, Julio, *Los decretos con fuerza de ley en el periodo 1924-1974* (inédito), Seminario sobre *Institucionalidad chilena 1924-74*, dirigido por el Prof. Bernardino Bravo Lira, Facultad de Derecho Universidad de

son una institución característica de Colombia. Dictados por el gobierno con prescindencia del parlamento, en circunstancias extraordinarias, como es el estado de sitio, terminan por ser más importantes que la legislación aprobada por el parlamento, como se observa en Colombia a partir de 1958.<sup>18</sup>

Pero no se trata sólo de la proliferación de esta legislación extra-parlamentaria, ya por sí muy significativa. Ella es sobre todo relevante por su contenido. En gran medida por medio de ella se consuman dos grandes transformaciones, características de esta época: la superación de la neutralidad económica y social del Estado a partir de los primeros años del siglo XX y la conformación de un vasto complejo de instituciones estatales y paraestatales, que se agregan, a menudo de un modo inorgánico, a la modesta administración con que hasta entonces contaba el Estado.

### Decadencia de la función fiscalizadora

Esto nos lleva a tratar del deterioro de la otra función del parlamento. Su papel fiscalizador se torna cada vez más ilusorio ante la expansión sin precedentes del aparato estatal y paraestatal que, en general, queda bajo la dependencia del gobierno.

No podemos entrar a analizar aquí la formación de este aparato estatal y paraestatal en los distintos países. Valga un ejemplo. En 1969 el *Manual de organización del gobierno federal* mexicano registra 247 organismos paraestatales, agrupados en sectores que abarcan desde la agricultura y la pesca hasta la industria, las comunicaciones, el transporte, el bienestar y la banca. Cuatro años más tarde se publicó una lista de 351 entidades paraestatales, que comprendían 107 organismos descentralizados y 244 empresas de participación estatal mayoritaria.<sup>19</sup>

Se comprende que por sus dimensiones y características este conjunto de instituciones escapa a la fiscalización parlamentaria, concebida en el siglo XVIII en función de una administración de dimensiones bastante modestas.

Chile. BRAVO LIRA, Bernardino, *Etapas...*, nota 1, esp. p. 76. El mismo, *Metamorfosis...*, nota 16.

<sup>18</sup> SACHICA, nota 14. GARCÍA MARTELO, nota 14. NAVARRO DE LA OSSA, nota 14. URIBE VARGAS, nota 14. BRAVO LIRA, *Etapas...*, nota 1, esp. p. 54.

<sup>19</sup> SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA. COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA *Manual de organización del gobierno federal (1969-1970)*, México, 1969. SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA, *Leyes, reglamentos, decretos y acuerdos del gobierno federal: 1970-1976*, vol. 4, México, 1975, pp. 2937-2947. Cfr. CARPIZO, Jorge, "México, poder ejecutivo (1950-1975)", en: *EOP*, 1, p. 73, esp. p. 78.

*Partidos extraparlamentarios*

Pero la decadencia del parlamento no se manifiesta sólo en la declinación de sus funciones específicas. Detrás de ello hay un agotamiento del espíritu parlamentario que en último término provoca también la declinación de los antiguos partidos de cuño parlamentario y abre paso al surgimiento de partidos de tipo extraparlamentario. Esta es otra manifestación de la crisis del Estado constitucional.

Se desvanece la creencia en la virtud de la discusión, el poder de los argumentos y la ventaja de los compromisos que servía de base a los partidos de cuño parlamentario. En cambio, surge un nuevo tipo de partido político que no aspira a entenderse con los demás, sino a imponerse a ellos. Son los partidos extraparlamentarios que tienen una visión total de la política. La abordan con espíritu de minoría selecta, convencidos de poseer la clave para dar solución integral a todos los problemas. Aspiran, pues, a abarcar por entero la vida colectiva, no sólo en sus manifestaciones propiamente políticas, sino también gremiales, económicas, sociales y hasta culturales. Por su amplitud, estos planteamientos no solicitan ni admiten concurrencia de igual a igual con otros similares, como ocurría con los planteamientos de los partidos de cuño parlamentario. Por eso, estos movimientos no se consideran como un partido más, igual a los otros. Su meta no es compartir el poder con sus rivales, sino una nueva forma de gobierno de partido en la cual la negociación interpartidista es reemplazada por el predominio sin contrapeso del propio partido.<sup>20</sup>

El contraste entre partido extraparlamentario y partidos parlamentarios refleja un profundo cambio de mentalidad que va más allá del campo específicamente político. Parece ser correlato en el campo político de una transformación que también se observa en el plano científico. Allí se advierte que frente a los métodos de investigación predominantes en el siglo XIX, basados en la libre discusión, es decir, en el sopesar de teorías y opiniones contrapuestas, se abren paso en el siglo XX otros que parten de una hipótesis de trabajo, que por su naturaleza exige que se la aplique integralmente, sin cesión ni concesión de ninguna especie. Bajo este prisma los partidos extraparlamentarios se nos presentan como verdaderas hipótesis de trabajo llevadas al terreno

<sup>20</sup> Para el concepto de partido extraparlamentario, BRAVO LIRA, Bernardino, *Régimen de Gobierno y partidos políticos en Chile 1924-1973*, Santiago 1978, esp. p. 73 ss. El mismo, nota 1, esp. p. 77. El mismo, "Orígenes, apogeo y ocaso de los partidos políticos en Chile (1857-1973)", en: *Política 7*, Santiago, 1985, ahora en El mismo, *De Portales a Pinochet*, nota 3.

de la política, cuya única razón de ser es su aplicación integral, es decir, sin cesiones ni concesiones de ninguna especie.<sup>21</sup>

Estos partidos extraparlamentarios presentan una gama variadísima. Dentro de ella encontramos agrupaciones tan disímiles entre sí como el Partido Revolucionario Institucional (PRI) mexicano, fundado en 1929,<sup>22</sup> la Falange Nacional chilena fundada en 1937, que en 1958 originó al Partido Demócratacristiano,<sup>23</sup> el Movimiento Nacional Revolucionario (MNR) boliviano, fundado en 1941,<sup>24</sup> el Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) fundado en 1945,<sup>25</sup> o el Partido Peronista argentino, constituido en 1947.<sup>26/27</sup> No hace falta decir que son también extraparlamentarios los partidos comunistas que se organizan sucesivamente en los distintos países de Hispanoamérica a partir de 1919.<sup>28</sup>

## IV. ESFUERZOS POR RESOLVER LA CRISIS 1917-86

La crisis del Estado constitucional se prolonga en Hispanoamérica hasta nuestros días. A lo largo del periodo 1917-86 se suceden los esfuerzos por resolverla. Esta es la tónica dominante de las sesenta y cuatro constituciones promulgadas en este lapso.

En general estos intentos de solucionar la crisis se orientan en dos sentidos. Unas veces, se acude a elementos extraparlamentarios, similares a los que por esta misma época se emplean en Europa y otras, se intenta restaurar el gobierno de partido bajo formas un tanto renovadas.

*Formas extraparlamentarias de gobierno*

La primera tendencia es perceptible sobre todo en una serie de cons-

<sup>21</sup> BRAVO LIRA, Orígenes, apogeo y ocaso... , nota 20, esp. p. 36-37.

<sup>22</sup> MORENO, Daniel, *Los partidos políticos en México contemporáneo (1916-1971)*, 2a. ed., México, 1971. MONTAÑO, Jorge, *Partidos y Política en América Latina*, México 1975, considera sólo algunos países hispanoamericanos, esp. p. 138 ss.

<sup>23</sup> BRAVO LIRA, *Régimen de gobierno...*, nota 20 y El mismo, Orígenes, apogeo y ocaso... , nota 20, con bibliografía.

<sup>24</sup> MONTAÑO, nota 22, esp. p. 81 ss.

<sup>25</sup> MONTAÑO, nota 22, esp. pp. 67 y ss. MEIRA, Silvio Bastos de, "Evolução política do Brasil 1930-1964", en: *Revista de Ciência Política* 19: 2, 3 y 4, Rio de Janeiro 1976. El mismo, "Os partidos políticos", en: El mismo, *O Direito vivo*, Goiás 1984, p. 245 ss., 261 ss.

<sup>26</sup> MONTAÑO, nota 22, esp. pp. 34 y ss. BIDART CAMPOS, Germán J., "El primer peronismo 1950-1955", en: EOP 2, pp. 327 y ss. Últimamente, MARTÍNEZ, Pedro Santos, *La Nueva Argentina 1946-1955*, 2 vol., Buenos Aires 1979-80, esp. 1, pp. 34 y ss.

<sup>27</sup> MONTAÑO, nota 22.

<sup>28</sup> BRAVO LIRA, *Historia...*, nota 1.

tituciones promulgadas entre 1920 y 1949 y en diversos regímenes implantados después de 1930, como son el de partido dominante en México, el bipartidismo en Colombia y la alineación obligatoria en Brasil.

En las constituciones se habla, por ejemplo, de tres tipos de garantías: nacionales, individuales o sociales, como lo hacen las del Perú en 1920 y en 1933 y las de Nicaragua y El Salvador en 1939.

Además, se buscan alternativas frente a la composición del parlamento por miembros de elección popular. En las constituciones de 1929, 1945 y 1946 de Ecuador se introducen en una de las cámaras —el Senado— algunos miembros funcionales, esto es, designados por sectores o actividades de la vida nacional. En Cuba, en cambio, la Constitución de 1934 reemplaza simplemente al parlamento por un Consejo de Secretarios.

La constitución de 1937 estableció en Brasil el llamado Estado Nuevo denominado luego Estado Nacional y contempló la incorporación en el Consejo Federal, que equivale al Senado, de miembros funcionales designados por el presidente. Además, instituyó un Consejo de la Economía Nacional y asignó el ejercicio del poder legislativo al parlamento con la intervención del mencionado Consejo. Todo lo cual no se cumplió porque desde 1937 hasta 1945 no funcionó ningún parlamento en Brasil. La última Constitución de esta tendencia es la argentina de 1949 que sólo rigió hasta 1955.

En general, estas constituciones fueron de corta vigencia y, como ocurre a menudo, muchas de sus innovaciones no se alcanzaron a poner en práctica. Una excepción es la mencionada constitución de 1946 en Ecuador, que subsistió hasta 1967, pero en medio de una sucesión de golpes de Estado y gobiernos extraconstitucionales.

Pero estas modificaciones aisladas no son lo más representativo de la tendencia a implantar formas extraparlamentarias. En México, en Colombia y en Brasil se va más allá y se llega a la instauración de regímenes de gobierno extraparlamentarios en forma permanente o sólo transitoria.

### *Régimen de Partido dominante en México*

El caso de México merece la mayor atención. Allí se establece efectivamente un régimen extraparlamentario, cuya base es el predominio de un partido semioficial. De este modo México se convierte en el único país de Hispanoamérica que consigue consolidar un Estado constitucional durante el siglo XX lo cual sucede, precisamente, en la

misma época en que, como vimos, en Iberoamérica desaparecen uno tras otro los Estados constitucionales asentados desde el siglo XIX: en 1924 en Chile y en 1930 en Argentina y Brasil.

La consolidación del Estado constitucional en México no es obra de la constitución de 1917, que se limitó como casi todas las iberoamericanas de este siglo, a contemplar una restauración del gobierno de partido bajo formas multipartidistas. Por lo demás, esta constitución tuvo una vigencia sumamente precaria durante los tres primeros lustros que siguieron a su promulgación, durante los cuales hubo terribles persecuciones y alzamientos, como el de los "cristeros" (1927-29).

El asentamiento del Estado constitucional en México se debe sobre todo a un factor extraconstitucional: el predominio de un partido político, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), fundado en 1929 por el expresidente Plutarco Elías Calles, bajo el nombre de Partido Nacional Revolucionario (PNR). Restructurado bajo la presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-40), ha sido durante el último medio siglo el soporte básico del régimen de gobierno.<sup>29</sup>

Se trata de un partido extraparlamentario, al que como único depositario de los ideales de la revolución le son ajenos la negociación, las concesiones y los compromisos con otros partidos, propios del espíritu parlamentario y de los partidos de tipo parlamentario.

Lo decisivo para la estabilización del régimen de gobierno fue la preponderancia incontrarrestable del partido gobernante sobre los demás. No se trata de un partido único como en los regímenes totalita-

<sup>29</sup> ITURRIAGA, José, "Los presidentes y las elecciones en México", en: *Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales*, año IV, 11 y 12, México 1970. SERRA ROJAS, Andrés, "La función constitucional del Presidente de la República", en: *El pensamiento jurídico de México en el Derecho Administrativo*, México, 1962. GAXIOLA F., Jorge "La Presidencia de la República", en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 49, México, 1963. PORTES GIL, Emilio, *Autobiografía de la Revolución Mexicana*, México, 1964. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Supremacía del ejecutivo en el Derecho Constitucional Mexicano", en: *Cuadernos de Derecho Comparado* 6, México, 1967. MORENO SÁNCHEZ, Manuel, *Crisis política de México*, México, 1970. El mismo, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1972. GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *Notas para un Estudio sobre el Estado mexicano en México; cuatro ensayos de sociología política*, México, 1972. UNIVERSIDAD DE WARWICK, *El sistema político mexicano: análisis de los gabinetes de 1920 hasta la fecha*, México, 1973. CARPIZO, Jorge, "El sistema presidencial y el predominio del poder ejecutivo", en: *Revista de la Facultad de Derecho de México* 107-108, México 1977. El mismo, *El presidencialismo mexicano*, México, 1978. VALADÉS, Diego, "El poder legislativo en México 1950-1975", en: *EOP* 1, pp. 49 y ss. El mismo, "El poder legislativo mexicano", en: *Revista de Estudios Políticos*, nueva época 4, Madrid, 1978, pp. 33 y ss. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, pp. 7-138, 144-157, 171-184, 225-242. CAMACHO, Manuel, "Los nudos históricos del sistema político mexicano", en: *La crisis en el sistema político mexicano 1928-1977*, México 1977.

rios, sino de un partido semioficial, ampliamente mayoritario, al que pertenecen el presidente y casi la totalidad de los parlamentarios. El presidente cuenta no sólo con facultades constitucionales, sino también con una serie de poderes extraconstitucionales. Entre ellos está la designación y remoción del presidente del PRI, como si se tratara de un cargo público. En cuanto jefe real del PRI el presidente designa a su sucesor en el mando supremo e influye decisivamente en el nombramiento de los gobernadores y de la mayoría de los parlamentarios. Pero en todo se guardan las apariencias constitucionales y se celebran elecciones populares para presidente, parlamentarios y gobernadores.

Por otra parte, el presidente tiene bajo su directa tuición un inmenso aparato paraestatal, formado por organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria.

En cuanto al parlamento, éste sobrevive más bien como un símbolo. Sesiona solamente durante un breve tiempo, a lo más tres meses al año, y se limita a sancionar los proyectos que le envía el presidente. En 1935, 1937 y 1941 aprobó por unanimidad un 92% de los proyectos enviados por el presidente, en 1959 un 95%.<sup>30</sup>

Bajo estas condiciones se han celebrado regularmente elecciones y se han sucedido normalmente desde 1934 nueve presidentes sexenales. Lázaro Cárdenas (1934-40), Manuel Avila Camacho (1940-46), Miguel Alemán (1946-52), Adolfo Ruiz Cortínez (1952-58), Adolfo López Mateos (1958-64), Gustavo Díaz Ordaz (1964-70), Luis Echeverría Álvarez (1970-76), José López Portillo (1976-82) y Miguel de la Madrid, que asumió el cargo en 1982. La abstención electoral ha sido siempre alta: casi un 50% en 1976 y 1979. Oficialmente se ha reconocido un 25% en 1982.

Puede hablarse, pues, con toda propiedad de una consolidación del Estado constitucional en México. Ella se llevó a cabo fundamentalmente por vías extraconstitucionales y no deja de ser significativo el hecho de que represente, en cierto modo, una antítesis del régimen parlamentario que, por esta misma época, desapareció en Chile, Argentina y Brasil.

Dicho régimen fue una norma de gobierno de partido ejercido a través del parlamento, sobre la base de la lucha, la negociación y el compromiso entre los diversos partidos representados en él. En consecuencia, el jefe de Estado queda reducido a un papel más bien sim-

<sup>30</sup> CARPIZO no duda en afirmar que: "En términos generales el Poder Legislativo está dominado por el Ejecutivo", op. cit. nota 19, p. 89.

bólico. Aquí, en cambio, nos encontramos con una forma extraparlamentaria de gobierno de un partido dominante, que se ejerce a través del presidente. El predominio de este partido gobernante excluye de hecho la lucha, la negociación y el compromiso interpartidista, del mismo modo que la supremacía presidencial reduce al parlamento a un papel más bien simbólico.

#### *El bipartidismo colombiano*

Muy distinta es la situación de Colombia, donde sigue en vigor la constitución de 1886 y desde 1958 los dos principales partidos se juntan para promover una restauración del gobierno de partido.

Bajo la vigencia de la constitución de 1886 se interrumpió cinco veces el normal funcionamiento del parlamento. Las dos primeras desde 1899 hasta 1903 y desde 1904 hasta 1911, las mencionamos en su lugar. La tercera se produjo en 1944 cuando se dio el caso, sin precedentes, de que la propia mayoría formada por los liberales decidiera no concurrir a la apertura del Congreso. Terminó así el que hasta ahora es el más largo periodo de funcionamiento del parlamento, el colombiano, que duró 32 años.

Posteriormente, el Congreso fue cerrado dos veces, desde 1949 hasta 1951 y desde 1953 hasta 1958. La ausencia de un cuerpo legislativo se suple mediante una forma extraparlamentaria de legislar contemplada en el artículo 121 de la constitución, que confiere facultades al presidente para dictar normas de tipo legislativo durante el estado de sitio. Por eso, esta medida de excepción se transforma en algo permanente en Colombia. Desde 1948 hasta 1976 Colombia vivió más tiempo en estado de sitio que bajo condiciones normales.

En 1958 se inicia un intento de restaurar el gobierno de partido patrocinado por conservadores y liberales, las dos principales fuerzas políticas de Colombia. Conforme a los acuerdos de Benidorm (1956) y de Sitges (1957) estos partidos reforman la constitución mediante un plebiscito y se reparten entre sí la totalidad de los cargos públicos, desde la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Congreso, hasta las asambleas departamentales y consejos municipales. Para la presidencia de la República se establece una alternancia de un conservador y un liberal y la obligación de gobernar con ministros, de los cuales una mitad pertenezca a cada partido y el restante a las Fuerzas Armadas. Los demás partidos están excluidos de las elecciones y quienes no fuesen conservadores o liberales de los cargos públicos.

Este régimen bipartidista se mantuvo por diez años, hasta 1968, en

que empezó a ser desmontado. Pero la alternativa para la presidencia se prorrogó hasta 1974 y la paridad para los ministros de la Corte Suprema y del Consejo de Estado hasta 1978.<sup>31</sup>

Conforme a lo anterior se alternaron desde 1958 hasta 1974, cuatro presidentes: dos liberales, Alberto Lleras Camargo (1958-62) y Carlos Lleras Restrepo (1966-70); y dos conservadores, Guillermo León Valencia (1962-66) y Misael Pastrana Borrero (1970-74). Posteriormente, se han sucedido en forma regular tres presidentes: Alfonso López Michelsen (1974-78), el liberal Julio César Turbay Ayala (1978-82) y el conservador Belisario Betancur, que tomó posesión en 1982. Durante todo este tiempo el Congreso ha sesionado regularmente, pero su papel se ha visto muy disminuido por la permanencia del estado de sitio que permite al presidente legislar sin intervención del parlamento.

Aparte del estado de sitio, caracteriza al bipartidismo y a los años posteriores a él, desinterés electoral de la población que en una proporción creciente se abstuvo de votar. En 1960 los votantes fueron casi un 40% de los electores, en 1970 un 46% y en 1980 un 28%: de un total de aproximadamente 9.500.000 ciudadanos votaron sólo poco más de 2.000.000. En 1984 los votantes fueron poco más del 25% del electorado.

#### *De la constitución de 1937 a la de 1967 en Brasil*

En Brasil se han ensayado desde 1930 una serie de soluciones para la crisis del Estado constitucional. Después de la constitución de 1934, intentó Getulio Vargas (1930-45) entre 1937 y 1945, reemplazar el gobierno de partido por uno nacional. La constitución de 1937 autorizó al presidente para legislar mediante decretos-leyes y se prescindió por completo del parlamento.

Luego, con la constitución de 1946 se restableció el gobierno de partido sobre la base de una ampliación de los poderes presidenciales. El parlamento volvió a funcionar y se sucedieron en el mando cinco presidentes quinquenales: Eurico Gaspar Dutra (1946-51), Getulio Vargas (1951-54) y los vicepresidentes João Café Filho (1954-55), Carlos Luz (1955) y Nereu Ramos (1955-56); Juscelino Kubitschek (1956-61), Janio Quadros (1961) y João Goulart (1961-1964).

Sólo hubo un golpe de Estado, el de 1955 que depuso al vicepresi-

<sup>31</sup> Ver nota 14. GALVES NOYES, Juan de Dios, *El Frente Nacional, un estudio jurídico político*, Bogotá, 1973. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, "Evolución político-constitucional en América Latina (1950-1975)", en: *EOP* 2, pp. 41 y ss.

dente Luz y lo substituyó por Ramos. Pero, en 1961 se procedió a una apresurada reforma de la constitución para establecer un régimen parlamentario y restringir los poderes del presidente antes de que asumiera como tal João Goulart.

Desde entonces hasta 1985 se han sucedido en Brasil las medidas aisladas, destinadas más bien a encarar situaciones urgentes que a establecer un régimen de gobierno. Por eso, en este campo, todo está sujeto a continuos cambios, aun en materias fundamentales. Entre ellos tenemos: en 1963 el restablecimiento del régimen presidencial contemplado por la constitución de 1946; en 1964 la deposición del presidente y la disolución del parlamento; en 1965 la alineación obligatoria de los parlamentarios en uno de los dos únicos partidos permitidos: la Alianza Renovadora Brasileña (ARENA) que sostenía al gobierno y el Movimiento Democrático Brasileño (MDB) que reunía a sus opositores; en 1967 la nueva constitución que restablece el parlamento; en 1968 el Acto Institucional 5 que rigió hasta 1979 y que facultó al presidente para disolver el parlamento por el tiempo que estimara conveniente y para legislar por sí solo mediante decretos; en 1969 una profunda reforma de la constitución de 1967; en 1979 la substitución del bipartidismo por un multipartidismo y en 1983 la elección directa de los gobernadores de los estados.<sup>32</sup>

Tan significativa como estos cambios es la relativización del concepto mismo de constitución, al someterse a continuas modificaciones mediante Actos institucionales y Enmiendas constitucionales.

A pesar de estas incertidumbres, bajo la égida de las Fuerzas Armadas, se enfrenta en Brasil desde 1964 en nuevos términos al problema del régimen de gobierno. En lugar de restablecerse el gobierno de partido, se convierte al presidente en un gobernante situado por encima del parlamento y de los partidos, sobre los cuales ejerce una acción reguladora. Tal es el sentido práctico que tuvo entre 1968 y 1979 la facultad del presidente para disolver el congreso y legislar por decreto, lo cual hizo en varias oportunidades. Por su parte, el parlamento aprobó todos los proyectos presidenciales hasta 1977, en que por primera vez rechazó uno y fue inmediatamente disuelto.

<sup>32</sup> BORGES, Arturo de Castro, "Evolução da Organização político constitucional da América Latina de 1950 a 1975, parte brasileira", en *EOP* 3, pp. 9 y ss. DA SILVA, José Alfonso, "Evolução político-constitucional do Brasil no terceiro quartel do século XX", *ibid*, pp. 27 y ss. SENADO FEDERAL, *Constituição da Republica Federativa do Brasil*, 6a. ed., Brasilia 1981, reproduce el texto de 1967 y sus modificaciones hasta 1981. MEIRA, Silvo, "Evolução política do Brasil 1930-64", en: *Revista da Ciencia política* (Fundación Getulio Vargas), vol. 19, 2 p. 17 ss., 3 p. 69 ss. y 4 p. 115 ss. Rio de Janeiro 1976.

La supremacía del presidente está reforzada por el hecho de que su designación depende en último de las Fuerzas Armadas que desde 1964 son el verdadero sostén del gobierno.

Pero, por cierto, en esto como en todo, se observan escrupulosamente las apariencias constitucionales. Así como se mantiene, también, la elección del presidente, aunque sean las Fuerzas Armadas quienes seleccionen al candidato y lo señalen al partido oficial para que éste, a su vez, lo proclame como tal y lo elija en un colegio especial, del que forman parte los parlamentarios.

Dentro de este esquema se sucedieron en el mando cinco presidentes militares: los mariscales Carlos Humberto Castelo Branco (1964-67) y Arturo Costa e Silva (1967-69) y los generales Emilio Garrastáiz Medici (1969-74), Ernesto Geisel (1974-79) y João Figueiredo (1979-1985).

En 1985 se designó presidente para el periodo 1985-1990 a un civil, Tancredo Neves, antiguo político de la época de Goulart, que supo presentarse como candidato de oposición, pero dentro del orden vigente, es decir, dispuesto a asumir la herencia del gobierno militar, por lo que se hizo aceptable a las Fuerzas Armadas. Sin embargo, falleció antes de asumir el mando, que correspondió al Vicepresidente José Sarney. Se ha iniciado así un nuevo intento de restablecer el gobierno de partido.

#### *Restablecimiento del gobierno de partido*

Pero en la mayor parte de los países hispanoamericanos se ha intentado durante el periodo 1917-85 establecer o restablecer un gobierno de partido.

De este esfuerzo sólo dos alcanzaron resultados de cierta duración: el de 1925 en Chile y el de 1949 en Costa Rica.

Chile es el ejemplo mejor conseguido de una restauración del gobierno de partido, tras el derrumbe del régimen parlamentario. Esta restauración no se debió a la constitución de 1925, que rigió oficialmente hasta 1980. En los primeros ocho años de su vigencia, Chile vio caer uno en pos de otro más de 10 gobiernos sucesivos.

El gobierno de partido se restableció a partir de 1933 sobre la base de la negociación entre el presidente y los jefes de los partidos representados en el parlamento. Este régimen se afianzó y subsistió, mientras en el presidente y en los partidos prevaleció el espíritu parlamentario. Entró en crisis con la decadencia de los antiguos partidos de tipo parlamentario a contar de la década del 50 y en disolución desde co-

mienzos de la década del 60, con el predominio de los nuevos partidos extraparlamentarios que hicieron del presidente el ejecutor de un programa partidista, que gobierna sólo con el o los partidos que contribuyeron a su elección. A esta situación le puso fin un pronunciamiento armado en 1973.<sup>33</sup> Con ello terminaron también, cuarenta años en los que se sucedieron regularmente ocho presidentes: Arturo Alessandri (1932-38), Pedro Aguirre Cerda (1938-41), Juan Antonio Ríos (1942-46), Gabriel González Videla (1946-52), Carlos Ibáñez del Campo (1952-58), Jorge Alessandri (1958-64), Eduardo Frei (1964-70) y Salvador Allende (1970-73).<sup>34</sup>

Bajo el gobierno de las Fuerzas Armadas se reemplazó la constitución de 1925 por otra nueva de 1980, que contempla una nueva restauración del gobierno de partido para 1989 o 1990.

#### *Restauración del gobierno de partido en Costa Rica*

El caso de Costa Rica es en algunos aspectos similar al de Chile. Allí se restaura también el gobierno de partidos bajo formas presidenciales algunos años después de la dictación de la constitución de 1949. Así, a partir de 1953 se suceden regularmente ocho presidentes cuatrienales y sesiona normalmente el Congreso.<sup>35</sup> Los presidentes son: José Figueres Ferrer (1953-58), Mario Echandi Jiménez (1958-62), Francisco J. Orlich Bomarcich (1962-66), José J. Trejos (1966-70), José Figueres Ferrer (1970-74), Daniel Oduber Quirós (1974-78), Rodrigo Carazo Odio (1978-82) y Luis Alberto Monge Álvarez, que asumió la presidencia en 1982.

#### *El gobierno de partido en Uruguay*

Desde 1917 el gobierno de partido se mantuvo en Uruguay con breves interrupciones, salvo la más reciente que duró desde 1973 hasta 1985. Algo notable es que en este país los golpes de Estado son dados por presidentes constitucionales como Terra o Baldomir.

La antigua constitución de 1830 fue reemplazada en 1919 por otra, producto de un pacto entre los principales partidos: el colorado y el

<sup>33</sup> CAMPOS, nota 5, EYZAGUIRRE, nota 5, HEISE, nota 5, BRAVO LIRA, *Régimen de gobierno*. . . . , nota 20.

<sup>34</sup> Últimamente, BRAVO LIRA, Bernardino, *El presidente en la Historia de Chile*, Santiago, 1986.

<sup>35</sup> Ver nota 10, TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, pp. 201 y ss. y 258 y ss.

nacional. Con su apoyo rigió hasta el golpe de Estado del presidente Gabriel Terra (1931-38) en 1933. Se cerró entonces el parlamento, se lo reemplazó por un cuerpo deliberante especial y se dictó una nueva constitución, la de 1934.

Reabierto el parlamento, fue de nuevo clausurado en 1942 y reemplazado por un Consejo de Estado a raíz de otro golpe de Estado, dado también por el presidente en ejercicio, Alfredo Baldomir (1938-42). Además, se reformó la constitución, tras lo cual se restableció el parlamento. Un acuerdo de partidos determinó en 1952 la dictación de una nueva constitución. Bajo su vigencia se inaugura en Uruguay la rotación de los dos grandes partidos —nacional y colorado— en el gobierno. La victoria de los nacionales en 1958 puso fin a 54 años de predominio colorado. La vuelta de los colorados al poder en 1966 hizo posible un nuevo acuerdo interpartidista en virtud del cual se dictó la constitución de ese año. Pero ella tuvo vigencia efímera.<sup>36</sup> En 1973 un nuevo golpe de Estado la dejó en suspenso y no fue restablecida hasta 1985. En el intertanto, el parlamento permaneció cerrado y fue reemplazado por un Consejo de Estado. En 1985 se restauró el parlamento y se dio comienzo a nuevo intento de restablecer el gobierno de partido.

Los presidentes constitucionales del periodo son Feliciano A. Viera (1915-19), Baltasar Brum (1919-23), José Serrato (1923-37), Juan Ampistegui (1923-31), Gabriel Terra (1931-34 y 1934-38), Alfredo Baldomir (1938-42), Juan José Amezaga (1943-47), Tomás Barreta (1947), Luis Battle (1947-51) y Andrés Martínez Trueba (1951-52). Bajo el régimen colegiado hubo desde 1952 hasta 1967 un Consejo Nacional de Gobierno. Bajo la constitución de 1966, desempeñaron la presidencia Oscar D. Gestido (1966-67), Jorge Pacheco Arce (1967-72), Juan María Bordaberry (1972-73) y Julio Sanguinetti, que asumió el mando en 1985.

Los presidentes de facto fueron: Gabriel Terra (1933-34), Alfredo Baldomir (1942), Juan María Bordaberry (1973-76), Alberto Demichelli (1976), Aparicio Méndez (1976-81), Gregorio Álvarez (1981-85).

### *Argentina y la crisis del Estado constitucional*

Entre los intentos de establecer o restablecer un gobierno de partido

<sup>36</sup> GROS ESPIELL, "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina 1950-1975: Uruguay", en: *EOP* 2, p. 291 y ss. El mismo, nota 4.

que se repiten en Hispanoamérica desde 1930, merecen especial atención los realizados en Argentina y en Perú.

En ambos países se mantiene en vigencia una misma constitución por espacio de casi medio siglo. Así, la de 1853-60 continúa vigente en Argentina desde 1930 hasta 1949 y desde 1955 hasta hoy. En Perú, la constitución de 1933 subsiste hasta 1980. Pero en los dos casos se trata de una vigencia más bien oficial. Ello refleja dos aspectos opuestos de la crisis del Estado constitucional: en Argentina desaparece el gobierno de partidos que existió hasta 1930 y en el Perú no se consigue establecer un gobierno de partido.

En Argentina el periodo de más de medio siglo transcurrido desde el movimiento militar de 1930 ha sido de gran inestabilidad gubernativa. La constitución no ha cambiado. Sigue oficialmente vigente la de 1853-60 con algunas reformas. El general Juan Domingo Perón (1946-55 y 1973-74) la substituyó por otra más de acuerdo con las nuevas tendencias sociales y extraparlamentarias en 1949. Pero esta nueva constitución no sobrevivió su caída en 1955. Restablecida la constitución de 1853-60, su vigencia fue sumamente precaria y lo que es más decisivo, se institucionalizaron formas extraconstitucionales de gobierno. Los presidentes constitucionales son depuestos y reemplazados por otros, cuya designación y remoción corresponde a las Fuerzas Armadas. El parlamento es disuelto y su potestad legislativa ejercida por el presidente o por los jefes de las Fuerzas Armadas.

De esta manera, se configura en Argentina una situación singular en la que se entrelaza lo constitucional con lo extraconstitucional. Desde 1930 hasta 1986 se suceden veintiséis presidentes. De ellos solamente doce llegaron al poder por una vía constitucional y únicamente dos, los generales Agustín P. Justo (1932-38) y Juan Domingo Perón en su primera presidencia (1946-52), completaron un periodo constitucional de gobierno. Los otros catorce presidentes, a los que hay que añadir cuatro Juntas Militares que gobiernan transitoriamente en 1966, 1970, 1971 y 1976, ni siquiera tuvieron un periodo prefijado de gobierno. Nombrados por las Fuerzas Armadas, fueron también removidos cuando a ellas les pareció oportuno.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> BIDART CAMPOS, J., "El primer peronismo (1950-55)", *EOP* 2, p. 327. El mismo, "El segundo peronismo (1973-75)", *ibid.*, pp. 424 y ss. FRIAS, Pedro J., "La presidencia de Frondizi (1958-62)", *ibid.*, p. 351, LEGÓN, Faustino J. y MEDRANO, Samuel W., *Las constituciones de la República Argentina*, Madrid, 1953, reproducen los textos hasta el de 1949. LÓPEZ MARIO, Justo, "La revolución libertadora (1955-58)", *ibid.*, p. 337. QUIROGA LAVÍN, Humberto, "La Revolución argentina (1966-73)", *ibid.*, p. 395. VANOSI, Jorge Reinaldo, "El gobierno de facto de Guido y la presiden-

Los presidentes de facto fueron José F. Urriburu (1930-32), Arturo Rawson (1943), Pedro Ramírez (1943-44), Edelmiro J. Farrell (1944-46), Eduardo Lonardi (1955), Pedro E. Aramburu (1955-58), José María Guido (1962-63), Juan Carlos Onganía (1966-70), Roberto M. Livingston (1970-71), Alejandro A. Lanusse (1971-73), Jorge R. Videla (1976-81), Roberto Viola (1981), Leopoldo Fortunato Galtieri (1981-82) y Reinaldo Bigone (1982-83).

Los presidentes constitucionales fueron Agustín P. Justo (1932-38), Roberto M. Ortiz (1938-42), Ramón S. Castillo (1942-43), Juan Domingo Perón (1946-52 y 52-55), Arturo Frondizi (1958-62), José M. Guido (1962), Arturo U. Illia (1963-66), Héctor J. Cámpora (1973-74), María Estela Martínez de Perón (1974-76) y Raúl Alfonsín desde 1983.

La rotativa de los gobernantes en Argentina durante el periodo 1930-1986 llega a tal extremo que iguala a la de los países más inestables de Hispanoamérica. Baste decir que el promedio de su duración en el mando apenas supera el año dos meses. En Bolivia que, como se ha dicho ha tenido más gobernantes que años de independencia, el promedio desde 1930 es de un año y medio y en Ecuador, también desde 1930, de un año y tres meses.<sup>38</sup>

No menos dramática es la suerte del parlamento. Fue disuelto con extraordinaria frecuencia. Nada menos que seis veces en menos de medio siglo. La primera se produjo en 1930-31 y fue de breve duración. Luego vienen las más prolongadas desde 1943 hasta 1946, desde 1955 hasta 1958, desde 1962 a 1963 y de 1976 a 1983.

Por último, en los 50 años que siguen a la declaración de estado de sitio de 6 de noviembre de 1931, Argentina estuvo bajo ese régimen de excepción 26 años y 9 meses.

En suma, Argentina en los 56 años posteriores al movimiento militar de 1930, es un claro ejemplo de crisis del Estado constitucional. La constitución de 1853 se mantiene, pero en materia de régimen de gobierno su vigencia es irregular y esporádica.

cia de Illia (1962-1966", *ibid.*, p. 369. TRIGO, Ciro Félix, *Constitución de la Nación Argentina* 8, Buenos Aires 1975. ZAMORA, Fernando Marcelo (editor), *Constitución de la Nación argentina*, Buenos Aires, 1976. POTASH, Robert A., *El ejército y la política en Argentina*, 2 vol.: vol. I 1928-1945, *De Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires 1971, vol. II, *De Perón a Frondizi 1945-1962*, Buenos Aires, 1981. PELLET LASTRA, Arturo, *El Estado y la realidad histórica*, Buenos Aires 1979. ROUQUIÉ, Alain, *Poder militar y sociedad política en Argentina*, 2 vols., Buenos Aires, 1982. MARTÍNEZ, Pedro Santos, nota 26.

<sup>38</sup> PELLET LASTRA, nota 37.

### *Constitución y gobierno en el Perú desde 1933*

Los cuarenta y siete años de vigencia de la constitución de 1933 en Perú fueron también accidentados.

Durante ese tiempo hubo varios golpes de Estado, como los de 1948, 1962 y 1968 y varios gobernantes que prescindieron del parlamento, como los generales Oscar Benavides (1933-39), la Junta Militar de 1948-50, los generales Ricardo Pérez-Godoy y Nicolás Lindley (1962-63), el general Juan Velasco Alvarado (1968-75) y el general Francisco Morales Bermúdez (1975-80).<sup>39</sup>

En consecuencia, bajo la constitución de 1933 el parlamento volvió a funcionar en Perú por breves y raros periodos.

En 1980 se promulgó una nueva constitución y se restauró una vez más el parlamento. Desde entonces han desempeñado la presidencia Fernando Belaúnde Terry (1980-1985) y Alan García que asumió en 1985 para un periodo quinquenal.

### *El gobierno de partido en Venezuela*

Hay todavía otros numerosos países donde entre 1917 y 1986 se ha tratado de establecer un gobierno de partido. Pero, por diversas razones, ninguno ha tenido fortuna en este intento.

Con todo cabe señalar al menos las constituciones que subsistieron más tiempo, aunque, a menudo, sólo nominalmente. Treinta y tres años rigió la de 1950 en El Salvador,<sup>40</sup> veintisiete la de 1940 en Paraguay,<sup>41</sup> veinticuatro la de 1950 en Nicaragua,<sup>42</sup> veintidós la de 1946 en Panamá<sup>43</sup> y veintiuno la de 1936 en Honduras<sup>44</sup> y la de 1946 en Ecua-

<sup>39</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "Perú: veintiocho años de evolución político-constitucional 1950-1975", en *EOP* 2, pp. 225 y ss. UGARTE DEL PINO, Juan Vicente, *Historia de las constituciones del Perú*, Lima 1978.

<sup>40</sup> GALLARDO, nota 13. DOMÍNGUEZ PARADA, Luis, "Notas sobre el régimen salvadoreño", en: *EOP* 1, pp. 241 y ss. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, pp. 189 y ss. y 250 y ss.

<sup>41</sup> SOLAR, nota 9. MARIÑOS, nota 9.

<sup>42</sup> ÁLVAREZ LAGARZA, Emilio, *Las constituciones de Nicaragua*, Madrid, 1958. COLE CHAMORRO, Alejandro, *145 años de historia política de Nicaragua*, Managua, 1967. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, pp. 197 y ss. y 256 y ss. GODOY REYES, Virgilio, "Nicaragua: informe sobre el proceso constitucional 1950-1975", en: *EOP* 1, p. 303.

<sup>43</sup> GOYTIA, Victor, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954. FÁBREGA, Jorge, *Evolución constitucional panameña*, Panamá 1965. El mismo, *Ensayo sobre historia constitucional panameña*, Panamá, 1965. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, pp. 209 y ss. y 262 y ss. RICORD, Humberto E., "Rasgos de la evolución constitucional panameña de 1950 a 1975", en: *EOP* 1, p. 303.

<sup>44</sup> MARIÑAS OTERO, Luis, *Las constituciones de Honduras*, Madrid, 1962. TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, p. 193 ss. y 254 ss.

dor.<sup>45</sup> Ninguna de estas constituciones subsiste actualmente: Mención aparte merecen Venezuela y Santo Domingo, los dos países que han tenido mayor número de constituciones. En ambos, esta seguidilla parece haberse interrumpido.

La constitución venezolana de 1961 permanece aún vigente después de veinticinco años de su dictación. Esto es de por sí notable, porque Venezuela ha tenido en lo corrido del siglo XX, once constituciones y aparte de la actual, ninguna duró más de nueve años. Algo parecido ocurrió con los presidentes, que no llegaron a completar sus periodos, y con el parlamento que apenas funcionó durante ciertos intervalos.<sup>46</sup>

Ahora bien, bajo la constitución de 1961 se han sucedido regularmente seis presidentes: Rómulo Betancourt (1959-64), Raúl Leoni (1964-69), Rafael Caldera (1969-74), Carlos Andrés Pérez (1974-79), Luis Herrera Campins (1979-84) y Jaime Lusinchi, que asumió el mando en 1984.

#### *República Dominicana*

República Dominicana tuvo durante el siglo XX ocho constituciones. La que más duró es la de 1934, dictada bajo el gobierno de Rafael Leónidas Trujillo, que por sí o a través de otros, se prolongó desde 1930 hasta 1961. La carta de 1934 rigió hasta el asesinato de Trujillo en 1961.<sup>47</sup> A continuación se sucedieron los golpes de Estado y las constituciones hasta culminar en una intervención armada de los Estados Unidos en 1965. Bajo la constitución de 1966 la situación parece haberse estabilizado. El parlamento ha subsistido y se han sucedido regularmente los presidentes: Joaquín Balaguer durante tres periodos consecutivos (1966-1978), Antonio Guzmán (1978-1982) y Salvador Jorge Blanco, que asumió el mando en 1982.

<sup>45</sup> BORJA Y BORJA, Ramiro, *Las constituciones de Ecuador*, Madrid, 1951. MENA-Camilo, "Evolución de la organización política constitucional en América Latina (1950-1975). Situación de Ecuador", en: *EOP* 1, p. 209 ss.

<sup>46</sup> BELMONTE GUZMÁN, Amalio y otros, *Ensayo sobre historia política de Venezuela (1917-1968)*, Caracas, 1981. MARIÑAS OTERO, Luis, *Las constituciones de Venezuela*, Madrid, 1965, reproduce los textos hasta la de 1961. LA ROCHE, Humberto J., "Veinticinco años de evolución en la organización política y constitucional de Venezuela", *EOP*, pp. 237 ss.

<sup>47</sup> GALLEGOS C., Trujillo, *Cara y cruz de una dictadura*, Madrid, 1968. BOSCH, Juan, *Crisis de la democracia de América en República Dominicana*, 4a. ed., México, 1965.

#### *Cuba*

Un caso del todo singular es el de Cuba. La constitución de 1901 subsistió hasta el fin de la dictadura de Machado (1924-1932). Desde entonces hasta 1959 se sucedieron cuatro constituciones (1934, 1935, 1940 y 1952) y una serie de gobernantes entre los que destacan Fulgencio Batista (1940-44), Ramón Grau San Martín (1944-48), Carlos Pío Socarrás (1948-52) derrocado por Batista (1952-58). Éste, a su vez, fue forzado a abandonar el poder por Fidel Castro que lo ejerce desde 1959. Bajo su mando se instauró un Estado marxista análogo a las democracias populares de Europa oriental. No obstante, se dictó en 1959 una ley fundamental que reproduce básicamente la constitución de 1940. Empero, de hecho no se restableció el parlamento ni hubo elecciones y Castro se mantuvo al frente del gobierno.<sup>48</sup> La Constitución de 1975 legaliza esta situación al establecer una república socialista, basada en un partido único, el Partido Comunista de Cuba. Se instituye un parlamento unicameral que oficialmente es el órgano supremo del Estado, pero que sólo se reúne anualmente en dos oportunidades. El resto del tiempo actúa en su representación un Consejo de Estado cuyo presidente, al que se califica de cabeza del gobierno, es quien ejerce verdaderamente el poder. Desde 1976, con este título, Castro continúa en el poder.

#### V. REPERCUSIONES INSTITUCIONALES DE LA CRISIS

No es posible cerrar este examen de la crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica sin una referencia a sus repercusiones institucionales. Ellas están aún por estudiar. El tema es difícil de abordar, porque se trata de una crisis que ha durado mucho y que está todavía en curso, de suerte que su desenlace es imposible de prever. Por otra parte, la misma prolongación de la crisis ha dado lugar a que surjan y se institucionalicen soluciones que originariamente parecían ser sólo de compromiso, para salir del paso.

A pesar de todo, cabe discernir dentro de este proceso algunos elementos significativos. Aquí sólo podemos apuntar unos más fundamentales que afectan al gobierno y al parlamento, los dos pilares del régimen de gobierno.

<sup>48</sup> GUERRA Y SÁNCHEZ, R., PÉREZ CABRERA, J., RAMOS J., SANTOVENIA E., *Historia de la nación cubana*, La Habana, 1952. MÁRQUEZ STERLING, *Historia de Cuba desde Colón hasta Castro*, Nueva York, 1963. ARNAULT, J., *Cuba et le marxisme*, París, 1963. DE LA TORRE VILLAR y GARCÍA LAGUARDIA, nota 7, p. 268 ss.

*Poderes legislativos del gobierno*

Ya se ha hecho notar que la principal y más notoria manifestación de la crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica es la declinación del parlamento. Ella afecta a las dos funciones que son su razón de ser: concurrir a la legislación y fiscalizar la gestión gubernativa.

Ahora hay que observar que en ambos casos esta decadencia ha beneficiado al gobierno, que cada vez con más frecuencia legisla por sí solo y dirige sin mayores cortapisas un aparato estatal y paraestatal cuyas dimensiones aumentan sin cesar. Esto último no requiere mayor explicación.

En cambio, las formas extraconstitucionales de legislación merecen un examen más detenido. Una de las constantes de la crisis es que el gobierno tiende de una u otra forma, a recuperar funciones legislativas como las que tuvo hasta la implantación del Estado constitucional y, por ende, de las instituciones parlamentarias. Es cierto, que el funcionamiento del parlamento, salvo determinados periodos en Brasil, Chile y Argentina, nunca fue demasiado regular en los países hispanoamericanos. Antes bien, en la mayoría de ellos tuvo una vida sumamente accidentada, en la que se alternan incesantemente su cierre con su reapertura. Pero, en el periodo que examinamos esta presidencia del parlamento parece en cierto modo institucionalizarse. No otra cosa muestra la consolidación de formas extraparlamentarias de legislación que llegan a ser algo ordinario, más frecuente en muchos casos que la ley parlamentaria.

*Formas extraparlamentarias de legislación*

Esto es lo que sucede, desde luego en Colombia, donde los llamados decretos legislativos pueden dictarse incluso durante el periodo de funcionamiento del parlamento. Por lo mismo, estos decretos han permitido desde 1944 en adelante, no sólo suplir la ausencia del parlamento, cuanto éste dejó de funcionar entre 1949 y 1951 y entre 1953 y 1958, sino también suplir la ineficacia del mismo parlamento, desde que fue restaurado en 1958.<sup>49</sup> Un dato que permite calibrar la significación real de los decretos legislativos es el siguiente: entre 1949 y 1959 se dictó un total de 3.020 de estos decretos y solamente 165 leyes.

No menos llamativo es lo que ocurre en Argentina.<sup>50</sup> Allí, entre 1943

<sup>49</sup> SACHICA, nota 14. GARCÍA MARTELO, nota 14. NAVARRO DE LA OSSA, nota 14. URIBE VARGAS, nota 14, BRAVO LIRA, nota 1, esp. p. 54.

<sup>50</sup> RAMELLA, nota 16.

y 1973, se dictaron 4.081 leyes y nada menos que 7.997 decretos leyes. Incluso es decidor el hecho de que se haya terminado por igualar unos y otros bajo el nombre común de leyes. De ellas, las extraparlamentarias no sólo sobrepasan en número a las parlamentarias sino, lo que es más decisivo, también en la significación de las materias que regulan.

Algo diferente es la situación de Chile y de Brasil. En Chile, como sabemos, el parlamento funcionó regularmente durante cuarenta años seguidos desde 1933 hasta 1973. No obstante, en el periodo 1924-84 se dictaron 13.893 leyes<sup>51</sup> frente a 5.544 decretos leyes, a los que, al igual que en Argentina, se terminó por denominar simplemente leyes. A ellos deben añadirse más de 3.500 decretos con fuerza de ley.<sup>52</sup> Nuevamente hay que señalar que lo que cuenta no es sólo el número de leyes extraparlamentarias, sino las materias que regulan, que no pocas veces son fundamentales.

En Brasil, se dictaron entre 1930 y 1934 cerca de 5.500 decretos leyes.<sup>53</sup> Esta situación se legalizó en la constitución de 1937 que facultó al presidente para expedir decretos-leyes en todas las materias de competencia de la unión mientras no se reuniera de nuevo el parlamento que fue cerrado en 1937. Su restablecimiento se produjo sólo en 1946 y en el intertanto se dictaron más de 8.500 decretos-leyes.<sup>54</sup> Después de 1946 el parlamento ha sido cerrado en varias ocasiones y el presidente ha legislado por decreto. Ambas cosas fueron legalizadas por el acta institucional número 5 de 1968 que rigió hasta 1979. En todo caso, los decretos leyes han sido excepcionales y en cierto modo, innecesarios, ya que el parlamento se ha limitado, en general, a aprobar los proyectos de ley remitidos por el gobierno.

*Subordinación del parlamento al gobierno*

Esta situación nos pone delante de otra característica del parlamento en algunos países hispanoamericanos durante el periodo 1917-86. El de Brasil no es el único parlamento obsecuente con el gobierno. Antes

<sup>51</sup> TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, "En torno a los cambios de estructuras y a las reformas de la Constitución política", en: Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Católica de Chile, *Anales* 17-18, Santiago, 1963-1964, p. 123 ss. El mismo, "Origen y generalidad de la ley chilena bajo el imperio de la constitución de 1925", en: *Terceras Jornadas chilenas de Derecho Natural, Derecho y Justicia*, Santiago, 1977, p. 375 ss. BRAVO LIRA, *Metamorfosis...*, nota 16.

<sup>52</sup> BRAVO LIRA, *Metamorfosis...*, nota 16.

<sup>53</sup> BRAVO LIRA, *Etapas...*, nota 1, p. 80, nota 123.

<sup>54</sup> CAVALCANTI, nota 16.

bien, el mejor ejemplo de ello parece ser el de México, precisamente el Estado constitucional más estable desde los años 30. De este parlamento ha podido decirse que "está dominado por el Ejecutivo".<sup>55</sup> Por eso, se limita a aprobar los proyectos del gobierno, en la casi totalidad de los casos por unanimidad. En consecuencia, observa Carpizo, "no hay ningún incidente digno de anotarse en las relaciones Ejecutivo-Legislativo durante estos años" (1935-75).<sup>56</sup>

Caso aparte es el de Cuba, donde se extrema el contraste entre los poderes nominales del parlamento y su papel real, puramente simbólico. Según sabemos, conforme a la constitución de 1975 se restauró en 1976, un parlamento como supremo órgano de poder del Estado. Pero se reúne tan sólo un par de veces en el año, de suerte que el poder corresponde al presidente del Consejo de Estado quien es el efectivo gobernante. Al parlamento sólo le cabe aprobar su gestión, lo que suele hacer por aclamación o unanimidad. Aquí apenas queda un residuo del antiguo parlamento colegislador y fiscalizador.

#### *Acortamiento de la duración de la legislatura*

A tono con la declinación del parlamento, no es extraño que se reduzca su periodo de sesiones. Pero esto es algo que tiene antiguos precedentes en Hispanoamérica.

En México la duración de la legislatura ordinaria es tan sólo cuatro meses. Pero el extremo en esta materia es el caso de Cuba. Allí, como se dijo, el parlamento conforme a la Constitución de 1975 se reúne sólo dos veces al año.

Pero hay que observar que el exiguo periodo de sesiones del parlamento en México, es similar al del parlamento en Brasil y en Chile, en la época en que allí se consolidó el Estado constitucional a partir de 1826 y de 1830, respectivamente. En Brasil era entonces de cuatro meses<sup>57</sup> y en Chile era de poco más de dos meses.<sup>58</sup>

Otro precedente interesante sobre este punto es el de Colombia. Conforme a la Constitución de 1886, el Parlamento debía reunirse tan sólo

<sup>55</sup> CARPIZO, nota 19, p. 89.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Constituição política do imperio do Brazil*, art. 17 y 18. PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro 1957, p. 126 ss.

<sup>58</sup> *Constitución de la República de Chile 1828*, art. 58 y *Constitución de la República de Chile 1933*, art. 52. HUNNEUS ZEGERS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso o sea comentario positivo de la Constitución chilena*, Santiago, 2 vol., 1879-1880, 1, p. 299. Ahora 3a. ed., 3 vol., Santiago, 1890-92.

cada dos años y por un periodo de 120 días. Sin embargo ni siquiera esto se cumplió. La legislatura pasó a ser anual desde 1911 en adelante, pero con una duración de 90 días, que sólo se aumentó en 1936.<sup>59</sup>

#### *Substitución del parlamento*

Entre 1953 y 1958 el Congreso fue reemplazado en Colombia por una Asamblea Nacional Constituyente a cuya legislación se dio el nombre de actos legislativos.

En Uruguay se ha ido más lejos. Se ha hallado una forma de suplir al parlamento cada vez que es cerrado. Primero se le substituyó en 1933 por un cuerpo deliberativo especial. Luego, en 1942, por un Consejo de Estado,<sup>60</sup> fórmula que se volvió a emplear desde 1973 hasta 1985.

En Argentina y Chile no se ha recurrido a un cuerpo especial, sino a la Junta de Comandantes de las Fuerzas Armadas. En Argentina, por primera vez en el periodo 1966-1970, y por segunda entre 1976 y 1983, se confiaron las facultades legislativas al presidente. Pero, entre 1970 y 1973 se las restringió en términos que para las leyes y decretos de significativa trascendencia para los fines de la revolución se exigió el acuerdo de la Junta de Comandantes.<sup>61</sup> En Chile, en cambio, se impuso desde el principio una solución análoga. A partir de 1973 y hasta hoy, las facultades legislativas están confiadas a la Junta de Gobierno compuesta por los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de orden.<sup>62</sup>

#### *Sucesión presidencial*

No menos dignas de examen son algunas formas de sucesión presidencial surgidas en el curso de la crisis del Estado constitucional. En México y en Brasil, salvo en 1985, es el presidente saliente quien designa al sucesor.<sup>63</sup> Algo parecido ocurre en Colombia, bajo el Frente Nacional, si bien fueron los dirigentes de los dos partidos que com-

<sup>59</sup> GUEVARA DE LÓPEZ, nota 14, p. 146.

<sup>60</sup> GROS, ESPIELL, nota 4.

<sup>61</sup> "Estatuto de la Revolución argentina", 28 de junio de 1966, art. 5, en: *Anales de legislación argentina* vol. 25-B, Buenos Aires, 1966, p. 756. "Estatuto para el proceso de reorganización nacional", 24 de marzo de 1976, art. 4, en: *Anales* cit. 36-B, Buenos Aires 1976, p. 1021.

<sup>62</sup> *Decreto-Ley* 128 de 12 de noviembre de 1973, *Diario Oficial* 16 noviembre 1973, art. 3.

<sup>63</sup> CARPIZO, nota 19, esp. 81 ss. El mismo, nota 29, p. 190 ss.

ponen el Frente, quienes decidían.<sup>64</sup> Pero, lo notable es que en todos estos casos se guardan las apariencias constitucionales y se mantiene el trámite de la elección presidencial, sea popular, como en México o en Colombia, sea indirecta como en Brasil.

Por esta vía se ha conseguido, de hecho, un alto grado de continuidad en la gestión gubernativa, semejante a la que existió en Chile en el siglo XIX, una vez que se asentó el Estado constitucional y se estableció la práctica, mantenida hasta 1886, de que cada presidente designara a su sucesor, si bien con la formalidad de una elección indirecta.<sup>65</sup>

### *Abstención electoral*

Otro punto interesante dentro de la crisis del Estado constitucional es la abstención electoral. Aunque se ha ampliado el derecho a voto, la participación electoral es muy reducida. Hay países donde la abstención es impresionante. Tal es señaladamente el caso de México y de Colombia. Podría pensarse que ello se debe a que precisamente en estos países no hay lucha electoral entre diversos partidos, sino uno gobernante o dos cogobernantes. Pero, al menos en Colombia, la abstención creció después del término del bipartidismo. Así, pues, conviene guardarse de suposiciones aventuradas.

Por la enorme significación que tienen, los porcentajes de abstención electoral son difíciles de obtener. Con todo, puede afirmarse que en la elección presidencial de 1976 en México la abstención superó el 50% y algo parecido ocurrió en la elección de diputados de 1979.

Con estos antecedentes, es difícil creer que la campaña en pro de la participación en las elecciones presidenciales de 1982 —por cierto muy amplia e insistente— haya logrado reducir la abstención a un 25%, como se afirmó entonces.

En Colombia, la abstención electoral ha ido en aumento. Se estima que entre 1957 y 1976 osciló entre 43 y 67%.<sup>66</sup> Tras el fin del bipartidismo, en las elecciones de diputados de 1980 se calcula que superó el 70% y en las municipalidades de 1984, que como tales despiertan

<sup>64</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, "Evolución político-constitucional en América Latina (1950-1975). El caso de Colombia", en: EOP, p. 41 ss. URIBE VARGAS, nota 14.

<sup>65</sup> EDWARDS, nota 5, BRAVO LIRA, *La constitución...*, nota 5.

<sup>66</sup> Dirección Nacional de Estadística (DANE) Boletín mensual de estadística Nos. 250-251, Bogotá 1972, p. 67. Trae el porcentaje de votantes en las elecciones presidenciales y parlamentarias desde 1958 hasta 1972.

menos interés, se estima que alcanzó un 75%. Es decir, sólo votó uno de cada cuatro ciudadanos con derecho a sufragio.

La abstención ha sido también considerable en algunos plebiscitos convocados para sancionar nuevas constituciones. En Uruguay, en 1951, superó el 60%, pero en 1966 descendió al 49%. En Ecuador la constitución de 1978 se aprobó con el voto en favor de tan sólo el 39% del electorado. Un 33% se abstuvo y el resto votó en contra o en blanco.

### *La fachada constitucional*

Las repercusiones institucionales de la crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica son muy complejas. Por eso, antes de cerrar estos apuntes sobre ellas, conviene destacar una actitud que hasta ahora no ha sido suficientemente comprendida ni apreciada.

Nos referimos a la preocupación por mantener la fachada constitucional, por guardar las apariencias institucionales. Ella es la que da sentido, por ejemplo, a la formalidad de elegir a un presidente que se sabe designado de antemano, como sucede en México, sucedió en Colombia durante más de 20 años de Frente Nacional y en Brasil durante los 21 años de gobierno militar. Ella es la que da sentido a cada nueva restauración del parlamento, a pesar de que se torna cada vez más ineficaz para ejercer, en las condiciones actuales, las funciones legislativas y fiscalizadoras que fueron su razón de ser. Ella es, en fin, la que da sentido a la celebración de elecciones y plebiscitos, pese a la abstención, a veces mayoritaria, de los ciudadanos con derecho a sufragio.

Todo esto no se explica sin una indiscutida adhesión al ideal del Estado constitucional. Pero ese cuidado por guardar las formas constitucionales es tan importante. Mientras subsista será una señal de que ese ideal no ha muerto en Hispanoamérica.

### *Síntesis y conclusión*

El número de constituciones que rigieron en los diecinueve Estados de Hispanoamérica en lo corrido del siglo XX supera a las noventa. Este hecho es, por sí solo desconcertante. A primera vista parece indicar que estamos ante una crisis del Estado constitucional. Pero ello no es exacto, ya que no se trata de una novedad. Antes bien, durante el siglo XIX se promulgó en estos países un número no menos elevado de constituciones. Así, pues, se trata de una constante que, a los más,

autoriza para hablar de una especie de crisis permanente del Estado constitucional en Hispanoamérica.

Pero la palabra crisis significa revisión. Supone una etapa previa que ella clausura o interrumpe y abre un lapso más o menos de indefinición. En este sentido se habla aquí de crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica a partir de 1917-30.

Como es sabido, la suerte del Estado constitucional no se identifica con la de las constituciones. La razón es muy simple. El Estado constitucional es una realización histórica, en tanto que la constitución no pasa de ser un papel, un documento, una construcción teórica. Por eso, para estudiar el Estado constitucional es menester examinar la vigencia o aplicación real de los textos constitucionales.

Desde este punto de vista se distinguen claramente dos situaciones. Por una parte hay constituciones con una vigencia puramente oficial y por otra, constituciones con una vigencia efectiva. Pero, la contraposición no es tan esquemática. En la práctica, la mayoría de las constituciones son en parte aplicadas y en parte violadas. Más aún, durante la vigencia de una misma constitución se producen situaciones diferentes. Así, hay periodos en los que rige efectivamente y periodos en los que rige tan sólo en forma nominal.

No es fácil determinar el grado de vigencia de una constitución. Pero hay un índice muy revelador, porque atiende a un elemento fundamental del Estado constitucional. Es el régimen de gobierno basado en la dualidad gobierno-parlamento. Ahí está el punto clave, por lo menos en Hispanoamérica. El funcionamiento normal de un parlamento encargado de regular la gestión gubernativa es la más elemental prueba de que una constitución oficialmente vigente tiene efectiva aplicación.

A la luz de este criterio podemos analizar la crisis del Estado constitucional que se produce en Hispanoamérica desde 1917-30 en adelante.

Se trata de una crisis del gobierno de partido que se planteó de diversa manera en los distintos países, pero que golpeó más rudamente a los tres Estados constitucionales bien asentados que había entonces en Hispanoamérica: a partir de 1924 a Chile, cuyo régimen de gobierno funcionaba regularmente desde 1930 y a partir de 1930 a Argentina y a Brasil, cuyos regímenes de gobierno se habían consolidado respectivamente desde 1862 y 1891.

La crisis afecta principalmente al parlamento y a los partidos de cuño parlamentario. Se deterioran las dos funciones que fueron la razón de ser del parlamento desde su implantación: la legislación y la fiscalización del gobierno. Por un lado la legislación parlamentaria

es desplazada en gran medida por otras formas concurrentes de legislación, como los decretos leyes, los decretos con fuerza de ley o los decretos legislativos. Por otro lado se configura un aparato estatal y paraestatal que por su complejidad y dimensiones escapa a la fiscalización parlamentaria diseñada en el siglo XVIII para una administración mucho más modesta.

Paralelamente se desvanece el espíritu parlamentario y declinan los partidos fundados en ese espíritu: en la creencia en la virtud de la discusión, el poder de los argumentos y la ventaja de los compromisos. En cambio, surgen partidos que tienen una visión total de la política y que, por tanto, ni se consideran iguales a los demás ni buscan negociar y entenderse con sus rivales. Antes bien, se presentan como un partido distinto de los otros, que busca desplazar e imponerse a los demás.

Muchos son los esfuerzos que se han realizado en Hispanoamérica desde 1917 hasta ahora para resolver esta crisis. En general ellos se han orientado en dos sentidos. Por un lado se acude a elementos extraparlamentarios similares a los europeos y, por otro, se busca simplemente una restauración del gobierno de partido.

Entre los que acogen elementos extraparlamentarios está en primer lugar México, donde sólo se consiguió regularizar la aplicación de la constitución de 1917 bajo el predominio del Partido Revolucionario Institucional (PRI), fundado en 1929. Este es un hecho decisivo, porque se trata del único caso de consolidación del Estado constitucional en Hispanoamérica durante el siglo XX.

También tiene carácter extraparlamentario el bipartidismo implantado en Colombia, a partir de 1958, por el Frente Nacional formado por los partidos conservador y liberal, mediante una modificación de la constitución de 1886, carta que continúa vigente hasta hoy.

La misma orientación extraparlamentaria se impone en Brasil desde 1964 hasta 1985. Bajo el influjo de las Fuerzas Armadas en lugar de restaurarse el gobierno de partido, se convierte al presidente en un gobernante situado por encima del parlamento y de los partidos, sobre los que ejerce una acción moderadora. Con este objetivo se dicta la constitución de 1967 y se la modifica constantemente. Pero al cabo de 21 años también esta solución llegó a su fin y a partir de 1985 se intenta una nueva restauración del gobierno de partido.

Otros países donde se acogieron elementos extraparlamentarios son Ecuador, en 1929, 1945 y 1946, Perú en 1920 y 1933, Cuba en 1934, Nicaragua y El Salvador en 1939, y Argentina en 1949.

Pero, durante esta época de crisis del Estado constitucional la mayor

parte de los Estados se han propuesto restaurar alguna forma de gobierno de partido.

Sólo dos tuvieron cierta fortuna: Chile desde 1933 hasta 1973 y Costa Rica, desde 1949 hasta ahora. A ellos cabe aproximar un intento más reciente, pero que aún sobrevive, de establecer un gobierno de partido en Venezuela bajo la constitución de 1961.

Otros muchos intentos análogos se hicieron en Hispanoamérica durante esta época de crisis del Estado constitucional. Por diversas razones ninguno logró su objetivo.

Con estos antecedentes puede responderse a la cuestión planteada al comienzo de este estudio. Parece prematuro atribuir al retorno de gobernantes civiles en varios países de Hispanoamérica en los últimos años otra significación que la de un episodio más dentro de esta crisis.

Así lo muestra el hecho de que al cabo de más de medio siglo la crisis del Estado constitucional que se produce en Hispanoamérica entre 1917 y 1930 siga abierta salvo en México.

Pero estas décadas no han transcurrido en vano. En el curso de ellas ha surgido una serie de formas institucionales que han permitido paliar o suplir, con mayor o menor fortuna, las principales deficiencias del Estado constitucional. Entre ellas están las que en todos los países han permitido al gobierno desempeñar funciones legislativas, las que han configurado un aparato estatal y paraestatal cuya dirección ejerce el presidente al margen de la fiscalización del parlamento, las que en México, Brasil y Colombia, sin suprimir el trámite electoral, han permitido al presidente saliente designar en cierta forma a su sucesor, en fin, las que en Uruguay, Argentina y Chile han permitido suplir al parlamento y tantas otras.

Por eso la duración de la crisis no es demasiado alarmante, ni aún el caso, muy probable, de que se deba a una decadencia del Estado constitucional. Después de todo, no hay ninguna razón para pensar que el Estado constitucional sea la última forma histórica del Estado. Antes bien, una vez extinguida tendrá que ser reemplazada por otra. Además, el Estado constitucional nunca llegó a realizarse en la mayoría de los países hispanoamericanos. Sólo se asentó en algunos de ellos y por algún tiempo, más o menos prolongado. Así, pues, su decadencia no afecta mucho a estos países.

Lo que en cambio merece la mayor atención son las formas institucionales nacidas durante la crisis. Un estudio más detallado de ellas revelaría, sin duda, que junto con decaer la dualidad gobierno-parlamento, que sirve de base al régimen de gobierno en el Estado constitucional, aparece una serie de nuevas formas institucionales llamadas,

tal vez, a conformar un régimen de gobierno distinto, capaz de reemplazarlo.

#### ABREVIATURAS

EOP GIL VALDIVIA, Gerardo y CHÁVEZ TAPIA, Jorge (coordinadores) *Evolución de la Organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, 2 vol., México 1978-79. No trata de América Latina, sino sólo de Brasil y de algunos países de América española.

DISPOSICIONES EXPEDIDAS CON MOTIVO DE LOS  
SISMOS DE SEPTIEMBRE DE 1985,  
PUBLICADAS EN EL *DIARIO OFICIAL*

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gobernación*. III. *Cámara de Senadores*. IV. *Comercio y Fomento Industrial*. V. *Comisión Nacional de Reconstrucción*. VI. *Contraloría General de la Federación*. VII. *Control de Cambios*. VIII. *Departamento del Distrito Federal*; 1. *Construcciones*; 2. *Expropiaciones*. IX. *Educación Pública*. X. *Hacienda y Crédito Público*. XI. *Minas*. XII. *Reconocimiento Nacional 19 de Septiembre*. XIII. *Trabajo y Previsión Social*; 1. *Fondo Nacional de Solidaridad para Empleo y Desarrollo Social*; 2. *Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*; 3. *Junta Federal de Conciliación y Arbitraje*; 4. *Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal*. XIV. *Salud*. XV. *Tribunal Fiscal de la Federación*.

I. INTRODUCCIÓN

El 19 y 20 de septiembre de 1985, diferentes movimientos sísmicos afectaron al país, dañando gravemente a la ciudad de México; se presentó una situación de emergencia que hizo necesario, por parte de las diversas autoridades, tomar medidas que permitieran afrontarla. De esta manera, se publicaron en el *Diario Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos* (en adelante solo D.O.), disposiciones acordes con la situación de emergencia que se vivió en México y principalmente en el Distrito Federal, y que son las que aquí se mencionan. Se han dividido por materia y en orden cronológico, señalando en cada una el funcionario que la expide y su fecha, la de publicación en el D.O. y, en su caso, la fecha en que entró en vigor, para a continuación resumir la disposición en sus principales puntos. Cabe mencionar que lo recopilado incluye hasta el D.O. del 20 de mayo de 1986, y que en algunos casos se contiene una información adicional, que aun cuando no apareció en el D.O., complementa lo dicho en éste.

## II. GOBERNACIÓN

*Decreto por el que se declaran tres días de duelo nacional* (Decreto Presidencial de fecha 19 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 20 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Se declaran tres días de duelo nacional, se iza la Bandera Nacional a media asta y son suspendidos los actos oficiales de carácter festivo.

## III. CÁMARA DE SENADORES

*Acuerdo por el que el Senado se constituye en sesión permanente como sede alternativa en el Auditorio Benito Juárez de la Unidad Belisario Domínguez en Coapa, y se designa una Comisión Especial transitoria de Emergencia en coordinación con la Comisión del Poder Ejecutivo, donde sólo se tratarán asuntos relacionados con la gravedad de la situación.* (Acuerdo de la Honorable Cámara de Senadores de fecha 20 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 23 del mismo mes y año). La Comisión se integró por los ciudadanos senadores Celso H. Delgado, Abraham Martínez Rivero, Guadalupe Gómez Maganda, Hugo B. Margáin, Víctor Manzanilla Schaffer y como secretario Francisco José Madero González.

## IV. COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL

*Acuerdo que prorroga por tres meses los permisos de importación que se indican y faculta a los delegados federales de esta Secretaría para expedir permisos similares.* (Acuerdo del secretario de Comercio y Fomento Industrial de fecha 26 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente y en vigor el día de su publicación). Se prorrogan por 3 meses, a partir de la fecha de su vencimiento, los permisos de importación expedidos por las Direcciones Generales de Controles al Comercio Exterior, de Productos Primarios y de Productos Industriales,\* con vencimiento entre el 1º de septiembre y el 31 de octubre de 1985, cuya vigencia sea por lo menos de 8 meses, incluyendo sus prórrogas, siempre que no se refieran a mercancías comprendidas en la Circular número 1 en materia de Permisos de Importación y Expor-

\* Cabe mencionar que en el Reglamento Interior de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, publicado en el *Diario Oficial* el 20 de agosto de 1985, sólo se menciona a la Dirección General de Controles al Comercio Exterior, y no hay referencia a las otras que se citan en el Acuerdo.

tación (publicada en el D.O., el 17 de septiembre de 1985). Además, se faculta a los Delegados Federales de la Secretaría para conceder permisos de importación a quienes con anterioridad se les hayan concedido los permisos antes mencionados, que estén domiciliados en la jurisdicción de la Delegación respectiva, y que no sea maquinaria o equipo industrial o de transporte considerados como unidades completas, ejerciéndose esta facultad de acuerdo con las condiciones señaladas.

*Aviso por el que se comunica que no correrán términos, ni se verificarán las audiencias señaladas en la Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico.* (Aviso del Director General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, de fecha 24 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 27 del mismo mes y año). Se comunica a los usuarios del Sistema Nacional de Propiedad Industrial que para efectos de la Ley de Invenciones y Marcas se suspenden los procedimientos contenciosos, y los plazos y términos para la interposición de demandas de declaración administrativa y de contestación de las mismas (del 19 de septiembre de 1985 hasta la fecha en que se publique el Acuerdo de reanudación respectivo), así como los procedimientos y trámites administrativos, y los plazos y términos para presentar solicitudes de cualquier naturaleza en los que se reclame el reconocimiento de derechos de prioridad conforme a los tratados internacionales (del 19 al 30 de septiembre, inclusive). Se establece un servicio de orientación al público, en las oficinas ubicadas en Monte Elbruz 132, 5º piso, Col. Lomas de Chapultepec, México, D.F., mismo lugar donde se reanudarán las labores de la Oficialía de Partes.

*Aviso al público en general, en relación con la Ley de Invenciones y Marcas, con otras disposiciones que aplica la Secretaría y con los procedimientos para la fijación de precios.* (Aviso del secretario de Comercio y Fomento Industrial de fecha 26 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 30 del mismo mes y año). Repite, respecto de la Ley de Invenciones y Marcas, las determinaciones tomadas en el Aviso del Director General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico de fecha 24 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 27 del mismo mes y año. Acerca de los recursos administrativos establecidos en la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, en la Ley General de Normas y de Pesas y Medidas, en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, en el Reglamento de la Distribución de Gas y en demás disposiciones que aplica la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, que se interpongan contra sanciones y demás resolu-

ciones, podrán presentarse en la oficialía de partes de la Secretaría ubicada en la planta baja del edificio del Instituto Mexicano de Comercio Exterior localizado en Alfonso Reyes 30 en México, D.F., o en la Delegación Federal que corresponda según el domicilio del promovedor del recurso. Por lo que hace a los plazos para requerir mayor información o para resolver las solicitudes de fijación de precios establecidos en el Acuerdo que determina los procedimientos para la fijación de precios (publicado en el D.O., el 25 de octubre de 1977) y modificado por otro diverso (publicado en el D.O., el 30 de enero de 1978) quedan suspendidos a partir del 19 de septiembre del año en curso hasta nuevo aviso, el que se dará a conocer cuando la Dirección General de Precios esté en condiciones de desarrollar sus funciones normalmente.

*Acuerdo que prorroga por un mes los permisos de exportación que se indican.* (Acuerdo del secretario de Comercio y Fomento Industrial de fecha 27 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 1º de octubre del mismo año, en vigor el día de su publicación). Se prorroga hasta el 31 de octubre del año en curso la vigencia de los permisos de exportación expedidos por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, cuyo vencimiento sea entre el 1º de agosto y 30 de septiembre de 1985, respecto de los productos clasificados en las fracciones arancelarias que se señalan, con el objeto de otorgar toda clase de facilidades a los exportadores de productos de acero, para solventar los problemas administrativos que se presentan.

*Aviso que adiciona el publicado en el Diario Oficial de la Federación de 30 de septiembre de 1985, por el que se dieron a conocer algunas determinaciones de esta Secretaría respecto de interrupción de procedimientos y términos y sobre orientación al público.* (Aviso del secretario de Comercio y Fomento Industrial de fecha 1º de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 8 del mismo mes y año). Por lo que hace a solicitudes para poner en práctica promociones comerciales sujetas al requisito de previa autorización, que se encontraban en trámite, los interesados deberán presentar nueva solicitud a la Dirección General de Desarrollo del Comercio Interior; de la misma forma, se recomienda a todos los interesados que hayan presentado solicitudes en cualquiera de las siguientes Direcciones Generales y que se encuentren pendientes de resolución, presentar de nueva cuenta la solicitud correspondiente en el domicilio indicado: Aranceles (Miguel Laurent 427), Controles al Comercio Exterior (Alfonso Reyes 30, P.B.), Inspección y Vigilancia (Alfonso Reyes 30, P.B.), Precios (Alfonso Reyes 30, P.B.), Desarrollo del Comercio Interior (Agricultura 21, Col. Escandón),

Normas (Puente de Tecamachalco 6, Col. Lomas de Tecamachalco); información sobre prestaciones al personal de la Secretaría será proporcionada por la Dirección General de Administración y Desarrollo de Personal, ubicada en Dr. Carmona y Valle 63, Col. Doctores.

*Acuerdo que dispone se reanuden los procedimientos contenciosos a que se refiere la Ley de Invenciones y Marcas.* (Acuerdo del secretario de Comercio y Fomento Industrial de fecha 3 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 8 del mismo mes y año). Se dejan sin efecto el Acuerdo y Aviso publicado en el D.O., los días 27 y 30 de septiembre de 1985, en cuanto a la suspensión de plazos y términos relacionados con los procedimientos contenciosos y para la interposición de demandas de declaración administrativa y de contestación a las mismas, reanúdanse los plazos y términos a partir del 16 de abril de 1986. La Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico ejercerá sus funciones y prestará los servicios correspondientes en el inmueble ubicado en Azafrán 18, Colonia Granjas México, México, D.F.

#### V. COMISIÓN NACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN

*Acuerdo por el que se crea la Comisión Nacional de Reconstrucción.* (Decreto Presidencial de fecha 3 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación). Se crea la Comisión Nacional de Reconstrucción, en el marco del Sistema Nacional de Planeación Democrática, como órgano de consulta y participación en las acciones que los sectores público, privado y social realicen en el ámbito nacional para enfrentar y resolver los problemas causados por los movimientos sísmicos del 19 y 20 de septiembre. Se fijan los criterios que guiarán a la Comisión en el desempeño de sus tareas, y se determina la forma como estará integrada: por el Presidente de la República, quien la presidirá; por aquellos servidores públicos del Gobierno Federal, cuya participación considere conveniente el propio Titular del Ejecutivo, según los asuntos de que se trate; por un representante del Congreso del Trabajo; uno de la Confederación Nacional Campesina; uno de las organizaciones empresariales; el Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México; uno de la Unión Mexicana de Asociaciones de Ingenieros; y un representante de El Colegio Nacional. Cada representante contará con un suplente, siendo el del rector de la Universidad Nacional, aquel que designe la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior. Podrán incorporarse a la Comisión otros representantes que

considere conveniente el Presidente de la República. El secretario de Programación y Presupuesto será el Secretario Técnico. Asimismo, se señalan los Comités que auxiliarán a la Comisión.

La Comisión Nacional de Reconstrucción se instaló el 9 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se crea el Comité de Reconstrucción del Área Metropolitana de la ciudad de México.\** (Acuerdo Presidencial de fecha 10 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 11 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). El Comité, en su carácter de auxiliar de la Comisión Nacional de Reconstrucción, será el órgano de consulta y participación de los sectores del Distrito Federal encargado de integrar un programa de reconstrucción de la ciudad que conjugue las acciones públicas y privadas, para beneficio de todos los núcleos de población afectados por los sismos del 19 y 20 de septiembre. El Comité estará integrado por el Presidente de la República, quien lo presidirá; por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien lo coordinará, y por aquellos servidores públicos cuyas atribuciones estén relacionadas con los asuntos que se traten; además, se invitará a participar a destacadas personalidades de la sociedad, así como un representante de cada una de las siguientes instituciones o agrupaciones: Congreso del Trabajo, Confederación Nacional Campesina, organizaciones empresariales, Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo Consultivo de la Ciudad de México, Unión Mexicana de Asociaciones de Ingenieros, y El Colegio Nacional, pudiendo incorporarse otros representantes que considere conveniente el Titular del Ejecutivo Federal. Se fijan los lineamientos que guiarán el desempeño de las tareas del Comité y se designan los órganos que para el ágil desempeño de sus funciones lo auxiliarán: un Consejo Directivo de Análisis e Integración de Propuestas y hasta 9 distintos Subcomités.

El Comité se instaló el 11 de octubre de 1985.

*Acuerdo que establece el Comité de Descentralización.* (Acuerdo Presidencial de fecha 9 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación). Como órgano de consulta y participación para auxiliar a la Comisión Nacional de Reconstrucción, se establece el Comité de Descentralización con la finalidad de propiciar que las acciones de los sectores público, social y privado se lleven a cabo en el marco de las tareas de reconstrucción.

\* El orden seguido en la relación de los Comités, no es cronológico, sino conforme al señalado en el Artículo 4º del Acuerdo que creó la Comisión de Reconstrucción.

estén orientadas efectivamente al fomento de la descentralización de los diversos aspectos de la vida nacional. Se señalan las funciones del Comité, las coordinaciones con que contará y la forma de integrarlo, la cual es la siguiente: el Presidente de la República, quien lo presidirá; el secretario de Programación y Presupuesto, quien será el encargado de coordinar los trabajos; los titulares de Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal que determine el Titular del Ejecutivo; representantes del movimiento obrero, de los trabajadores al servicio del Estado, de los campesinos, del sector privado, de las instituciones académicas y de educación superior, así como con profesionistas, técnicos y científicos destacados, y en general, miembros de la sociedad interesados en externar su opinión sobre la Descentralización y cuya participación contribuya a la oportuna consecución de los fines y a la mejor realización de las tareas del Comité.

El Comité se instaló el 10 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se integra el Comité de Asuntos Financieros.* (Decreto Presidencial de fecha 18 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 21 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Se integra el Comité de Asuntos Financieros como órgano de consulta y participación de la Comisión Nacional de Reconstrucción, con la finalidad de propiciar que las acciones de todos los sectores se orienten a la promoción, captación y movilización de los recursos financieros internos y externos que requiera el esfuerzo de reconstrucción, dentro de las posibilidades y exigencias de la política económica general. Se integrará por las siguientes personas: el Presidente de la República, quien lo presidirá; el secretario de Hacienda y Crédito Público quien coordinará los trabajos; los titulares de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal que en razón de sus atribuciones se relacionen con los asuntos competencia del Comité; representantes de los sectores social y privado; y en general por miembros de la sociedad interesados en externar su opinión y cuya participación contribuya a la oportuna consecución de los fines y a la mejor realización de las tareas del Comité. Se delimitan las funciones y las Coordinaciones con que contará el Comité.

El Comité se instaló el 21 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se establece el Comité de Auxilio Social.* (Decreto Presidencial de fecha 12 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 14 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Se establece el Comité de Auxilio Social como órgano de consulta y participación, para auxiliar a la Comisión Nacional de Reconstrucción, con la finalidad de propiciar que las acciones de los sectores público,

social y privado que se lleven a cabo en el marco de las tareas de reconstrucción en las materias de educación, salud, empleo y vivienda, se desarrollen con toda oportunidad y eficacia. El Comité se integrará por el Presidente de la República, quien lo presidirá; por los secretarios de Educación Pública, de Salud, de Trabajo y Previsión Social y de Desarrollo Urbano y Ecología; por titulares de Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal que determine el Titular del Ejecutivo y cuya participación se requiera por la naturaleza de los asuntos a tratar; con representantes de la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado, del Congreso del Trabajo, de la Confederación Nacional Campesina, de las agrupaciones empresariales, de las instituciones académicas y de educación superior, de las organizaciones representativas de los sectores social y privado, cuyas finalidades u objetivos se relacionen con las materias de educación, salud, empleo y vivienda; con profesionistas, técnicos y científicos destacados en las materias mencionadas; y en general, con miembros de la sociedad interesados en externar su opinión sobre estos temas y cuya participación contribuya a la oportuna consecución de los fines del Comité y a la mejor realización de sus tareas. Se crean las Coordinaciones de Educación, de Salud, de Empleo, y de Vivienda, delimitándose sus funciones y la forma de integrarlas.

La Coordinación de Educación se instaló el 18 de octubre de 1985.

La Coordinación de Salud se instaló el 15 de octubre de 1985.

La Coordinación de Empleo se instaló el 15 de octubre de 1985.

La Coordinación de Vivienda se instaló el 14 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se integra el Comité de Coordinación del Auxilio Internacional.* (Acuerdo Presidencial de fecha 15 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación). Se integra el Comité de Coordinación del Auxilio Internacional como órgano de apoyo a la Comisión Nacional de Reconstrucción para el ágil desempeño de sus funciones, siendo el instrumento de coordinación de la Comisión, en el ámbito externo, para la promoción del auxilio internacional que la propia Comisión determine necesario para atender las prioridades y contribuir a la ejecución de los programas de reconstrucción nacional, provenientes de los gobiernos y distintos sectores de Estados extranjeros, organizaciones internacionales gubernamentales y personas y organismos de carácter privado, así como de entidades foráneas, estableciendo un mecanismo de coordinación con el Comité Supervisor de los Donativos Destinados a la Atención de Damnificados y Reconstrucción de las Zonas Afectadas por el sismo

del 19 de septiembre de 1985, a fin de asegurar el uso adecuado y oportuno de ese auxilio internacional, incluyendo su debida distribución. Se señalan las funciones que desempeñará el Comité y la forma como se integrará: presidido por el Titular del Poder Ejecutivo Federal, coordinado por el secretario de Relaciones Exteriores, y formado por personalidades representativas de la sociedad, contando con un Secretario Técnico, cuyas funciones también se delimitan.

El Comité se instaló el 16 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se crea el Comité de Prevención de Seguridad Civil.* (Acuerdo Presidencial de fecha 9 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación). Se establece que el Comité de Prevención de Seguridad Civil es el órgano auxiliar de la Comisión Nacional de Reconstrucción, encargado de estudiar y proponer todas las acciones relativas a la seguridad, participación y coordinación de los ciudadanos, en caso de desastre. Se determinan sus funciones, y se ordena el diseño de un Sistema Nacional de Protección Civil como un conjunto organizado de preceptos legales, programas, estrategias, organizaciones, actividades, manuales de operación y de procedimientos, tendientes a lograr la protección de la población civil en caso de desastre, su adecuada organización para que participen activamente en prevenir, controlar o disminuir sus consecuencias dañinas y lograr la rehabilitación y reconstrucción mediante la coordinación de los sectores público, social y privado para hacer frente a desastres de gran magnitud regional o nacional. De manera enunciativa se señalan algunos de los objetivos y estrategias que deberá definir el Comité para un Sistema Nacional de Protección Civil. El Comité se integrará de la forma siguiente: el Presidente de la República, quien lo presidirá; el secretario de Gobernación, quien coordinará sus trabajos; los titulares de Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal que determine el Titular del Ejecutivo y cuyas áreas de competencia se relacionen con las funciones y objetivos de aquél; representantes de los organismos sociales y privados, de los institutos de investigación científica públicos y privados, y de los colegios profesionales; y miembros de la sociedad interesados en contribuir al logro de los fines y a la mejor realización de las tareas del Comité que se crea; se contará, además, con un Secretario Técnico quien será el Subsecretario de Gobernación. Podrá acordarse la creación de Subcomités por materia o por regiones.

El Comité se instaló el 10 de octubre de 1985.

*Decreto por el que se aprueban las bases para el establecimiento del*

*Sistema Nacional de Protección Civil y el Programa de Protección Civil que las mismas contienen.* (Decreto Presidencial de fecha 29 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 6 de mayo del mismo año, en vigor al día siguiente de su publicación). Contiene una Introducción del Sistema, diagnóstico, objetivos, estrategias, orientaciones, principios y políticas, el Programa de Protección Civil (dividido en los Subprogramas de Prevención, de Auxilio y de Apoyo), así como Instrumentos jurídicos, técnicos, económicos y sociales.

#### VI. CONTRALORÍA GENERAL DE LA FEDERACIÓN

*Acuerdo por el que se crea el Comité Supervisor de los Donativos Destinados a la Atención de Damnificados y Reconstrucción de las Zonas Afectadas por el Sismo del 19 de septiembre de 1985.* (Acuerdo Presidencial de fecha 2 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación). Se crea el Comité Supervisor de los Donativos Destinados a la Atención de Damnificados y Reconstrucción de las Zonas Afectadas por el Sismo del 19 de septiembre de 1985, teniendo por objeto vigilar el correcto destino de los donativos en especie y en servicios recibidos por el Gobierno Federal en representación del pueblo de México. Se determinan sus funciones, así como la forma en que estará integrado: presidido por el secretario de la Contraloría General de la Federación; un representante de cada uno de los siguientes órganos: de la Secretaría de Relaciones Exteriores, del Congreso del Trabajo, del sector empresarial, del Consejo Consultivo de la Ciudad de México, de la Cruz Roja Mexicana; el Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y un representante del Colegio de Contadores Públicos de México, institución que hará las veces de Auditor Externo, pudiendo invitar el Presidente del Comité a otras personas para que formen parte del mismo.

#### VII. CONTROL DE CAMBIOS

*Régimen Transitorio para el Trámite de Operaciones de Control de Cambios.* (Resolución del Tesorero de Operaciones Internacionales y del Director de Disposiciones de Banca Central, del Banco de México, de fecha 16 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor al día siguiente de su publicación). Considerando los daños sufridos en algunas oficinas bancarias, principalmente en la zona metropolitana de la capital del país, y con objeto de que las personas que

hayan entregado documentación necesaria para tramitar operaciones de control de cambios en esas oficinas puedan celebrar dichas operaciones o bien concluir las ya iniciadas, en tanto las instituciones recuperan la documentación citada, se emiten disposiciones respecto de los siguientes puntos: oficinas bancarias de apoyo; prórroga de plazos de Compromisos de Venta de Divisas (CVD'S) y de Compromisos de Uso o Devolución de Dinero (CUDD'S); cumplimiento de CVD'S y de CUDD'S; venta de divisas y deducciones a CVD'S con base en fotocopias. Los casos no previstos en esta resolución pueden someterse a la consideración de la Oficina de Autorizaciones y Consultas de Banca Central y Control de Cambios del Banco de México, presentando al efecto la documentación respectiva.

#### VIII. DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL

*Acuerdo por el que se crea la Comisión Evaluadora del sismo ocurrido el 19 de septiembre de 1985.* (Acuerdo Presidencial de fecha 28 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 30 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se crea la Comisión Evaluadora del sismo ocurrido el 19 de septiembre de 1985 y de los efectos por él producidos, como un instrumento de apoyo y asesoría del Ejecutivo Federal y del Departamento del Distrito Federal, con el objeto de investigar, cuantificar y evaluar el origen, características y consecuencias de dicho sismo. Se especifican sus funciones, así como la forma en que se integrará: un representante del Departamento del Distrito Federal con rango no inferior a Secretario General; un representante del Instituto de Geofísica de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Laboratorio de Suelos del Instituto Politécnico Nacional, del Colegio de Ingenieros Civiles, del Colegio de Arquitectos, del Colegio de Ingenieros Mecánicos Electricistas, del Instituto Mexicano del Cemento y del Concreto, y de la Sociedad Mexicana de Ingeniería Sísmica; científicos, técnicos o profesionales que sean relevantes por sus estudios o trabajos en la materia, a quienes se podrá invitar a incorporarse a los trabajos de la Comisión; las universidades, y personas físicas y morales interesadas, a quienes se invitará a participar en las sesiones de la Comisión. El jefe del Departamento del Distrito Federal determinará la persona en la cual recaerá la Presidencia de la Comisión, que tendrá, además, un Secretario Técnico y las Subcomisiones necesarias para el cumplimiento de su objeto.

*Acuerdo por el que se exime por una sola vez del pago de las contribuciones que se citan, a las personas que adquieran en propiedad una*

vivienda en el Distrito Federal, a fin de reponer la que se destruyó por los fenómenos sísmicos ocurridos en el mes de septiembre de 1985. (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 18 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 23 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se exige por una sola vez, del pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles, así como de los derechos por inscripción de las escrituras correspondientes ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal, a las personas que perdieron su vivienda a raíz de los fenómenos sísmicos de septiembre de 1985, y que por este motivo adquieran otras, así como aquéllas que resulten beneficiadas con el Programa Emergente de Renovación Habitacional Popular del Distrito Federal; dichas personas deberán acreditar su calidad de damnificados a través de los Certificados Personales de Derechos expedidos por las autoridades competentes. Se señalan los casos en los que no serán necesarios los requisitos que conforme a las disposiciones aplicables se exigen.

### 1. Construcción

*Acuerdo por el que se resuelve que el Departamento del Distrito Federal proceda a realizar una exhaustiva inspección de los inmuebles con concentraciones humanas, dentro de sus límites territoriales.* (Por Acuerdo del C. Presidente de la República, Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 28 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 30 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Para el cumplimiento del Acuerdo, el Departamento del Distrito Federal procederá a integrar un cuerpo de peritos que inspeccionen los inmuebles, elaborar los dictámenes técnicos relativos a inmuebles que no presenten los mínimos indispensables de seguridad, proponer las acciones tendientes al mantenimiento y vigilancia de inmuebles donde existan concentraciones humanas, integrar los grupos de trabajo correspondientes, así como las demás necesarias para el eficaz cumplimiento de la presente resolución.

*Acuerdo por el que se dispone que el Departamento del Distrito Federal revise lo referente a normas de construcción y proponga lo conducente.* (Acuerdo Presidencial de fecha 28 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 30 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Se ordena al Departamento del Distrito Federal proceda a revisar, para en su caso, proponer o expedir normas en materia de construcciones, a fin de prever riesgos y proporcionar una mayor segu-

ridad a los habitantes del propio Distrito Federal. Se señalan las acciones a ejecutar para el cumplimiento del objetivo señalado.

*Acuerdo por el que los inmuebles actualmente en construcción o aquellos que se encuentran en reparación para ponerlos en condiciones de uso como consecuencia del sismo referido en los párrafos de consideraciones del presente Acuerdo y que no haya sido dictaminada la necesidad de su demolición, se sujetarán a las siguientes disposiciones.* (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal, de fecha 3 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 4 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Para los inmuebles en proceso de construcción, deberá presentarse el Director Responsable de obra ante las oficinas de la Secretaría General de Obras del Departamento del Distrito Federal, o ante la Subdelegación de Obras correspondiente a la ubicación de los inmuebles, a efecto de que dichas unidades evalúen las memorias de cálculo estructural y de cimentación, los estudios de mecánica de suelo en su caso, las especificaciones técnicas y los sistemas constructivos. Para los inmuebles que se pretendan reparar con motivo de los daños causados por los sismos, el Director Responsable de Obra deberá presentar ante las oficinas citadas, un escrito firmado por él, manifestando el procedimiento técnico a seguir, en función del dictamen técnico pericial que se haya realizado. A las solicitudes de licencia para nuevas construcciones se les dará trámite, hasta obtener los resultados de los estudios ordenados por el Ejecutivo Federal respecto de las normas vigentes relativas a edificación, altura de construcciones, densidad y mantenimiento de edificios, usos del suelo, así como las causas y efectos de los referidos sismos en las distintas zonas del Distrito Federal; de la misma manera, las obras con licencia, pero que aún no han comenzado su construcción, se suspenderá ésta, hasta obtener los resultados de los estudios mencionados.

*Decreto por el que se aprueba el Programa Emergente de Renovación Habitacional Popular del Distrito Federal.* (Decreto Presidencial de fecha 12 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 14 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Los objetivos del Programa serán: reconstruir y reorganizar las zonas marginadas que fueron afectadas por los sismos en el Distrito Federal, establecer una política de desarrollo social, combatir la especulación del suelo urbano, promover el adecuado uso y destino del suelo, y dar congruencia a las acciones, financiamientos e inversiones que para el cumplimiento del Programa realice la Administración Pública Federal y las de ésta con los sectores social y privado. Es creado un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio

denominado Renovación Habitacional Popular, encargado de ejecutar el Programa; se señalan sus funciones, órganos de Dirección y Administración, forma de integrar la junta de Gobierno, funciones de ésta, funciones del Director General y la manera como está integrado el patrimonio del Organismo.

Fe de erratas publicada en el D.O., el 25 de octubre de 1985.

*Decreto por el que se establecen las Normas de Emergencia en Materia de Construcciones para el Distrito Federal.* (Decreto Presidencial de fecha 17 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 18 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Las presentes Normas se aplicarán al diseño y ejecución de trabajos de refuerzo o reparación que se lleven a cabo en construcciones e instalaciones ubicadas en el Distrito Federal que hayan sido dañadas por los sismos de septiembre de 1985, así como a toda obra en proceso de ejecución o cuyo juicio sea posterior a esas fechas.

Fe de erratas publicada en el D.O., el 25 de noviembre de 1985.

*Acuerdo que establece las normas de construcción y uso del suelo a que se someterán las obras que se lleven a cabo conforme al Programa Emergente de Renovación Habitacional Popular del D.F.* (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 8 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 22 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Las construcciones, reparaciones, remodelaciones y demoliciones de las obras que comprende el Programa mencionado, en las Delegaciones Gustavo A. Madero, Cuauhtémoc y Venustiano Carranza, se sujetarán a las disposiciones de este Acuerdo. Se establece que la expedición de licencias de construcción, demolición, remodelación o reparación corresponde a las Delegaciones a través de sus unidades administrativas competentes.

*Acuerdo por el que se delega en el ciudadano Tesorero del propio Departamento, la facultad de celebrar y ejecutar los convenios y contratos relativos a las obras de emergencia que se citan.* (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal, de fecha 1º de abril de 1986, publicado en el D.O., el 23 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Las obras de emergencia son las siguientes: remodelación y restauración de las oficinas centrales de la Tesorería del Departamento del Distrito Federal; desalojo de los edificios dañados de la citada Tesorería; construcción de un almacén general, archivo general y un almacén de bienes incautados; y construcción de los inmuebles que serán ocupados por las administraciones tributarias locales de la Tesorería del Departamento del Distrito Federal.

*Acuerdo por el que se delegan las facultades que se indican en el*

*Director General, los Directores Generales adjuntos, de Construcción, y de Administración, el Subdirector Social, el Gerente Jurídico, y los Jefes de Zona del organismo Renovación Habitacional Popular.* (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 17 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 29 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se delega en el Director General, Director General Adjunto de Construcción, Director General Adjunto de Administración, Subdirector Social, Gerente Jurídico, así como en los Jefes de Zona del organismo público descentralizado del Departamento del Distrito Federal denominado Renovación Habitacional Popular, la representación legal del Departamento, para el otorgamiento y firma de escrituras públicas, convenios y contratos que se requieran, relacionados con los inmuebles que fueron expropiados por Decreto Presidencial publicado en el D.O., el 11 de octubre de 1985 y su reforma publicada el 21 del mismo mes y año.

## 2. Expropiación

*Decreto por el que se expropian por causa de utilidad pública, los inmuebles de propiedad particular que se señalan.* (Decreto Presidencial de fecha 10 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 11 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se declara de utilidad pública, de orden público e interés social, la satisfacción de las necesidades colectivas originadas con motivo de los trastornos interiores provocados por los sismos en las Delegaciones Gustavo A. Madero, Cuauhtémoc, Venustiano Carranza y Benito Juárez del Departamento del Distrito Federal, mediante la realización de las acciones de vivienda necesarias a favor de las personas afectadas por dichos trastornos, así como el mejoramiento de los centros de población dañados por los sismos, la realización y conservación de los servicios públicos necesarios y la adopción de las medidas para evitar los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; de acuerdo con lo anterior, se decreta la expropiación en favor del Departamento del Distrito Federal de los bienes inmuebles de propiedad particular que se señalan.

Se modifica el artículo 2º del Decreto, suprimiendo varios predios y agregando otros, según Decreto Presidencial de fecha 18 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 21 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación. Fe de erratas del Decreto que reforma el artículo 2º, publicado en el D.O., el 22 de octubre de 1985.

*Decreto por el que se expropian por causa de utilidad pública, los*

*inmuebles de propiedad particular que se señalan.* (Decreto Presidencial de fecha 10 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 22 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Contiene los considerandos y el articulado del Decreto publicado en el D.O., el 11 de octubre de 1985, excepto el artículo 2º, el cual es el modificado según Decreto publicado en el D.O., el 21 del mismo mes y año.

La Segunda Publicación, con efectos de notificación personal para el caso de ignorarse el domicilio de los propietarios de los bienes expropiados, se hizo el 23 de octubre de 1985.

*Acuerdo por el que se establecen las reglas para el pago de la indemnización por la expropiación de los predios ordenada mediante Decreto, así como las características de la emisión de los Bonos de Renovación Urbana del Distrito Federal (Bores-D.F.) y procedimiento para efectuar dicho pago.* (Acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 2 de diciembre de 1985, publicado en el D.O., el 3 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). El monto de la indemnización de los predios expropiados lo hará el Departamento del Distrito Federal con la participación de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales. El pago de la indemnización se hará mediante los Bonos de Renovación Urbana del Distrito Federal; se fijan las características de los Bores D.F., como son: monto, fecha de emisión, plazo para el pago, amortización, tasa de interés, forma de pago de intereses, valor nominal de cada bono, tratamiento fiscal, negociabilidad, y forma de documentarlos. El agente colocador será Bancomer, S.N.C., y los títulos se depositarán en el Instituto para el Depósito de Valores (INDEVAL).

*Reglas generales para el cálculo y publicación de las tasas y, en su caso, sobretasas de interés de los bonos de renovación urbana del Distrito Federal (BORES-D.F.)* (Reglas emitidas por el jefe del Departamento del Distrito Federal de fecha 27 de enero de 1986, publicadas en el D.O., el 29 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Las tasas y sobretasas serán equivalentes a los promedios aritméticos de las tasas y, en su caso, sobretasas de interés, anuales, máximas que las instituciones de crédito del país estén autorizadas a pagar, a personas físicas y a personas morales, según corresponda, por depósitos bancarios en moneda nacional a plazo de 90 días; ambos promedios se determinarán considerando las tasas y sobretasas de los depósitos bancarios susceptibles de ser contratados durante las cuatro semanas completas, de lunes a domingo, inmediatas anteriores al inicio del trimestre en que vayan a aplicarse. En caso de que la autoridad competente deje de fijar tasas y sobretasas para los depósitos ban-

carios, las tasas y sobretasas para los Bores D.F., serán las que el Banco de México, oyendo la opinión del Departamento del Distrito Federal (D.D.F.), considere representativas en el mercado bancario para dichos depósitos. Las tasas estarán vigentes durante el trimestre que se inicie, respectivamente, el 12 de enero, 12 de abril, 12 de julio y 12 de octubre de cada año. El DDF, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, solicitará el Banco de México calcular y publicar trimestralmente en el D.O., las tasas y sobretasas de los Bores D.F., haciendo la publicación en alguno de los cinco días hábiles inmediatos anteriores a los días 12 de los meses mencionados.

*Tasas y sobretasas de interés de los bonos renovación urbana del Distrito Federal (Bores-D.F.)* (Publicación de los Directores de Crédito, Depósito Legal y Mercado de Valores, y de Disposiciones de Banca Central, ambos del Banco de México, de fecha 29 de enero de 1986, publicado en el D.O., el 31 del mismo mes y año). Se publican las tasas y sobretasas correspondientes a los dos primeros trimestres, que se inician, respectivamente, el 12 de octubre de 1985 y el 12 de enero de 1986.

*Decreto por el que se exime de la obligación del pago del impuesto sobre la renta, respecto de los ingresos derivados del pago de la indemnización que el Departamento del Distrito Federal realice por medio de los Bonos de Renovación Urbana del Distrito Federal (Bores-D.F.)* (Decreto Presidencial de fecha 18 de marzo de 1986, publicado en el D.O., el 19 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se exime a los ex-propietarios de los predios expropiados, según Decreto publicado en el D.O., el 11 de octubre de 1985 y su modificación contenida en el Decreto del día 21 del mismo mes y año.

*Tasas y sobretasas de interés de los Bonos de Renovación Urbana del Distrito Federal (Bores-D.F.)* (Acuerdo del Director General Adjunto y Director de Disposiciones de Banca Central, de Banco de México, de fecha 4 de abril de 1986, publicado en el D.O., el 7 del mismo mes y año). Se publican los promedios aritméticos correspondientes al trimestre que se inicia el 12 de abril de 1986 y concluye el 11 de julio del mismo año.

## IX. EDUCACIÓN PÚBLICA

*Acuerdo por el que se autoriza al ciudadano Oficial Mayor a realizar o contratar las obras que se indican, así como las adquisiciones, arrendamientos o servicios necesarios.* (Acuerdo del secretario de Educación Pública de fecha 24 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el

28 de octubre del mismo año, en vigor el día de su fecha). En atención a las circunstancias extraordinarias derivadas del sismo del 19 de septiembre y a afecto de prestar con la máxima diligencia posible el servicio educativo, el Secretario de Educación Pública ha instruido al Oficial Mayor para que realice o contrate, bajo su responsabilidad, las obras que se requieran para superar la contingencia y proveer a la continuidad en la prestación de los servicios a cargo de la Secretaría, así como para contratar las adquisiciones, arrendamientos o servicios para esos fines.

#### X. HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

*Acuerdo por el que se autoriza a los contribuyentes con domicilio fiscal en el Distrito Federal, a que las declaraciones y pagos de los impuestos correspondientes al mes de agosto se presenten hasta el día 30 del mes en curso.* (Por Acuerdo del subsecretario de Ingresos, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Acuerdo del director general de Recaudación, de fecha 20 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 23 del mismo mes y año). Las declaraciones y pagos de los impuestos al valor agregado, especial sobre producción y servicios, sobre automóviles nuevos, respecto de contribuyentes con domicilio fiscal en el Distrito Federal, podrán presentarlos hasta el día 30 del mes en curso, sin recargos ni sanciones.

*Acuerdo por el que se da a conocer el cambio de domicilio de las Oficinas Federales de Hacienda números 1, 3, 4, 5, 7 y 8 del Distrito Federal.* (Acuerdo del subsecretario de Ingresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin fecha, publicado en el D.O., el 30 de septiembre de 1985, en vigor el 1º de octubre del mismo año). La Oficina Federal de Hacienda (O.F.H.) núm. 1, se instala en Fernando de Alva Ixtlixóchitl 175, Col. Tránsito, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06820; la O.F.H. núm. 3, en Santa María la Ribera 28, Col. Santa María la Ribera, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06400; las O.F.H. núms. 4, 5 y 7 en Av. Cuauhtémoc 602, Col. Narvarte, Delegación Benito Juárez, C.P. 03020; y la O.F.H., núm. 8, en Bahía de Santa Bárbara 23, Col. Verónica Anzures, Delegación Miguel Hidalgo, C.P. 11300.

Por acuerdo del subsecretario de Ingresos, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de fecha 3 de octubre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente, en vigor el día de su publicación, el nuevo domicilio de la Oficina Federal de Hacienda núm. 5 será Violeta 96, Col. Guerrero, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06300.

#### XI. MINAS

*Aviso importante al público usuario de los servicios que proporciona la Dirección General de Minas y al personal que labora en ésta.* (Aviso del director general de Minas, de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, de fecha 25 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 27 del mismo mes y año). Se hace del conocimiento del público interesado en efectuar trámites ante la citada Dirección General, el cierre de esas oficinas hasta el próximo 7 de octubre, recibiendo la documentación que debía presentarse, en la Oficialía de Partes de la propia Secretaría ubicada en Insurgentes Sur 552, planta baja. Asimismo, se notifica al personal la reanudación de labores el próximo 30 del presente en la forma y lugar acostumbrados. El mismo aviso se publicó en el D.O., el 30 de septiembre de 1985. El 8 de octubre del mismo año se publica en el D.O., un nuevo Aviso del director general de Minas, de fecha 4 de octubre de 1985, haciendo del conocimiento del público el cierre de oficinas hasta nuevo aviso, y notificando que la recepción de documentos se haría en la Oficialía de Partes de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, ubicada en Insurgentes Sur 550, 1er. Piso.

#### XII. RECONOCIMIENTO NACIONAL 19 DE SEPTIEMBRE

*Acuerdo por el que se crea "El Reconocimiento Nacional 19 de Septiembre".* (Acuerdo Presidencial de fecha 18 de noviembre de 1985, publicado en el D.O., el 27 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). El Reconocimiento será otorgado a los nacionales y extranjeros, individuos, organizaciones sociales, privadas o corporaciones públicas, que se distinguieron en las tareas de rescate, auxilio y salvamento de las personas que resultaron afectadas por los sismos. Se otorgará de manera preferente a quienes en el desempeño de las tareas mencionadas, hayan demostrado una conducta heroica que haya puesto en peligro o riesgo grave la vida propia o la integridad física de sus autores y quienes, además, en estas condiciones, hayan conseguido el salvamento de vidas o el rescate de restos humanos. También serán merecedores los individuos, grupos de individuos, corporaciones o agrupaciones que hayan ofrecido muestras excepcionales de solidaridad, apoyo y auxilio de manera eficiente y eficaz y que hayan contribuido de manera sobresaliente a superar rápida y oportunamente los graves problemas que se presentaron; así como quienes hayan aportado su esfuerzo a mitigar el dolor de los afectados

propiciando su curación, ofreciéndoles alimentos, habitación, utensilios, transporte y comunicación, y en el desempeño de estas tareas, hayan sacrificado de manera extraordinaria su patrimonio, seguridad o comodidad y hayan invertido de manera desinteresada y por sí mismo un trabajo intenso y tesonero. El Consejo de Adjudicación se formará por los secretarios de Gobernación, quien fungirá como Presidente, de Relaciones Exteriores, de Defensa Nacional, de Marina, de Educación Pública, de Salud, por el jefe del Departamento del Distrito Federal, por el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y por el director general del Instituto Politécnico Nacional; asimismo, se invita a las Cámaras integrantes del Poder Legislativo y al Poder Judicial de la Federación a que, si lo estiman pertinente, nombren a un representante para que se incorpore al Consejo. Se procederá a emitir una convocatoria para proponer candidatos al reconocimiento.

*Convocatoria a las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal; a los gobiernos de los estados y municipios; a las universidades y centros de enseñanza superior; a los sectores social y privado; a las instituciones vecinales y a los mexicanos en general, para que propongan a quienes deben ser merecedores a recibir el otorgamiento de "El Reconocimiento Nacional 19 de Septiembre".* (Convocatoria del Consejo de Adjudicación, de fecha 28 de noviembre de 1985, publicada en el D.O., el mismo día). Se señalan los conceptos por los cuales se otorgará el reconocimiento, los requisitos, tipos de reconocimiento: al valor heroico, a la solidaridad social, a la solidaridad internacional, a la solidaridad institucional, a la solidaridad vecinal, y al heroísmo de la juventud. Se especifican las características de los reconocimientos y el procedimiento para otorgarlos.

La segunda publicación de la Convocatoria fue hecha el 2 de diciembre de 1985.

*Instalación de Jurados.* (Resolución del Consejo de Adjudicación, de fecha 14 de diciembre de 1985, tomada en la sesión del día anterior, publicada en el D.O., el 17 del mes y año citados). Se integraron e instalaron los jurados que tendrán a su cargo el dictamen de las propuestas de candidatura a cada uno de los seis tipos de reconocimiento, mencionándose al Presidente de cada Reconocimiento, Secretario y demás miembros del jurado con sus respectivos suplentes.

*Acuerdo por el que se otorga el "Reconocimiento Nacional 19 de Septiembre" al "Heroísmo de la Juventud", a la "Solidaridad Social" y al "Valor Heroico".* (Acuerdo Presidencial de fecha 8 de marzo de 1986, publicado en el D.O., el 10 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Los ciudadanos cuyos nombres se relacionan

en el Acuerdo son merecedores de los Reconocimientos señalados, siendo 746 merecedores del Reconocimiento "Al Heroísmo de la Juventud", 1 586 "A la Solidaridad Social" y 2 908 "Al Valor Heroico".

*Acuerdo por el que se otorga el "Reconocimiento Nacional 19 de Septiembre" a la "Solidaridad Internacional".* (Acuerdo Presidencial de fecha 16 de mayo de 1986, publicado en el D.O., el 19 del mismo mes y año, en vigor el día de su publicación). Se relacionan los individuos o grupos de individuos; organizaciones sociales, privadas o instituciones públicas y demás personas físicas o morales extranjeras, a quienes se les otorga el Reconocimiento a la "Solidaridad Internacional", siendo 359 los merecedores.

Fe de erratas publicada en el D.O., el 20 de mayo de 1986.

### XIII. TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL

#### 1. Fondo Nacional de Solidaridad para Empleo y Desarrollo Social.

*Informe de la administración y aplicación de recursos de dicho Fondo, así como la entrega al ciudadano Jefe del Departamento del Distrito Federal, de la cantidad que se indica, para la atención de zonas afectadas por el reciente sismo.* (Informe del secretario del Trabajo y Previsión Social, dirigido al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, con fecha 24 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., al día siguiente). El Consejo del Fondo decidió entregar al Departamento del Distrito Federal, a solicitud de su Jefe, la cantidad de \$ 2,000,000,000.00 que se destinarán al restablecimiento de los servicios de agua potable en las zonas afectadas por los sismos, al incremento en las labores de rescate de personas, demolición de inmuebles y limpieza de las vialidades y al restablecimiento, asimismo, de los servicios públicos fundamentales del gobierno de la ciudad.

#### 2. Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

*Suspensión de plazos y de audiencias.* (Acuerdo del Pleno sin fecha, publicado en el D.O., el 27 de septiembre de 1985). Se comunica que no correrán términos del día diecinueve al veintinueve de septiembre de 1985, ni se verificarán las audiencias señaladas en ese lapso.

#### 3. Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

*Suspensión de procedimientos y términos laborales.* (Acuerdo del

Pleno de fecha 20 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 23 del mismo mes y año). Se suspenden los procedimientos laborales colectivos y los términos señalados para los mismos, previstos en la Ley Federal del Trabajo; los procedimientos individuales y términos correspondientes, se suspenden únicamente por lo que se refiere a las Juntas Especiales de la 1 a la 16 con sede en la ciudad de México; las suspensiones se computarán del 19 de septiembre de 1985 hasta nuevo acuerdo del Pleno.

*Acuerdo sobre reanudación de procedimientos y designación de local.* (Acuerdo del Pleno de fecha 24 de septiembre de 1985, tomado en la sesión del mismo día, publicado en el D.O., al día siguiente). Se reanuda a partir del 26 de septiembre del año en curso los procedimientos laborales tanto colectivos como individuales que se tramitan en las Juntas Especiales de la 1 a la 16, con sede en la Ciudad de México, así como los términos que señala la Ley Federal del Trabajo. Se designa como local para la Junta, las instalaciones ubicadas en el kilómetro catorce y medio de la carretera México-Toluca, conocidas como Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

#### 4. Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal.

*Aviso por el que se comunica la reanudación de labores.* (Aviso del Presidente de la Junta, de fecha 12 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 14 del mismo mes y año). La Junta Local reanudará labores en todas sus dependencias el próximo martes quince de octubre en sus oficinas provisionales ubicadas en Dr. Lavista 78 esquina Dr. Jiménez, Col. Doctores, de México, D.F., comenzando a correr los términos procesales conforme a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo.

#### XIV. SALUD

*Acuerdo por el que se autoriza al personal de la Secretaría de Salud, así como al que designe el Departamento del Distrito Federal, a que adopte las medidas indispensables para la prevención y control de problemas de Salud Pública.* (Acuerdo del secretario de Salud, de fecha 23 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el mismo día, en vigor el día de su publicación). En particular para la prevención y combate de enfermedades transmisibles, las acciones a tomar son: la realización de visitas sanitarias, la erradicación de fauna nociva, la toma de mues-

tras sobre la calidad de agua potable, la disposición de cadáveres y las demás de naturaleza sanitaria que prescribe la legislación correspondiente.

*Acuerdo por el que se crea la Coordinación Técnica de Reconstrucción de la Infraestructura Hospitalaria en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México.* (Acuerdo del secretario de Salud, de fecha 15 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 18 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente de su publicación). Se crea la Coordinación como unidad administrativa temporal de la Secretaría de Salud, adscrita a la Subsecretaría de Planeación, siendo su principal facultad la de integrar el proyecto de Programa de Reconstrucción de la Infraestructura Hospitalaria en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México, y llevar el seguimiento del Programa. Además se crea el Comité Interno para la Reconstrucción, con sus respectivos Subcomités.

#### XV. TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN

*Suspensión de labores y términos.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 19 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 24 del mismo mes y año). Se suspenden las labores en la Sala Superior y Salas Regionales Metropolitanas del 19 al 25 de septiembre, no corriendo ningún término durante 15 días hábiles contados a partir del 26 del mismo mes.

Por acuerdo de la Sala Superior, tomado en la sesión del 26 de septiembre de 1985, publicado en el D.O., el 1º de octubre del mismo año, se acordó suspender las notificaciones a las partes en la Sala Superior y en las Salas Regionales Metropolitanas y Foráneas durante el periodo en el cual se determinó que no corrieran términos, conforme al anterior Acuerdo.

*Prórroga de suspensión de labores y términos.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 10 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 17 del mismo mes y año). Se suspenden las labores en las Salas Regionales Metropolitanas por el periodo comprendido del 14 al 18 de octubre, inclusive, por lo que la Suspensión de términos acordada hasta el día 16, se prorroga por dos días más.

*Prórroga de suspensión de términos.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 16 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 22 del mismo mes y año). Se prorroga la suspensión de términos en las Salas Regionales Metropolitanas y en la Sala Superior, por 15 días hábiles contados a partir del 17 de octubre de 1985.

*Suspensión de labores.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión

del 16 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 22 del mismo mes y año). Se suspenden las labores en las Salas Regionales Metropolitanas por el periodo comprendido del 21 al 25 de octubre inclusive.

*Prórroga de suspensión de notificaciones.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 16 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 22 del mismo mes y año). Se prorroga la suspensión de notificaciones a las partes en esta Sala Superior, y en las Salas Regionales Metropolitanas y Foráneas por el término de 15 días hábiles contados a partir del 17 de octubre de 1985.

*Suspensión de labores.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 24 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 1º de noviembre del mismo año). Se suspenden labores en las Salas Regionales Metropolitanas los días 28 y 29 de octubre inclusive, reanudando sus actividades el día 30.

*Suspensión de labores.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 29 de octubre de 1985, publicado en el D.O., el 4 de noviembre del mismo año). Se suspenden las labores en las Salas Regionales Metropolitanas los días 30 y 31 de octubre inclusive, reanudando sus actividades el 4 de noviembre de 1985.

*Prórroga de suspensión de términos.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 7 de noviembre de 1985, publicado en el D.O., el 13 del mismo mes y año). Se prorroga la suspensión de términos en la Sala Superior, y en las Salas Regionales Metropolitanas, por el término de 15 días hábiles contados a partir del 8 de noviembre.

*Prórroga de suspensión de notificaciones.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 7 de Noviembre de 1985, publicado en el D.O., el 13 del mismo mes y año). Se prorroga la suspensión de notificaciones a las partes en la Sala Superior, y en las Salas Regionales Metropolitanas y Foráneas por el término de 15 días hábiles contados a partir del 8 de Noviembre.

*Prórroga de suspensión de notificaciones.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 28 de noviembre de 1985, publicado en el D.O., el 5 de diciembre del mismo año). Se prorroga la suspensión de notificaciones a las partes en la Sala Superior, y en las Salas Regionales Metropolitanas y Foráneas por el periodo comprendido del 2 al 16 de diciembre inclusive, del año en curso.

*Prórroga de suspensión de términos.* (Acuerdo de la Sala Superior, en la sesión del 28 de noviembre de 1985, publicado en el D.O., el 6 de diciembre del mismo año). Se prorroga la suspensión de términos en la Sala Superior y en las Salas Regionales Metropolitanas, por el periodo comprendido del 2 al 16 de diciembre inclusive, del año en curso.

## LA CIUDAD JUDICIAL

Raúl F. CÁRDENAS

Los sismos de los días 19 y 20 de septiembre pasado, además de las sensibles pérdidas de vidas humanas, cuantiosos daños materiales e incalculables trastornos económicos que nos causaron, trajeron un extraño e insólito suceso: la casi total paralización de la Administración de Justicia del Fuero Común en el Distrito Federal.

En efecto, con excepción de la Penal, afectada en parte por la destrucción o deterioro de las Salas de Apelación, de los Tribunales Federales ubicados en el Conjunto Pino Suárez, de los edificios del Servicio Médico Forense, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Policía Judicial, etcétera, la Civil, Familiar y de Arrendamiento, dejaron por completo de funcionar.

Por otra parte, los Tribunales Laborales, tanto Federales como Locales, las Procuradurías, tanto General de la República, como del Distrito Federal, así como numerosos edificios en los que se encontraban instaladas oficinas relacionadas con actividades judiciales y legales, quedaron inservibles o con graves deficiencias; por lo cual, la primera reacción que se tuvo, pasada la sorpresa de los sismos, fue el tomar medidas para la interrupción de los términos procesales, localizar, en medio de la destrucción, los expedientes y, desde luego, conseguir locales que permitieran reanudar lo más rápidamente posible la administración judicial, la de los Tribunales Laborales, de las Procuradurías y todas las actividades conexas que habían aún quedado suspendidas.

Con gran disgusto y molestia de los vecinos de las zonas residenciales, en que se establecieron los Juzgados Civiles, Procuradurías, Tribunales Federales, etcétera; y de la población, en general, por las complicaciones de tránsito a que han dado lugar su ubicación, falta de comunicaciones, estacionamientos, grandes distancias entre oficinas, etcétera; sin embargo, el simple hecho de haber empezado las labores, de un servicio tan indispensable para la vida moderna, como es el de la justicia, como el de la educación y la salud, justifican estas fallas y la inhumana actividad a que estamos sometidos abogados y habitantes de la ciudad de México para obtenerlo; sin embargo, estamos

preocupados ante la posibilidad de que estas medidas y tendencias "a la dispersión", se convierten en definitivas.

Todos los abogados litigantes aspiramos a que, salvo las Delegaciones del Ministerio Público, los Juzgados de Paz y los Reclusorios, todo lo relativo a la Justicia esté ubicado en un solo lugar, y esto sería más efectivo, si estuvieran en ese sitio tanto la Justicia Local, como la Federal de la ciudad de México, con todas sus dependencias; el Tribunal Superior de Justicia, sus Salas de Apelación, sus Juzgados Civiles, los de lo Familiar, los de Arrendamiento, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal con sus laboratorios, Institutos, Policía, los Servicios Médicos Forenses, los Tribunales y Juzgados de Distrito del Primer Circuito, excepto los Penales, Juntas Federales y Locales de Trabajo, Procuraduría General de la República, Policía Judicial, institutos para su formación y servicios conexos.

Los sismos nos han revelado la necesidad de no abandonar la solución racional del problema de la Administración de Justicia en la ciudad de México, que se ha abandonado con frecuencia.

Así, partiendo de la necesidad de contar con un CENTRO en donde se ubiquen todos los servicios de Justicia, excepción hecha, claro está, repetimos, de las Delegaciones, de los Juzgados de Paz y de los Reclusorios, cuya ubicación sería excepcionalmente onerosa, pensamos y proponemos que este Centro se ubique en el corazón de la ciudad de México, es decir, en un lugar que tenga suficientes medios de comunicación, que cuente con Metro, ejes viales, servicios de comunicación de superficie, estacionamientos y otros servicios, y esté en condiciones de poder contar con un área suficientemente extensa, para contener todos los servicios actuales y futuros, y que pueda cerrarse al tránsito, a efecto de que, en medio de jardines, se puedan levantar oficinas de dos pisos a lo sumo, no sólo para vencer el síndrome del temblor, que nos tiene atemorizados, sino fundamentalmente, para que el servicio, sea más cómodo y económico; además, pensamos que en una zona en que existan numerosos predios propiedad del Estado, y que aquellos que no lo son, tengan precios accesibles.

Esta zona, por sus condiciones ideales, podría comprenderse, por ejemplo, entre las calles de Niños Héroes, Dr. Vértiz, Dr. Navarro y Dr. Lavista, sin perjuicio de que se pueda ampliar en caso necesario, pues por ahora la suponemos lo suficientemente amplia para que, aislada del tránsito pueda contener todas las oficinas para crear esta ideal Ciudad Judicial en nuestra Capital.

Desde luego, entendemos que puede haber otras sugerencias y pensar que esta Ciudad Judicial se establezca no en esta zona, que además

quedaría rehabilitada con soluciones a los problemas del subsuelo, sino en cualquier otro lugar, previa la solución de los problemas de vías de comunicación, agua, drenaje, estacionamiento, etcétera, con las que ya se cuenta, por cierto, en la zona que proponemos, y a la que se puede llegar por diferentes lugares de la ciudad con toda facilidad.

Proponemos esta solución, para el futuro, para contribuir a la dignidad y humanización de esta ciudad, y teniendo en consideración nuestra práctica judicial y los errores que desearíamos no se acentuaran, en perjuicio de las generaciones futuras de nuestra capital, y para acentuar la importancia de la Justicia, que como la educación y la salud, son la base de un régimen de derecho.

## LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL \*

Carlos CASILLAS VÉLEZ

El tema sobre el cual les hablaré durante los próximos minutos es uno de los de mayor actualidad e interés para la mayoría de los mexicanos. Es un tema sumamente extenso como para tratar de agotarlo en una ocasión como ésta, así que trataré de los aspectos fundamentales solamente.

Se pueden sumar por decenas las obras referentes al concepto de la Soberanía, la cual ha sido estudiada y analizada por muchos estudiosos del Derecho y de la Filosofía desde diversos puntos de vista.

Sin embargo, para el efecto del tema a tratar, me referiré a la Soberanía en cuanto que es uno de los elementos que configuran al Estado. Vista así, la Soberanía comprende tres facultades principales:

La Independencia ante el exterior, el Dominio pleno en lo interno y el Sometimiento de las personas y las cosas dentro del territorio.

Principio fundamental para los estados lo es la plena independencia en el ámbito internacional. Sin embargo, el Estado y su Poder Soberano se encuentran en nuestros días, tensionados por diversos factores.

Existen fuerzas asociantes internacionales que le dan un contenido distinto a la Soberanía y la someten a nuevas exigencias.

Varios elementos apuntan hacia esa dirección, éstos son:

1. Las necesidades mundiales que obligan al señalamiento de acciones concertadas y de sistemas de cooperación más estrechos tales como: el hambre, la explosión demográfica, los asentamientos humanos, la desertificación, la seguridad ecológica, la prohibición y limitación de las pruebas nucleares, la guerra, son factores que fuerzan la evolución de un sistema de soberanías aisladas hacia la consolidación de un régimen de orden público universal que contenga a las políticas unilaterales.

\* Ponencia presentada en la Ceremonia de Ingreso a la Academia Mexicana de Derecho Internacional, en el Auditorio "Jaime Torres Bodet" del Museo Nacional de Antropología e Historia, el día 17 de Octubre de 1984.

2. La necesidad de emprender proyectos de integración económica en sus distintas fases para afrontar los desafíos modernos del desarrollo.

3. La imposición de políticas y soluciones por modelos como el capitalista que cuenta con un circuito de instituciones tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el GATT, los cuales en la práctica, vulneran las decisiones soberanas de los Estados, para dirigir su desarrollo de acuerdo con los intereses y necesidades de los países capitalistas.

México está inmerso en ese espectro de fuerzas y tendencias encontradas. Sigue apegado a la Soberanía estatal tradicional, por la sencilla razón de que es vigente como fuerza política defensiva para oponerse a las tendencias asociantes negativas.

También en los países comunistas se sufren efectos similares, aunque por causas distintas, derivadas de su doctrina.

Por otra parte, la afirmación de la autoridad interna y el sometimiento de las personas y las cosas a las competencias domésticas, han sido facultades paralelas al significado extenso de la soberanía.

El principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, y el sometimiento a los tribunales nacionales son ejemplos de sobra conocidos sobre este tema.

Lo evidencia la Cláusula Calvo reconocida en el Artículo 27 Constitucional y en la Doctrina Carranza de 1918.

La parte medular de este estudio la constituye el hecho de poder determinar hasta dónde un organismo como el FMI, a últimas fechas ha limitado, e inclusive vulnerado, la Soberanía de los Estados, principalmente de aquellos que se encuentran en alguna etapa de desarrollo y que tienen grandes problemas por su deuda exterior.

Considero importante hacer un breve repaso al origen y funciones del FMI, antes de pasar al análisis de su influencia actual en el mundo financiero. El Fondo Monetario Internacional fue creado hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, por países que reconocieron que la competencia ruinosa en el terreno comercial y cambiario de los años treinta, había acentuado los efectos mundiales de la gran depresión. Para evitar una repetición de estos hechos, casi 50 países se unieron en 1944 para fomentar la cooperación monetaria internacional y de este modo estimular la expansión del comercio exterior, propiciando un nivel de empleo más elevado y una mejor situación económica en todos los países miembros.

El Fondo constituye un foro internacional permanente en el que los países pueden intervenir con el fin de coordinar sus políticas económicas y financieras. Este organismo se ocupa no sólo de los problemas

particulares de cada país, sino también del funcionamiento del sistema monetario internacional, centrandose en la formulación de políticas y estrategias mediante las cuales los países miembros colaboren entre sí con el fin de estabilizar el sistema financiero mundial y lograr un crecimiento económico sostenido.

Para lograr sus objetivos, el Fondo desempeña funciones normativas y financieras. Al adherirse al Fondo, los países miembros contraen la obligación de observar un conjunto de normas de comportamiento económico. Se comprometen a cooperar con la institución y entre sí, para implantar regímenes cambiarios ordenados, promover la estabilidad de los tipos de cambio y para evitar la imposición de restricciones que puedan ser contrarias a la prosperidad nacional e internacional. El FMI vigila el cumplimiento de estas obligaciones por los países miembros, los cuales pueden elegir libremente el régimen de cambios de su preferencia, pero tienen la obligación de supervisar la política cambiaria que aquellos apliquen, así como el funcionamiento del sistema monetario internacional. Puesto que un código de conducta no puede por sí solo impedir la aparición de desequilibrios de pagos, el Fondo mantiene también un volumen considerable de monedas con las que contribuye a financiar los desequilibrios transitorios de pagos de sus países miembros.

Esta asistencia financiera, facilitada con carácter temporal y sometida normalmente a ciertas condiciones, permite que los países miembros corrijan sus desequilibrios de pagos sin tener que recurrir a restricciones comerciales y de pagos que se han comprometido a evitar. Los países miembros asumen la obligación de efectuar sus reembolsos al Fondo y, en consecuencia, los recursos de éste los emplean en forma rotativa los países que necesitan asistencia.

El Fondo proporciona también asistencia técnica a los países miembros con el fin de ayudarles a mejorar la gestión de sus economías.

A fin de que el Fondo pueda desempeñar sus funciones, los países miembros le proporcionan continuamente, amplia información económica y financiera, como obligación derivada de la condición de miembro, y el Fondo celebra, a su vez, consultas con cada uno de sus miembros sobre la situación económica respectiva. Por lo tanto, el Fondo cuenta con la información necesaria para ayudar con prontitud a los países miembros en la tarea de formular medidas correctivas o preventivas de los problemas relativos a la balanza de pagos.

Dadas sus responsabilidades con respecto al sistema de pagos internacionales, el Fondo se interesa de manera especial por la liquidez mundial, es decir, el nivel y la composición de las reservas de que

disponen los países miembros para hacer frente a sus obligaciones de comercio y de pagos.

Desde su creación, hasta comienzos de los años setenta, el Fondo fue el supervisor de un sistema de tipos de cambio basados en paridades fijas, sistema que se derrumbó ante los desequilibrios cada vez mayores de la economía mundial.

Desde marzo de 1973, el sistema monetario se ha caracterizado por la flotación generalizada de las monedas de los países industrializados con mayor participación en la economía mundial.

El periodo más reciente se ha caracterizado también por el débil crecimiento económico y las elevadas tasas de inflación. A partir de mediados de los años sesenta, los esfuerzos del Fondo se han centrado en fomentar y contribuir al proceso de ajuste de los países miembros, tanto industrializados como en desarrollo, con el fin de restablecer las condiciones necesarias para un crecimiento estable de la producción y una nueva expansión del comercio internacional.

El Director Gerente del Fondo Monetario Internacional ha tenido una participación muy activa en los últimos meses, llegando a cuestionar inclusive, las opiniones de los representantes de gobiernos de países deudores.

Este funcionario llegó a plantear la pregunta siguiente:

¿Impone el FMI la austeridad económica?

Son importantes las explicaciones que da el señor De Larosiere para contestar esa pregunta, ya que aclaran muchas dudas sobre la intervención del Fondo en la economía mundial y, consecuentemente, en la limitación de la Soberanía de los Estados.

Señala que, en primer lugar, el ajuste económico es ineludible.

Ningún país puede vivir indefinidamente a un nivel superior al de sus medios. Muchos países han agravado su situación al postergar las correcciones económicas que era necesario efectuar ante la crisis del petróleo y la recesión mundial. Muchos pensaron que era posible aplazar esas medidas de ajuste, recurriendo al crédito externo. Todos hemos visto cómo la crisis de la deuda externa ha dejado a estos países, incluido México, en una situación aún más delicada, cuyas consecuencias tienen ahora que asumir.

Cuando un Estado ya no puede recurrir al endeudamiento externo para postergar el ajuste, como ocurre hoy en muchos países, ¿qué ocurre si no adopta medidas de corrección económica? En este caso, el ajuste se produce de todos modos, pero sin respaldo exterior y de manera desordenada.

Un proceso de este tipo se caracteriza a menudo por restricciones drásticas de la importación y una fuerte inflación.

Ahora bien, la experiencia indica que la combinación de restricciones a la importación e inflación provocada por la falta de disciplina fiscal y monetaria, lleva a los países en cuestión a una continua degradación del empleo y de la producción. En consecuencia, la falta de ajuste (en el sentido de no lograr una mejor utilización de los instrumentos de política económica para distribuir con mayor eficacia los recursos), no constituye una buena solución a los problemas de empleo y crecimiento económico a largo plazo. En segundo lugar, el ajuste, como lo concibe el FMI, no es sinónimo de menor crecimiento ni de regresión económica. A menudo se ha caracterizado al Fondo como una institución que preconiza un retroceso económico.

Esta descripción y calificación la hacen regularmente los países con graves problemas internos de control económico y que necesitan responsabilizar a algún extraño para justificarse ante su pueblo.

Esto puede verse claramente si se recuerda que la crisis de crecimiento económico que atraviesa América Latina comenzó antes de la intervención del FMI en cada uno de los países afectados. Este organismo internacional empezó a intervenir en los países latinoamericanos, de manera más clara y definitiva, a partir de 1983, en tanto que los primeros indicios de retardo en el crecimiento económico datan de los años 1981 y 1982. No son pues, las recomendaciones del Fondo las que han detenido la expansión económica de América Latina, sino las repercusiones de la recesión mundial, agravadas por la persistente inadaptación de la política económica y el excesivo endeudamiento externo.

El objetivo de los programas del Fondo es lograr un mayor equilibrio en la balanza de pagos a mediano plazo y una utilización más eficaz de los limitados recursos de estos países, mediante una serie de medidas e incentivos destinados a generar más ahorro interno, más inversión y más exportación. En tercer lugar, si bien estos programas entrañan sacrificios, la austeridad que se deriva del ajuste debe compararse con las demás opciones. Si no se adoptan estas medidas, encaminadas a establecer un mejor equilibrio del sector externo y consolidar la disciplina en materia de crédito y presupuesto, ¿qué puede esperarse con respecto al crecimiento económico y el empleo?

Los estudios realizados por el Fondo, además de las experiencias en este campo, indican que la estructura económica se deteriora al no adoptarse las medidas correctivas con oportunidad. La austeridad, vinculada a los programas que financia el Fondo, debe compararse,

para determinar sus efectos positivos, con la austeridad que se desprendería de la falta de ajuste, la cual por definición, no estaría respaldada por los recursos del Fondo ni por el financiamiento en el cual esta institución actúa como agente catalizador. Es evidente que este financiamiento alivia la carga del ajuste en los países con problemas graves de deuda exterior.

En cuarto lugar, en lo que respecta al costo social de los programas de ajuste, toda acción encaminada a equilibrar la balanza de pagos entraña cierto costo, puesto que dicha acción tenderá a reducir la absorción de recursos externos. Sin embargo, aquí se plantea una interrogante: una vez que se han sumado todos los recursos provenientes del exterior con que puede contar un país durante un año determinado, tales como ingresos derivados de exportaciones, por prestación de servicios, ayudas bilateral y multilateral, asistencia del Fondo Monetario Internacional, financiamiento de los bancos en forma de reprogramación de la deuda externa y nuevos aportes, etcétera, ¿acaso el problema no consiste en adoptar medidas que permitan, con la menor tasa de inflación posible, asignar esos recursos de la manera más eficaz, a fin de restablecer una situación viable de balanza de pagos? Estas medidas tienen un costo social, pero la distribución de ese costo entre las diferentes capas sociales no compete al Fondo, sino que depende de las decisiones que tomen los propios gobiernos.

A menudo se dice que los programas del Fondo atentan contra los grupos menos favorecidos de la población, pero no se dice que la repartición del esfuerzo y sacrificio entre las diferentes capas sociales, entre las diversas categorías de gasto público (crecimiento desmedido de la burocracia, programas sociales paternalistas, inversión productiva o gasto corriente y los impuestos directos e indirectos), es un asunto que deciden los gobiernos. Y además, generalmente no se subrayan las decisiones tomadas en este terreno, pretendiendo trasladar la responsabilidad al Fondo, mediante campañas publicitarias para salvar el prestigio y la responsabilidad de los funcionarios del gobierno.

En quinto lugar, en lo que respecta a las consecuencias de ajuste del tipo de cambio de la moneda, en cuanto a los efectos que tiene entre los grupos menos favorecidos de la población, éstas varían según el caso.

No hay un modelo único. Hay países en los que la devaluación de la moneda nacional, a menudo preconizada por el Fondo en el marco de sus programas de ajuste, resulta ventajosa para los grupos sociales menos favorecidos. Esto es más notorio en los países que tienen una agricultura importante orientada a la exportación.

La sobrevaloración de la moneda nacional que caracteriza a veces a estas economías, impide que los pequeños agricultores, que son los que producen las materias primas agrícolas, resulten beneficiados por los precios ventajosos en moneda nacional que originaría un tipo de cambio competitivo.

Esta sobrevaloración de la moneda puede proteger, en cambio, a los grupos sociales más favorecidos que viven en ciudades y que, naturalmente, se verían afectados por el encarecimiento de los productos de consumo importados. Por lo tanto, se debe ser muy prudente en el análisis social de los efectos de una devaluación en los sectores menos favorecidos de la población.

A continuación, pasaré al análisis y comentarios de algunos casos específicos de países con problemas económicos, entre ellos México, los que, por razón de su muy elevada deuda externa, han debido recurrir al FMI para tratar de aliviar su crisis.

El momento es propicio para referirme a la recién terminada Trigésimo Novena Asamblea Anual Conjunta del FMI, a la cual asistieron los representantes de la banca internacional. Esta presencia es significativa ya que a últimas fechas se ha convertido en mandante del Fondo.

Las esperanzas que tenían los países en vías de desarrollo para resolver sus problemas durante dicha asamblea, se vieron frustradas ya que no sólo se aplazaron las soluciones a los problemas planteados, sino también las discusiones en torno a ellos.

Esta situación se pretende desahogar y resolver durante la reunión especial del Comité de Desarrollo del FMI y del Banco Mundial, la cual se espera celebrar en abril de 1985.

A pesar de esto, algunos países de los más endeudados, han logrado aminorar las presiones que venían sufriendo en rubros tales como el económico, financiero, social y político.

La intención de crear un club de deudores se vio frustrada en virtud de las hábiles acciones emprendidas por los bancos acreedores.

No hay duda de que los banqueros internacionales han disuelto, aunque de manera temporal, cualquier intento de unión de los países deudores.

Varios meses atrás el aumento de las tasas de interés, la caída de los precios internacionales de las materias primas y el proteccionismo de los países industrializados, habían orillado a los principales países deudores, a desafiar los designios del FMI y de los bancos acreedores.

Por primera vez desde 1982, año en que se declaró el colapso financiero mexicano, el fantasma de una suspensión de pagos por parte de

los países deudores latinoamericanos ha quedado diluido. El tono de las declaraciones y los objetivos para combatir la crisis de los países endeudados ya ha cambiado.

Del desacato pasaron a la negociación, para finalmente terminar en la resignación. Esta es la prueba más clara de hasta dónde se ha limitado la soberanía de estos Estados.

Dos estados de ánimo se pudieron apreciar entre la primera reunión de países deudores, realizada en Cartagena, Colombia, y la segunda en Mar del Plata, Argentina. En esta última, tres de los países representados, México, Brasil y Venezuela, ya no mostraban la ansiedad que padecían durante la primera reunión. Los tres ya habían conseguido o estaban por firmar acuerdos con sus acreedores.

Después de la reunión de Cartagena, el tono de las declaraciones de los países deudores puso en estado de alerta a la banca internacional, respecto a una posible suspensión de pagos.

El problema era general, además de las consecuencias sufridas en el ámbito interno, los problemas del endeudamiento se manifestaron de diferente forma y magnitud en los países deudores latinoamericanos.

Mientras las economías de países como Brasil y Argentina se estaban contrayendo en 1981, México se encontraba en pleno auge, con un crecimiento anual del 8%, lo cual le permitía llegar en mejores condiciones al momento del derrumbe regional de 1982.

Debido a que las importaciones mexicanas crecieron rápidamente entre 1981 y 1982, casi en un 20%, fue fácil reducirlas cuando se presentó la crisis. En cambio, para Brasil, Argentina, Honduras y otros países del área, las compras al extranjero estaban casi detenidas.

Mientras los intereses sobre la deuda exterior de México consumían el 36% de sus ingresos por exportaciones en 1982, Brasil, Argentina y Chile utilizaban casi el 50% de sus exportaciones para el pago de sus réditos.

En el renglón de las exportaciones, México aventajaba a la mayoría de los países de América Latina. No solamente contaba con grandes reservas de petróleo, sino que además, podía llevar a cabo ventas fáciles en la frontera con los Estados Unidos.

Además, ningún otro país deudor recibió tanta ayuda en los momentos más tensos de la crisis, un préstamo de mil millones de dólares contra futuras entregas de petróleo y mil millones de dólares más para la compra de alimentos.

El Gobierno argentino había entrado en un enfrentamiento áspero con el FMI, ya que declaraba que... "no aplicaría las recetas recesivas

para ajustar su economía". Insistían en un incremento real del ingreso y del Producto Nacional Bruto.

Venezuela, por su parte, argumentaba que era el país de la región con menos desequilibrios económicos y más posibilidades de pago.

Brasil también tuvo dificultades para renegociar sus adeudos.

El gasto estatal, los desequilibrios en sus cuentas externas y la inflación, no era precisamente lo que deseaba el FMI.

Por otra parte, México se convirtió en un ejemplo de buen deudor, es decir, de eterno pagador. El Gobierno aplicó un severo y drástico programa de austeridad, cumpliendo al pie de la letra con las exigencias de los bancos acreedores. A pesar de esto, se unió al resto de los países latinoamericanos para exigir condiciones más favorables en el pago de la deuda.

El temor de los bancos acreedores se acrecentó. Había que desarticular el proceso de unión de los deudores.

Así como México fue el primero en entrar en crisis por razón de su injustificable endeudamiento externo, también fue el primero en recibir la "benevolencia" de los acreedores. Según un acuerdo inicial, la suma de 48,500 millones de dólares que vencía entre 1985 y 1990, se reprogramó para ser liquidada en un periodo de entre 10 y 14 años. Desde luego, en todos esos años se seguirán pagando los intereses correspondientes.

Además, se persuadió a los bancos acreedores para que no cobraran la comisión por reestructuración, la cual en el caso de la deuda de México ascendería a 500 millones de dólares.

Luego siguió Venezuela, que logró nuevas condiciones para el pago de su deuda exterior de poco más de 37,000 millones de dólares.

Brasil llegó a un acuerdo con el FMI y, después de nueve meses de negociaciones, firmó un acuerdo de renegociación de su deuda.

Así se desmanteló la posible unión de deudores. Hoy, los países deudores latinoamericanos están resignados aplicando las condiciones y estrategias impuestas por el FMI.

El FMI se ha convertido en el principal vigilante de las economías internas de los países deudores.

Esta situación de vigilancia se hará más palpable de aquí en adelante debido a las recientes modificaciones hechas al Artículo 4o. del Convenio Constitutivo del FMI, ya que se han ampliado las facultades de ese organismo para supervisar en forma más estricta las políticas económicas de los países miembros.

Antes de esas modificaciones, los países debían mantener consultas

con el FMI, respecto a sus políticas cambiarias, entre otros rubros. Sin embargo, en la práctica nunca se realizaban esas consultas.

Las reformas al Artículo 4o. introducen un sistema de supervisión más estricto, previendo que los países tendrán que realizar consultas semestrales con el FMI respecto a su política cambiaria.

Este nuevo mecanismo será el medio idóneo por el que los bancos internacionales podrán asegurarse de que los países deudores cumplan con las obligaciones financieras impuestas. Es de hacerse notar que este proceso de mayor y más estricta vigilancia no será aplicado a los países acreedores.

En casos específicos de países como México, lo anterior implica que, aun cuando se termine de aplicar el llamado "Convenio de Facilidad Ampliada", el FMI mantendrá una política de supervisión constante y estricta sobre el desarrollo de sus políticas económicas.

Esa consulta permanente entre el FMI y el Gobierno Mexicano se llevará a cabo por medio de los Programas Financieros anuales que prepara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para presentar ante el Congreso de la Unión, y el mecanismo de supervisión podrán ser los mismos reportes que se deben presentar trimestralmente ante el mismo Congreso.

Con todo lo anterior podemos señalar que el FMI permanecerá por un largo período vigilando, supervisando, asesorando y corrigiendo la actuación financiera del Gobierno.

Específicamente, las políticas que deberán aplicarse indefinidamente son las relativas a la disciplina fiscal y al equilibrio de la balanza de pagos.

Los países en desarrollo no han presentado objeciones a estas reformas, las cuales de hecho son una aplicación de vigilancia supranacional sobre esos países, sin que haya simetría con los países industrializados.

Con estas reformas buscan los acreedores adelantarse a cualquier acción conjunta de los países deudores.

Es más, el mismo Director Gerente del FMI declaró en su discurso ante la Asamblea anual de ese organismo y del Banco Mundial, que:

"Los programas de ajuste que recomienda el Fondo no son una opción política, sino una obligación para la supervivencia de los países." No puede ser más clara la advertencia para los países deudores.

Los acreedores exigen a los gobiernos de los países deudores que se adhieran a un programa formal del FMI como una condición previa a la renegociación y alivio de la deuda externa.

De lo antes expuesto, llegamos a las siguientes:

## CONCLUSIONES

PRIMERA. Aunque la doctrina señala que la Soberanía de los Estados les permite actuar con absoluta y plena libertad, actualmente ese concepto se encuentra limitado y no precisamente por voluntad de los propios Estados. Lo anterior se demuestra con la actuación subordinada de los países deudores, específicamente en el caso de haber apoyado las reformas al Artículo 4o. del Convenio Constitutivo del FMI, en vez de mostrar su desacuerdo durante la Asamblea anual recién celebrada y presentar una alternativa distinta.

SEGUNDA. Podemos asegurar que las reformas al precepto antes citado, que amplían las facultades del Fondo, responden a las necesidades de los países industrializados y no tanto a la búsqueda de un nuevo sistema monetario.

Con estas reformas se garantizan los intereses del sistema bancario internacional, el cual, antes de la crisis que vivimos, no contaba con mecanismos que garantizaran el cumplimiento de las obligaciones de los países deudores.

TERCERA. El estallido de la actual crisis financiera de los países en desarrollo se debió a varios factores, entre ellos, la elevación de las tasas de interés internacionales, la caída de los precios de las materias primas y las restricciones al comercio internacional.

Sin embargo, también influyeron de manera importante otros factores tales como: El uso indebido de los recursos captados, inclusive de aquellos provenientes de créditos externos, práctica que llevaron a cabo muchos países; el derroche en el gasto público y la ineficiencia, provocaron la aguda crisis de pago en la región.

CUARTA. Nunca antes la región latinoamericana había estado sometida, casi en su totalidad, a la presión simultánea del FMI.

Consecuencia de esta presión es el hecho de que los países vean limitada su Soberanía, ya que se les han impuesto estrictos programas económicos que deben cumplir forzosamente si quieren mantenerse en contacto con los países industrializados de los que depende también su desarrollo.

QUINTA. Nunca antes el FMI había tenido facultades tan amplias como las que ahora le han conferido sus mandantes, los bancos acreedores, manipulados por sus respectivos gobiernos.

SEXTA. Es innegable que la asistencia financiera ha sido siempre instrumento de presión y consecuentemente, arma efectiva para limitar y vulnerar la Soberanía de los Estados.

SÉPTIMA. Las negociaciones y solicitudes de nuevos préstamos y

mejores condiciones de contratación se mantendrán sujetas a la aplicación de estrictos programas de ajuste económico, lo reconozcan o no los gobiernos de los países deudores.

OCTAVA. En tanto no se combata de manera seria y efectiva la corrupción en los países deudores, difícilmente surtirán efectos positivos las medidas de emergencia y los programas financieros correctivos.

## ANÁLISIS DE LA LEY FEDERAL DE LAS ENTIDADES PARAESTATALES

Fauzi HAMDAN AMAD

*I. Introducción. II. Breves Consideraciones Político-Jurídicas. III. Formas de Organización Administrativa. IV. Concepto de Entidades Paraestatales. V. Entidades Excluidas de la Aplicación de la Ley. VI. El Principio de Autonomía de Gestión. VII. Régimen Aplicable a los Organismos Descentralizados. VIII. Régimen Aplicable a las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria. IX. Régimen Aplicable a los Fideicomisos Públicos. X. Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de mayo de 1986 salieron publicados dos Decretos, el primero de los cuales reformó diversos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y el segundo, relativo a la nueva Ley Federal de las Entidades Paraestatales (en lo sucesivo la "LEY").

Las iniciativas de ambos ordenamientos legales provinieron del Ejecutivo Federal. Por lo que se refiere a las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Artículos 45, 46, 47, 48, 49 y 50) tuvieron por objeto determinar la naturaleza jurídica y formas de creación de los Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal Mayoritaria y otras instituciones asimiladas, así como los fideicomisos públicos.

Por lo que hace a la iniciativa de la LEY el Ejecutivo señala como propósito fundamental y troncal del nuevo ordenamiento legal encontrar la fórmula adecuada para que "...pueda responder de manera certera al pretendido y necesario equilibrio entre los dos elementos fundamentales en la conveniente existencia y desarrollo de las entidades públicas (correcto ejercicio de la autonomía de gestión y conveniente y oportuna tutela del Estado para mantener bajo control al sector paraestatal)".

Como finalidades de la LEY el Ejecutivo señala que tal regulación debe buscar como finalidades principales "...la necesaria normatividad que profile el marco de objetivos que deben alcanzarse; la existencia

y simplificación de las entidades públicas; los controles adecuados que respondan a la tutela del Estado sobre su intervención en la economía descentralizada para su agilidad y desarrollo; y lograr la significativa autonomía de gestión en pro del cumplimiento de las políticas que el Gobierno Federal fije a dichas entidades o empresas públicas”.

Con tales propósitos y finalidades, el resto de la iniciativa, integrada por 25 cuartillas, hace una síntesis de los aspectos más importantes de la LEY, destacando entre ellos, como novedoso, el conferir a los órganos de Gobierno de las entidades paraestatales su “plenitud de responsabilidades” (según palabras del propio Ejecutivo Federal), a fin de que en el órgano de Gobierno de cada entidad se concentren las facultades necesarias para la operación y funcionamiento de dichas entidades, sin necesidad, como sucedía bajo el régimen anterior, de que para el funcionamiento y operación de dichas entidades se tenga que recurrir al régimen de previas autorizaciones que se ejercía por múltiples dependencias y cuyos trámites constituían un serio valladar para el desenvolvimiento ágil, pronto y eficaz de las actividades de dicho sector paraestatal.

El objeto de este estudio es analizar, dentro del contexto jurídico-constitucional, el nuevo ordenamiento jurídico.

## II. BREVES CONSIDERACIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

Una de las notas esenciales en un sistema constitucional, que cumpla con la finalidad de garantizar la libertad y dignidad humanas, lo constituye, sin lugar a dudas, la limitación y control del poder, cuyas maneras de hacerlo varían en cada país de acuerdo con sus circunstancias históricas, políticas y sociales. En el estado de evolución actual de las diversas formas de organización estatal, e independientemente cualquiera que sea la modalidad que se adopte para tal propósito, hoy en día resulta incuestionable el sometimiento de la sociedad a un ordenamiento jurídico, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones.

De lo anterior se colige que el derecho, como instrumento idóneo y adecuado para la organización y funcionamiento de los órganos estatales al igual que para regular el orden social en general, se presenta objetivamente como una serie de imperativos. Antes del derecho y fuera de él no hay verdadera libertad porque la simple posibilidad de obrar, a la que se puede contraponer un impedimento, no es libertad, sino arbitrio irregular, y carece desde luego de todo valor.

Ha sido una constante en la evolución y en la vida del Estado, desde

sus orígenes hasta la fecha, la lucha pertinaz entre los órganos estatales y el pueblo del Estado, los primeros por aumentar sus facultades y atribuciones en desmedro del segundo so pretexto de alcanzar el bien de sus miembros en todas sus formas y manifestaciones, en tanto que los miembros del Estado han luchado afanosamente en limitar las atribuciones y facultades de los órganos estatales, ya que a través del aumento excesivo de las atribuciones y facultades estatales se aniquilan las libertades del hombre. Es apreciable que el fenómeno que aparece en dichas tendencias es la contraposición, en algunos casos absoluta y en otros menos radical, del individuo frente al Estado, como si éste fuere algo extraño u hostil al hombre y no por el contrario el hombre tutelado en su propia naturaleza. Si bien estas dos tendencias no se han presentado de manera clara y radical en la evolución histórica de todos los países, sí podemos aseverar que dichas posiciones, en diferentes grados e intensidad, han constituido el eje sobre el que ha girado el proceso evolutivo de la formación y vida de los Estados. Paralelamente a tal fenómeno las diversas teorías, unas como causantes de la confrontación y otras como consecuencia de la confrontación, se han venido desarrollando en torno a los fines del Estado, las cuales básicamente pueden resumirse en dos tendencias muy claras y muy definidas: una representada básicamente, en su origen, por la filosofía griega clásica para la cual el fin del Estado es ilimitado, omnicomprendivo, que abarca el bien en todas sus formas y en todas sus manifestaciones. Como consecuencia de esta teoría, para sus simpatizantes, el Estado debe regular y vigilar la vida individual cualquiera que sea su manifestación de modo que no puede existir una esfera de actividad independiente, ajena o al margen del propio Estado. Esta concepción predominó en la edad clásica, continuó en cierto modo en la Edad Media, en la cual el dominio o preponderancia del Estado aparece de manera casi absoluta; asimismo, en los primeros siglos de la edad moderna si bien ya afirmándose o apoyándose en concepciones filosóficas más sofisticadas, pero sin modificar la esencia de la teoría que la sustente, continuó sosteniéndose el mismo principio, llegándose a la época contemporánea al llamado “régimen paterno” o estado providencia o estado social de derecho.

La otra tendencia, opuesta diametralmente, se inició prácticamente en el Renacimiento como una contrarreacción de la conciencia individual y, por ende, una afirmación de la libertad; en primer lugar la constituyó la libertad religiosa y ya en los primeros siglos de la edad moderna se extendió a los derechos llamados del hombre. Es aquí donde empezó a investigarse y ponerse en tela de juicio el límite de la autoridad del

Estado. Esta tendencia trata de poner una barrera a la omnipotencia del Estado reafirmando contra el mismo el valor del individuo, cuya tendencia filosófica tuvo expresiones concretas en las Revoluciones Inglesa, Americana y Francesa.

Tales concepciones filosóficas del quehacer del Estado se aplican al campo de la economía política, o si se quiere con mayor precisión decirlo al campo de la política económica, de modo que algunos sostienen que el Estado en dicho campo debe limitar o excluir su intervención dejando en libre juego las llamadas leyes naturales de la producción y esperando que una mano invisible, por efecto de dichas leyes, los individuos obtengan el mayor beneficio y satisfacción de sus necesidades bajo el principio de la libertad de mercado o libertad de concurrencia.

Frente a estas tendencias, conocidas o etiquetadas como individualistas, se han formulado, básicamente a partir de la edad moderna, otras tendencias que basándose más bien en la dirección de la filosofía griega clásica han atribuido al Estado una función mucho más amplia y vasta hasta llegar a conferirle la misión de promover la cultura en general e incluso la organización del trabajo.

De ambas tendencias, sin lugar a dudas la que hoy en día prevalece es la segunda, sin que esto contrarreste la formación de nuevas formas de organización y de relación del Estado con el individuo. Nuestro país está inmerso en esta segunda tendencia, como la mayoría de los países del mundo, cuyas expresiones claras y contundentes de tal tendencia se encuentran plasmadas en los Artículos 3, 4, 5, 25, 26, 27, 28, 123 y 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Estado mexicano, ante la pluralidad y acrecentamiento de las necesidades sociales y económicas de su población y apoyado en las concepciones filosóficas que asignan al Estado una función de tutela en todos los órdenes a sus integrantes, empezó a organizar, prácticamente a partir de la Constitución que actualmente nos rige, toda una estrategia de intervención en las diversas áreas económicas y sociales, para equilibrar las condiciones de vida de los grupos marginados o desprotegidos.

### III. FORMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Para lograr el Estado cumplir adecuadamente con las atribuciones que le son conferidas por la Constitución y las leyes que de ella emanan, por cuanto se refiere a la función administrativa, requiere de una organización cada vez más abultada en razón cuantitativa de las atri-

buciones que al Estado se le tienen conferidas, cuya organización jurídica constituye la llamada "Administración Pública", la cual puede ser contemplada desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal es el conjunto de órganos públicos con poderes jurídicos a través de la norma positiva (constitucional, legal o reglamentaria) que proyecte dichas potestades (competencia) dentro de cierto espacio territorial o ámbito formal. Para este propósito la diversidad de órganos con competencias diferentes tiende a lograr una eficiente organización de los cometidos del Estado, una mayor garantía para los terceros y una precisa determinación de las responsabilidades.

Desde el punto de vista material la administración pública puede ser definida, siguiendo el criterio de A. Molitor citado por el Dr. Gabino Fraga,<sup>1</sup> como la "actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión".

A pesar de que todavía hay tratadistas,<sup>2</sup> que sostienen que la administración pública en sí misma tiene personalidad jurídica, hoy en día ha quedado totalmente superado tal concepto reconociéndose, por la mayoría absoluta de tratadistas y por el propio Derecho Positivo Mexicano, que la administración pública centralizada no tiene personalidad jurídica como tampoco la tienen los órganos estatales primarios (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), ya que sólo sirven de conductos o canales para manifestar o expresar la voluntad del Estado que es el que tiene personalidad jurídica propia.

Asimismo, es importante aclarar que las formas de organización administrativa nada tienen que ver con el sistema de Gobierno; se refiere concretamente a la organización de la función administrativa estructurada sobre la base de la unidad funcional de la misma, ya que organización significa asociación ordenada de distintos órganos para realizar un fin. Cuando se habla de la estructura de la organización respecto a una función se comprende de inmediato la existencia de una sistematización orgánica para realizar o mantener la unidad.

Diversas modalidades reviste la organización administrativa pero todas ellas pueden reducirse a dos formas: 1) La centralización, y 2) La descentralización.<sup>3</sup> Así, una administración directa del Estado cons-

<sup>1</sup> Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., 1984, pág. 118.

<sup>2</sup> FAYA VIESCA, Jacinto, *Administración Pública Federal*, Editorial Porrúa, S.A., 1979.

<sup>3</sup> A propósito excluí a la desconcentración por considerar que más que una

tituida por los órganos jerárquicamente ordenados y, junto a ella, puede hablarse de una administración indirecta integrada por un complejo plural y heterogéneo de personas públicas de carácter estatal.

La organización centralizada implica que las facultades de decisión están concentradas en los órganos superiores de la administración cuyos órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación jerárquica de dependencia y subordinación hasta llegar a la cúspide de la administración pública que en nuestro sistema coincide con el titular del órgano ejecutivo, o sea, el Presidente de la República. La relación jerárquica es consustancial a la unidad funcional de la administración que mantiene vinculados a los órganos superiores con los inferiores, derivando de ahí ciertos poderes llamados jerárquicos que son, básicamente, los de nombramiento, mando, vigilancia, disciplinario, revisión y resolución de conflictos competenciales entre los propios órganos.

Las normas que determinan los poderes jerárquicos son básicamente internas que tienen por propósito lograr el mejor funcionamiento del ente de que se trate. Sin entrar en detalles sobre las diversas disposiciones del Derecho Positivo Mexicano que se refieren a tales poderes puede decirse que, en síntesis, se encuentran incluidas principalmente en los siguientes ordenamientos jurídicos: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Esta relación de jerarquía entre los órganos permite ejercer al órgano superior los poderes a que hemos aludido.

En síntesis, el sistema de centralización administrativa se caracteriza por la carencia de los órganos de personalidad jurídica propia ya que actualmente, como ha quedado señalado con antelación, el único que tiene personalidad jurídica es el Estado.

La descentralización administrativa, a diferencia de la centralización, importa la distribución de las competencias públicas entre múltiples entidades administrativas independientes del poder central, con personalidad jurídica y patrimonio propio y con un ámbito de competencia territorial o funcional exclusivo.<sup>4</sup>

forma de organización administrativa, constituye una modalidad que puede adoptar cualquiera de las formas de organización.

<sup>4</sup> Para mayor amplitud sobre tales conceptos se recomienda: Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, 1955, págs. 229 y siguientes; Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Plus-Ultra, Buenos Aires, 1976, págs. 67 y siguientes.

La especialización de funciones fundamenta y justifica la necesidad de desvincular ciertos organismos administrativos que se desintegran de la administración centralizada y producen un relajamiento de los vínculos jerárquicos, sin que tal relajamiento de los vínculos jerárquicos dé lugar a un ente totalmente desvinculado e independiente de la administración centralizada; en todo caso, se trata de entes públicos autónomos, cuya autonomía varía en grado según el mayor o menor relajamiento de los poderes jerárquicos que mantiene la unidad integral del Estado. Así, el sistema de la descentralización ofrece tres variantes: a) La descentralización mínima, es decir, transferencia limitada de los poderes de decisión a otro órgano, con fuerte control del órgano central; b) la descentralización media, caracterizada por la transferencia amplia de poderes de decisión pero con fuerte control de los órganos centrales; y c) la descentralización máxima plena u orgánica que implique transferencia total de los poderes de decisión con un mínimo control de los órganos centrales.

La existencia de dos personas jurídicas distintas, la del Estado propiamente dicha y la del ente descentralizado, origina el establecimiento de una serie de relaciones y de vínculos de los entes descentralizados entre sí y con el órgano central que, elevadas a normas, tienen el carácter de relaciones jurídicas. Como característica de dichas relaciones tenemos el control que hace efectivo el órgano central sobre el ente descentralizado. Además, el órgano central vigila la acción de dicho ente, lo que se conoce con el nombre de "vigilancia administrativa". Como el ente descentralizado realiza algunos de los fines que persigue el Estado necesariamente tiene que haber afinidad y coincidencia de los fines del órgano central con los de los entes descentralizados. También pueden surgir conflictos entre el órgano central y los órganos descentralizados que son resueltos de diversa forma en cada país y, por último, como consecuencia de tales relaciones surgen lazos de coordinación entre los dos sectores, centralizado y descentralizado, o entre los propios entes descentralizados entre sí para lograr unidad de objetivos y fines.

Nuestra organización descentralizada, conocida en el Derecho Positivo Mexicano como "Paraestatal",<sup>5</sup> se ubica primordialmente dentro de las dos primeras variantes a que se hizo alusión, es decir, se trata

<sup>5</sup> La expresión paraestatal se ha considerado, con toda razón, como un término que carece de una connotación jurídica precisa. El Dr. Gabino Fraga señala que "al usarse esa expresión en la Ley Mexicana se aparta del origen etimológico de la misma, pues de acuerdo a él, significa "algo que no se confunde con el Estado... camina lado a lado del Estado, paralelamente al Estado". *Ob. cit.* pág. 198.

de una descentralización técnica más que orgánica, ya que los entes públicos que integran la administración paraestatal no gozan de auténtica autonomía;<sup>6</sup> casos de órganos descentralizados autónomos, o sea, entes autárquicos, están la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Metropolitana, etcétera. En la mayoría de los demás casos, los organismos descentralizados que existen en nuestro régimen jurídico, no obstante la nueva LEY, están sujetos a severos controles correspondientes a los poderes jerárquicos propios de la organización centralizada, incluyendo el poder de mando, con la diferencia en el nuevo régimen previsto en la LEY que los titulares de los órganos centrales están insertos en los órganos de gobierno de tales entidades y que a través de tales órganos de gobierno llevan a cabo, en la mayoría de los casos, las relaciones de supra-ordenación y de control del sector centralizado respecto de tales entes descentralizados.

#### IV. CONCEPTO DE ENTIDADES PARAESTATALES

Las recientes reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Artículos 45, 46, 47, 48, 49 y 50) señalan cuáles son las entidades paraestatales que integran la administración paraestatal. En efecto, el Artículo 45 de dicha ley señala que son organismos descentralizados aquellas entidades creadas por Ley o Decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten. Dicha disposición legal básicamente es igual a la que existía antes de la reforma, con la única salvedad que la actual disposición señala que los organismos descentralizados creados por el Congreso de la Unión pueden tener lugar por Ley o Decreto. Supongo que tal novedad obedece a que, de acuerdo con el Artículo 70 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda resolución

<sup>6</sup> De autonomía se han dado básicamente dos conceptos: el corriente, consiste en que la propia entidad autónoma se da su propia ley y se rige por ella y también tiene la facultad de darse sus propias instituciones que han de regularla. Esta noción, dentro de nuestro régimen jurídico, no es aceptada, pues el organismo funciona dentro del marco normativo general dado por un órgano estatal competente. Más bien, podríamos hablar de entidad autárquica, en lugar de autonomía, que encuentra su fundamento y existencia en una ley de afuera, esto es que no se da su propia ley pero que es capaz de darse su propio estatuto, quedando desde luego sujeta a lo que dispone la ley de su creación y a la aprobación de los órganos centrales.

En consecuencia, podemos decir que autonomía, en el sentido de la forma de organización descentralizada, significa la capacidad de administrarse a sí mismo, al igual que para dictar sus propias normas dentro del marco normativo general dado por un ente superior.

del Congreso tendrá el carácter de Ley o Decreto. Para entender la diferencia entre Ley o Decreto es importante buscar su antecedente que aclare dicha disposición constitucional. En el texto primitivo de la Constitución de 1857, el Artículo 65, distinguía las resoluciones del Congreso en "leyes o acuerdos económicos". Sobre el particular, cuando se discutió la referida disposición legal por el constituyente de 1857, el Diputado Moreno señaló la conveniencia de que las resoluciones del Congreso tuvieren el carácter de Ley o Decreto, estableciendo la distinción de que mientras la ley se refiere a situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, el Decreto sólo comprende un objeto particular o situaciones individuales o concretas. La propuesta del diputado Moreno no prosperó y es hasta la reforma constitucional del 13 de noviembre de 1874 cuando el Artículo 64 de la Constitución de 1857, que corresponde al 70 de la actual Constitución, que se modificó para establecer dicha diferencia. Sabemos que desde el punto de vista formal todas las resoluciones del Congreso tienen el carácter de leyes, conforme a la competencia otorgada a dicho órgano estatal de acuerdo con nuestro ordenamiento supremo. Sin embargo, desde el punto de vista material o intrínseco, no todas las resoluciones tienen el carácter de función legislativa en sentido estricto, es decir, de crear situaciones jurídicas abstractas e impersonales, puesto que hay muchas facultades del Congreso, o de alguna de las Cámaras en lo individual, que se refieren a situaciones concretas e individuales. En estas circunstancias, la distinción formal y material de la función legislativa no es meramente teórica, sino que trasciende al Derecho Positivo Mexicano, acorde a lo dispuesto por el Artículo 70 de nuestra Constitución a que hemos hecho mención. En este sentido resulta inaceptable que por Decreto del Congreso de la Unión (usado el término en sustantivo y no de manera imperativa) pueda crear un organismo descentralizado, puesto que siempre al crearse un ente público se tiene que hacer mediante ley en sentido formal y material, es decir, creando situaciones jurídicas abstractas e impersonales. La característica de generalidad de una ley que crea un ente público está fuera de duda, ya que el hecho de individualizar a un ente público no convierte a dicho ordenamiento jurídico que lo crea en una situación jurídica concreta e individual, ya que en estos casos no pierde su generalidad y su abstracción, pues la ley que crea el ente contiene normas generales relativas a su ámbito competencial, organización, funcionamiento y operación. Si fuera correcto que mediante Decreto del Congreso de la Unión se pudiera crear entes públicos, no existe óbice para que la propia Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ley que crea a los órganos que integran

la administración centralizada, tuviera el carácter de Decreto, situación que choca con los principios más elementales de nuestra estructura constitucional. Por ello es un desatino haber introducido, como elemento novedoso en el reformado Artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que los organismos descentralizados puedan ser creados por Decreto del órgano legislativo cuando por su naturaleza intrínseca todo ente público debe ser creado por ley en sentido formal y material. Más grave aún es que con tal reforma continúe incurriéndose en la inconstitucionalidad de que pueda el Ejecutivo Federal crear a los organismos descentralizados (inconstitucionalidad que proviene desde la primera ley sobre organismos descentralizados de 1947). En efecto, facultar al Ejecutivo Federal para crear organismos descentralizados implica, como ya se dijo, que a través de dicho Decreto se le otorgue personalidad jurídica propia, patrimonio y competencia siendo que la creación de entes públicos y, en consecuencia, dotarlos de competencia para realizar una función o actividad pública, es exclusiva del Congreso de la Unión mediante ley en sentido formal y material por el principio de "Reserva de la Ley", aceptado en nuestro sistema constitucional. Para que el Ejecutivo Federal pudiera crear organismos descentralizados requeriría facultad expresa en el texto constitucional, materia que se encuentra reservada al Congreso de la Unión en los términos previstos por el Artículo 90 Constitucional. Por lo tanto, la delegación de facultades realizada por el Congreso de la Unión al Ejecutivo, a través de la disposición legal que se comenta, es inconstitucional pues sólo existe la posibilidad de que el legislativo delegue facultades de esa índole, en los casos expresamente previstos en el Artículo 49 de la propia Constitución y, aún en los casos contemplados por el Artículo 49 Constitucional, técnicamente no se puede hablar de una auténtica delegación de facultades extraordinarias para legislar.<sup>7</sup>

Por otro lado, el concepto que la susodicha disposición legal da de organismo descentralizado es incompleta, ya que la LEY en su Artículo 14 señala que necesariamente tales organismos deberán tener como objeto la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias; la prestación de un servicio público o social; o la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Por lo tanto, en la definición o concepto que de organismo des-

<sup>7</sup> Para mayor amplitud sobre el tema remito a mi estudio titulado "Las Facultades Legislativas del Presidente de la República". *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Año 5, núm. 5, México, 1981, págs. 175 y ss.

centralizado se da en el Artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal debió agregarse, para hacerlo congruente con la LEY, que tales organismos descentralizados tendrían por objeto o finalidad las que se señalan en la LEY.

Otra categoría de entidades paraestatales prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal corresponde a las empresas de participación estatal mayoritaria, conocidas en algunos países como empresas mixtas o empresas públicas. El Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, introduce como novedad que para ser empresa de participación estatal mayoritaria se requiere que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social, en tanto que antes de la reforma para tener tal carácter se requería detentar, como mínimo el 50% del capital social para convertirse en empresa de participación estatal mayoritaria. Hoy en día se exige una mayoría del capital social, es decir, más del 50% de capital social. Las actuales empresas de participación estatal mayoritaria que antes de la reforma el gobierno federal o cualquier otra entidad paraestatal detentan el 50% del capital social, a virtud de la reforma legal en cuestión automáticamente dejan de tener el carácter de empresas de participación estatal mayoritaria y se convierten, por ministerio de ley, en empresas de participación estatal minoritaria. Para los efectos del Artículo 46 de dicha ley también tienen el carácter de empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades nacionales de crédito. Respecto a dichas sociedades, es importante aclarar que en la anterior redacción del Artículo 46, sufrió una reforma el 16 de diciembre de 1983 para incluir a tales sociedades nacionales de crédito como empresas de participación estatal mayoritaria. Acorde con lo dispuesto por la LEY, en su Artículo 30, las empresas en que participe de manera mayoritaria el gobierno federal o una o más entidades paraestatales deberán tener por objeto las áreas prioritarias a que se refiere el Artículo 6º de dicho ordenamiento legal. Para entender cuáles son esas áreas prioritarias, primero es necesario definir cuáles son las áreas estratégicas, que solamente pueden llevarse a cabo por la administración centralizada o por los organismos descentralizados tal como ya se indicó con anterioridad. Son actividades estratégicas del Estado aquellas actividades que sólo las puede llevar a cabo el Estado de manera exclusiva, sin intervención alguna de particulares, que corresponden a lo que antes se denominaba con el nombre de "monopolios estatales" previstos de manera expresa, como excepción a la libre competencia, en el texto del Artículo 28 Constitucional, y cuyas

actividades estratégicas hoy en día son las siguientes: a) acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, comunicación vía satélite, emisión de billetes por medio de un solo banco, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos, energía nuclear, electricidad, ferrocarriles y servicio público de banca y crédito. En consecuencia, la actividad de banca y crédito constituye una actividad estratégica del Estado que la debe realizar por sí misma, excluyendo la participación de los particulares, bien sea a través de su administración pública centralizada o a través de organismos descentralizados, sin que pueda, legalmente, llevarse a cabo dicha actividad por conducto de una empresa de participación estatal mayoritaria, ya que de acuerdo con la LEY está reservada a los organismos descentralizados la realización de las actividades estratégicas del Estado. Por lo tanto, son inconstitucionales las sociedades nacionales de crédito pues se contraviene de manera expresa lo previsto en el Artículo 28 Constitucional y en el Artículo 14 de la propia LEY.

El propio Artículo 28 Constitucional señala, en su sexto párrafo, que el Estado participará en las actividades de carácter prioritario, de acuerdo con las leyes. A su vez, el Artículo 6º de la LEY, en su segundo párrafo, señala que son actividades prioritarias las tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares. Esta disposición pretende ser reglamentaria del párrafo sexto del Artículo 28 Constitucional; digo que pretende porque la disposición no constituye una auténtica reglamentación de lo que por áreas prioritarias se entiende. Para que realmente hubiera una reglamentación de dicha disposición el Congreso de la Unión, desarrollando su auténtica función legislativa, tendría que haber señalado, con mayor precisión y extensión, lo que dichas áreas prioritarias significan; en cambio, tal como se encuentra redactado el segundo párrafo del Artículo 6º de la LEY, deja a discreción al Ejecutivo Federal un amplísimo campo para darle contenido a los conceptos, generales y ambiguos, de "intereses nacionales" y "necesidades populares". Esta situación deja en estado de indefensión e incertidumbre a los particulares por no definirse y delimitarse las áreas en que el Estado puede intervenir. Es principio constitucional, aceptado por nuestra Ley Suprema, que la limitación o restricción de los derechos individuales, sólo puede tener lugar por la propia Constitución, que debe señalar de manera concreta y precisa tal circunstancia. En el caso particular, dejar al arbitrio absoluto del Ejecutivo para calificar qué se entiende por "intereses nacionales" y "necesidades populares", constituye sin lugar a dudas una delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo, puesto que tales conceptos,

por ser tan generales, puede el Ejecutivo darles cualquier contenido. La delegación de facultades, a través del otorgamiento de facultades discrecionales absolutas, está prohibida en nuestro sistema constitucional, pues sólo puede tener lugar ello en los casos expresamente previstos en el Artículo 49 Constitucional.

Asimismo, el comentado Artículo 46 señala también que son empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades de cualquier naturaleza, incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

1. Que el gobierno federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarias de más del 50% del capital social;
2. Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos del capital social de serie especial que sólo pueden ser suscritas por el gobierno federal; o
3. Que al gobierno federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o bien designar al Presidente o Director General, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Para los efectos de la LEY, se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria las sociedades y asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o Servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

Analizando las diversas hipótesis que prevé dicha disposición legal para calificar a un ente jurídico como empresa de participación estatal mayoritaria encontramos que la nueva disposición continúa incurriendo en las mismas irregularidades y defectos técnico-jurídicos que existían antes de la reforma. Una de las hipótesis para ser empresas de participación estatal mayoritaria es que en la constitución del capital social de una empresa se hagan figurar títulos representativos del capital social de serie especial que solamente pueda ser suscrita por el gobierno federal. Tal como se encuentra redactado el inciso b), Fracción II, del Artículo 46 que se comenta puede resultar que se prevea en los estatutos sociales de una sociedad que una serie de acciones sólo puede ser suscrita por el gobierno federal y que represente un porcentaje ridículo o infinito comparado con el capital social. Así, si tal serie representara, por ejemplo, el 1% del capital social de la sociedad respectiva, resulta que en los términos de tal disposición legal se convierte en empresa de

participación estatal mayoritaria, aún cuando el gobierno federal no tuviera la facultad de determinar el manejo de dicha sociedad por no detentar la mayoría del capital social de la misma.

Por último, el inciso c), Fracción II, del Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, califica a una empresa de participación estatal mayoritaria cuando al gobierno federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien, designar al Presidente o Director General o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno. En esta hipótesis, no se necesita que el gobierno federal tenga alguna participación en el capital social bastando para ello que en los estatutos sociales de la persona moral se establezcan expresamente cualquiera de las facultades a que se refiere tal inciso. Desde el punto de vista del derecho privado y a la luz de los ordenamientos jurídicos que regulan las personas morales privadas (Código Civil, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley de Instituciones de Beneficencia Privada, etcétera), parecería un contrasentido admitir que un sujeto, sin tener participación alguna en el capital social de tales personas jurídicas, puede legalmente decidir o influir en la marcha y operación de dicha entidad; sin embargo, la disposición que se comenta es exorbitante al derecho privado y, por lo tanto, no existe ningún impedimento jurídico, como norma de excepción, que en los estatutos sociales de tales personas morales se establezcan facultades reservadas al gobierno federal para los efectos de tal disposición. Es importante señalar que en dicha hipótesis el único sujeto que puede tener tal facultad de decisión es el propio gobierno federal, o sea, el Estado por conducto del órgano ejecutivo sin que se admita, dentro del supuesto normativo, que alguna entidad paraestatal tuviera facultades equivalentes de nombramiento o veto y convirtiera por ese hecho a la persona jurídica en empresa de participación estatal mayoritaria.

Asimismo, se consideran como entidades paraestatales a los fideicomisos públicos, en aquellos casos en que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales sean partes en los fideicomisos, como fideicomitentes, y que el objeto y fin del fideicomiso tuviere como propósito auxiliar al Ejecutivo en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias de desarrollo; que tales fideicomisos cuenten con una estructura análoga a las otras entidades paraestatales y que cuenten con comités técnicos. Tratándose de fideicomisos públicos en que el fideicomitente sea el gobierno federal el órgano competente para la constitución del fideicomiso es la Secretaría de Pro-

gramación y Presupuesto (Artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Equiparar los fideicomisos públicos como si fueren entidades paraestatales, es desvirtuar la naturaleza jurídica del propio fideicomiso. El fideicomiso es un negocio jurídico en que intervienen como partes, cuando menos, una persona llamada fideicomitente y otra persona llamada fiduciario, mediante el cual el primero destina bienes o valores, mediante su aportación al fiduciario, para que este último realice los fines lícitos convenidos en el negocio jurídico en cuestión. El fideicomiso no crea un ente jurídico distinto de las partes que intervienen en el mismo, sino que lisa y llanamente se trata de un acto jurídico, por lo que resulta incorrecto calificar como entidad a un fideicomiso como si tuviera personalidad jurídica propia; más grave es el hecho de que, para tener el carácter de fideicomiso público, la disposición legal en cuestión exija, entre otros requisitos, que el fideicomiso adopte una estructura análoga a las demás entidades, lo que quiere decir que si las demás entidades que hemos visto son entes con personalidad jurídica y patrimonio propios, resulta imposible una estructura análoga en un negocio jurídico que le falta como elemento esencial tener personalidad jurídica; además, exigir analogía entre dos entes o figuras jurídicas que no pertenecen a un género común, es romper con los principios más elementales de la lógica jurídica. Una cosa análoga es aquella que se parece o guarda similitud con otra lo que en el caso particular resulta prácticamente imposible asimilar con características comunes a un fideicomiso, como negocio jurídico, con las demás entidades paraestatales que tienen el carácter de personas jurídicas con una estructura, organización y funcionamiento corporativo. Así las cosas, y forzando lo que la disposición legal exige para calificar a un fideicomiso como público se requeriría que en el negocio jurídico se establecieran órganos similares o equivalentes a las demás entidades paraestatales; de suyo se aprecia la imposibilidad jurídica de integrar en un fideicomiso órganos análogos, similares o equivalentes a las otras entidades paraestatales, máxime que en la propia disposición legal, además de exigir que los fideicomisos públicos adopten una estructura análoga a las demás entidades, requiere siempre la existencia de un comité técnico. El negocio jurídico del fideicomiso está regulado, en cuanto a su naturaleza y efectos jurídicos, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en cuanto a los actos de contenido fiduciario que se pueden realizar, en la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito y en las diversas leyes orgánicas de la llamada Banca de Desarrollo (Banco de México, Banco Nacional de Obras y

Servicios Públicos, Nacional Financiera, etcétera), ya que sólo una institución de crédito puede fungir con el carácter de fiduciaria. Por lo tanto, para estructurar orgánicamente de modo análogo a las demás entidades un fideicomiso sería necesario que tuviera, cuando menos, tres órganos representativos equivalentes a cualquier sociedad (asamblea de socios o accionistas como órgano supremo, órgano de administración y órgano de vigilancia), situación que por la naturaleza jurídica del fideicomiso es imposible que pudiera estructurarse de ese modo.

Por otro lado, y como novedad en la disposición reformada, se exige que tales fideicomisos tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias de desarrollo, sin que defina dicha disposición qué se entiende por auxilio o apoyo en las atribuciones estatales, ni define lo que por áreas prioritarias se entiende.

Como elementos comunes a todas las entidades paraestatales, se establecen los siguientes principios:

a) Que las entidades quedarán agrupadas por sectores definidos con alguna dependencia de la administración centralizada, tomando en cuenta el objeto de cada una de ellas en función directa del ámbito de la esfera de competencia que se le atribuyan a las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos en los términos de las leyes respectivas.

b) Que las entidades paraestatales así agrupadas quedarán sujetas, en cuanto a su operación y funcionamiento, al control, vigilancia y supervisión del coordinador sector a quien compete coordinar la programación, presupuestación y operación de las entidades agrupadas al coordinador respectivo, así como evaluar sus resultados, debiendo siempre un representante del coordinador de sector ser miembro del órgano de gobierno de la entidad respectiva.

c) Por lo que se refiere a las materias de gasto, financiamiento, control y evaluación en general con el Sistema Nacional de Planeación, se da intervención directa a las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público, en los términos de las leyes respectivas. Las leyes respectivas a que alude el Artículo 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no son otras que la Ley General de Deuda Pública, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, Ley de Obras Públicas, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles.

En síntesis, las entidades paraestatales que prevé la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que integran la administración

pública paraestatal, son los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos.

Deliberadamente excluí a las empresas de participación estatal minoritaria, que son aquéllas en las que la administración pública centralizada o cualquier entidad paraestatal tenga participación en el capital de una empresa del 25%, como mínimo, al 50% del capital. En estos casos para vigilar la inversión del Estado la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, designará un Comisario y el ejercicio de los derechos patrimoniales y corporativos se hará por conducto de la Secretaría o Departamento Administrativo que funja como coordinador de sector (Artículo 67 de la LEY). Es importante destacar que el Artículo 48 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, antes de la reforma, sólo consideraba como empresa de participación estatal minoritaria cuando intervenía en el capital social de la empresa, con los porcentajes indicados, cualquier entidad paraestatal, excluyendo al gobierno federal.

#### V. ENTIDADES EXCLUÍDAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

De acuerdo con los Artículos 3º, 4º y 5º de la LEY, quedan excluidas de la aplicación de la misma las siguientes entidades públicas:

1. Las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, en los términos del Artículo 3º, Fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha disposición constitucional señala que las universidades y demás instituciones de educación superior que por ley se les hubiere dado autonomía, tendrán la facultad y responsabilidad de autogobernarse. Como ya lo dijimos con anterioridad, tales entes educativos son verdaderos entes autárquicos. Si las leyes orgánicas de dichas entidades educativas no previeran o señalaran de manera expresa su régimen financiero, su régimen de adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles y su régimen de contratación en general quedarían, en las materias no reguladas por sus propias leyes orgánicas, sujetas a los diversos ordenamientos legales que regulan tales materias, pues el hecho de quedar excluidas expresamente de la LEY, no es óbice para que queden sujetas a los demás ordenamientos jurídicos, siempre y cuando sus leyes específicas no señalen lo contrario. Así, si acaso alguna ley orgánica de una entidad educativa superior, que goce de autonomía, no previera la contratación de créditos, internos o externos, se aplicaría supletoriamente la Ley General de Deuda Pública y, por ende, para la contratación de tal clase de créditos necesariamente ten-

dría que cumplir con las disposiciones legales de dicha ley, como es obtener autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la contratación de los créditos respectivos. Por lo tanto, el carácter de verdadero ente autárquico lo tendrá en función de que su propia ley orgánica prevea todos los aspectos relativos a la estructura de organización, funcionamiento y operación de dichos entes. La autarquía como ya lo vimos, no es sinónimo de autonomía, sino sólo que dentro del marco jurídico general, y concretamente de su ley orgánica, puede autogobernarse el ente, sin perder totalmente sus relaciones de vinculación con la administración pública centralizada.

2. La Procuraduría Federal del Consumidor siendo organismo descentralizado de acuerdo con la Ley Federal de Protección al Consumidor, queda excluida de la LEY. Al igual que las entidades educativas, la Procuraduría queda sujeta desde luego a los diversos ordenamientos jurídicos que regulan las diversas materias de operación y funcionamiento de las entidades paraestatales. Así, dicha Procuraduría queda sujeta a la Ley General de Deuda Pública, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, Ley de Obras Públicas, Ley General de Bienes Nacionales, etcétera, ya que el hecho de excluir a tal Procuraduría de la aplicación de la LEY, no la convierte en un ente desvinculado totalmente del sistema de control y vigilancia que ejerce la administración centralizada conforme a los ordenamientos legales citados; sólo implica que en cuanto a su estructura orgánica no se le aplique la LEY, mas no en cuanto al ámbito de operación y funcionamiento del ente. Lo anterior lo corrobora el propio Artículo 1º, segundo párrafo de la LEY, que señala expresamente que las relaciones entre el ejecutivo federal con las entidades paraestatales se sujetarán a lo establecido en la LEY, y sólo en lo previsto en ésta, a otras disposiciones según la materia que corresponda. Por lo tanto, si se excluye a la Procuraduría de la LEY, no significa que no quede sujeta a los demás ordenamientos jurídicos de control y vigilancia que compete a la Administración Pública Federal en los términos de las ya mencionadas leyes.

3. Igualmente, quedan excluidas de la aplicación de la LEY el Banco de México, las sociedades nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, los fondos y fideicomisos públicos de fomento, así como las entidades paraestatales que formen parte del sistema financiero, las cuales quedan sujetas en cuanto a su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación a su legislación específica (Artículo 4º de la LEY). Si la legislación específica (Ley

Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito y las diversas leyes orgánicas de la llamada Banca de Desarrollo) no regulara las materias relativas a la operación y funcionamiento de tales entidades, como son, entre otras, las atinentes al financiamiento, presupuestación, adquisición y venta de bienes muebles e inmuebles que formen parte de sus activos fijos y contratación de obras públicas, indiscutiblemente se les aplicaría la legislación correspondiente a las materias no reguladas concretamente en su legislación. Desde la primera Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito (1983) hubo la intención de excluir ciertos controles de la administración centralizada para evitar dilaciones y trámites inútiles que dificulten la agilidad y rapidez en las operaciones del sistema bancario en general, lo cual se corrobora con la disposición que excluye a dichas entidades financieras del régimen de la LEY, con las salvedades que se han apuntado. Seguramente, en un futuro próximo tendrán que realizarse reformas a la legislación que regula a las entidades financieras sobre aquellas materias que todavía el sector central ejerce control a través de diversos ordenamientos legales para lograr así un mayor relajamiento o disminución en los controles del sector centralizado.

4. Asimismo, quedan excluidas de la LEY, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y los demás organismos de estructura análoga que hubiere, cuyos entes se regularán por su ley específica y, en lo no previsto en su legislación, por la LEY (Artículo 5º de la LEY).

5. Por último, las entidades cuyo órgano de gobierno, dirección general u organismo de vigilancia cuenten con patronatos, comisiones ejecutivas o sus equivalentes continuarán rigiéndose en cuanto a sus órganos especiales por sus leyes (Artículo 5º, segundo párrafo, de la LEY). En este caso sólo se excluye de la aplicación de la LEY a dichos entes (Instituciones de Beneficencia Pública, etcétera) en cuanto a su estructura de organización, pero se les aplica la LEY en cuanto a los demás aspectos de operación, funcionamiento, control y evaluación.

#### VI. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE GESTIÓN

El Artículo 11 de la LEY postula como principio troncal del nuevo ordenamiento, que las entidades paraestatales gozarán de autonomía de gestión para el cabal cumplimiento de su objeto, agregando la dis-

posición en cuestión que para ello contarán con una administración ágil y eficiente. Dicha disposición constituye la declaratoria más importante de la LEY y el cambio radical de la forma de control de la administración centralizada sobre el sector paraestatal. Para implementar la autonomía de gestión, que en sentido estricto debiera llamarse "autarquía de gestión", el Artículo 58 de la LEY otorga facultades indelegables a los órganos de gobierno de las entidades paraestatales, los cuales deben conducirse conforme al Plan Nacional de Desarrollo y los Programas Sectoriales e Institucionales, quienes tienen facultades absolutas para la operación y funcionamiento de las entidades, incluyendo aquellas que, antes de la LEY, estaban atribuidas a diversas dependencias de la administración centralizada conforme a las diferentes leyes que regulan el control y funcionamiento de dichas entidades. Así pues, dentro de las facultades más importantes en que se hace una transferencia de competencia de las dependencias que integran la administración centralizada a los órganos de gobierno de las entidades paraestatales, se encuentran las siguientes:

1. Aprobar los programas y presupuestos de la entidad paraestatal (Artículo 58, Fracción II de la LEY). Está facultado para preparar y aprobar los presupuestos de las entidades en los términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, competencia que antes la tenía atribuida la Secretaría de Programación y Presupuesto, de modo que bajo el régimen anterior a la LEY las entidades tenían que presentar su proyecto de presupuesto a la Secretaría de Programación y Presupuesto para su aprobación; ahora, compete al órgano de gobierno de cada entidad su aprobación, sin necesidad de recurrir a dicha dependencia para tales efectos. La propia disposición exceptúa de lo anterior a aquellas entidades paraestatales que estén incluidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación y en la Ley de Ingresos de la Federación, como son Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México, Instituto Mexicano del Seguro Social, Aeroméxico, S.A., etcétera, las cuales continúan sujetas al régimen anterior, es decir, que tanto sus presupuestos como sus programas financieros deberán continuar siendo previamente aprobados por las Secretarías de Programación y Presupuesto y Hacienda y Crédito Público, respectivamente.

2. Fijar y ajustar los precios de bienes y servicios que produzcan o presten las entidades paraestatales, con excepción de aquéllos que el Ejecutivo Federal determine. Antes de la LEY, la fijación de los precios de los bienes y servicios de las entidades paraestatales era de la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en tanto

que ahora compete al propio órgano de gobierno. A la fecha de preparación de este estudio, el Ejecutivo Federal no había señalado los casos en que los bienes y servicios quedarían sujetos en cuanto a la fijación de sus precios a la administración centralizada (Artículo 58, Fracción III, de la LEY).

3. Aprobar la concertación de préstamos para el financiamiento de las entidades con créditos internos y externos, quedando sujetos a los lineamientos que sobre el particular dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que es la autoridad competente en tal materia conforme a la Ley General de Deuda Pública. Los créditos externos continuarán sujetos a la previa autorización de dicha dependencia (Artículo 58, Fracción IV, de la LEY).

4. Fijar las bases sobre las cuales el Director General podrá disponer de la adquisición, arrendamiento y enajenación de inmuebles de la entidad (Artículo 58, Fracción XIV, de la LEY). Antes la compra y venta de bienes inmuebles implicaba obtener la previa autorización de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología en los términos de la Ley General de Bienes Nacionales, previo el avalúo de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales. Actualmente, no se requiere tal autorización ni el avalúo respectivo, quedando facultado el órgano de gobierno para fijar las bases, precio y condiciones de venta, sujetándose desde luego a las normas que sobre el particular se contienen en la propia Ley General de Bienes Nacionales.

5. Aprobar la estructura básica de la organización de la entidad y su estatuto orgánico interno, tratándose de los organismos descentralizados. Esta facultad constituye, como ya se dijo con anterioridad, uno de los elementos esenciales del régimen autárquico de las entidades paraestatales.

6. Aprobar, de acuerdo con la Ley General de Obras Públicas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, las bases y programas generales de los convenios, contratos y pedidos que deberá celebrar la entidad con terceros respecto de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con Bienes Muebles (Artículo 58, Fracción VII, de la LEY).

Como se puede apreciar, la transferencia de competencia de la administración centralizada a los órganos de gobierno de las entidades paraestatales respecto de las diversas materias sobre las cuales la administración centralizada había venido ejerciendo el control sobre las mismas, constituye la columna vertebral de la LEY y, por ende, el

instrumento que sus autores encontraron para tratar de darles a las entidades paraestatales una auténtica autonomía de gestión.

Sin embargo, tal autonomía es sólo aparente, ya que dentro de los órganos de gobierno de las entidades paraestatales, de acuerdo con los Artículos 9 y 18 de la LEY, siempre tendrán que ser miembros de dichos órganos los servidores públicos de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y Programación y Presupuesto, al igual que de las otras dependencias que en una u otra forma tengan relación con el objeto de la entidad paraestatal, cuyos órganos de gobierno en ningún caso estarán integrados por menos de cinco miembros. Lo anterior quiere decir que la pretendida autonomía de gestión es una quimera, puesto que lo único que ha hecho la LEY es cambiar el sitio y modo de ejercer los controles la administración centralizada. En lugar de ir las entidades paraestatales a la administración centralizada para obtener las autorizaciones y aprobaciones que las diversas leyes establecen sobre el control y vigilancia de las mismas, ahora es la propia administración centralizada quien, a través de sus servidores públicos, va hacia las entidades paraestatales, formando parte de los órganos de gobierno de las mismas para ejercer los controles relativos a tales entes. Esta transferencia, en esencia, no varía la situación de las entidades, ya que los controles los sigue ejerciendo la administración centralizada mediante su desplazamiento hacia las entidades. Aun cuando es anticipado emitir un diagnóstico sobre lo que va a suceder en la práctica es muy posible que en lugar de lograr esa autarquía a la administración centralizada, pueda tener lugar un mayor entorpecimiento la marcha y operación de los entes, por la circunstancia, por cierto no descabellada, de que integrados los órganos de gobierno por diversos miembros de diferentes dependencias de la administración centralizada, puedan provocarse conflictos e interferencias entre los mismos servidores públicos por no tener criterios homogéneos sobre las diversas materias que constituirán los puntos a resolverse en las sesiones de tales órganos de gobierno provocando con ello, más que agilidad y rapidez, estancamiento y dilaciones en su funcionamiento. Para ilustrar lo anterior, pongamos por ejemplo el caso de la aprobación del programa financiero de una entidad paraestatal, cuyo programa elaborado con base en el programa sectorial en materia de financiamiento, contenga los financiamientos que la entidad respectiva pueda gestionar y obtener durante el ejercicio fiscal. En este caso, el someterse dicho programa para su aprobación al órgano de gobierno, evidentemente que el servidor público representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuenta con mayores elementos y conocimientos sobre

la actividad financiera no sólo de la entidad sino de todo el sector paraestatal, por lo que su punto de vista y su voto, en condiciones normales, debiera ser apoyado ordinariamente por los demás miembros del órgano, pero lo más lógico que suceda es que los demás miembros, básicamente los representantes de la Secretaría de Programación y Presupuesto y de otras dependencias relacionadas con el objeto de la entidad, tengan puntos de vista opuestos y hasta contrarios a las del servidor público representante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y toda vez que las resoluciones del órgano se toman por mayoría de votos de los miembros que lo integran, puede acontecer que las resoluciones, o bien se pospongan, o en todo caso, se adopten de manera contraria al servidor público, que por razón de sus funciones y de la materia objeto de discusión, esté más calificado que los demás miembros. Esta situación, tomada con todas las reservas del caso, puede presentarse y constituir, como ya se dijo, un serio y definitivo obstáculo en la marcha y funcionamiento de las entidades. En síntesis, la pretendida autonomía de gestión es sólo una declaración de buena intención, que en su fase de instrumentación puede encontrar serios escollos. Ojalá que esto no acontezca.

Por otro lado, nuestro sistema jurídico da el mismo tratamiento a los organismos descentralizados y a las empresas de participación estatal mayoritaria. Hubiera sido muy conveniente, en cuanto a su control por parte de la administración centralizada, que las empresas de participación estatal mayoritaria tuvieran menor control que los organismos descentralizados, por la simple y sencilla razón que en los términos de la LEY los organismos descentralizados siempre realizarán un objeto relativo a una actividad o función pública de mayor jerarquía y valor que las empresas de participación estatal mayoritaria y, por lo tanto, no se justifica que se les dé el mismo tratamiento de control, supervisión y vigilancia.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> En el Título III de la Ley del Régimen de las Entidades Paraestatales Autónomas Española (Ley de 26 de diciembre de 1958), las llamadas empresas nacionales en el derecho español, equivalentes a nuestras empresas de participación estatal mayoritaria, sólo están obligadas a remitir al Tribunal de Cuentas, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que termine su ejercicio social, copias autorizadas de su balance y cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes a dicho ejercicio, cuyo referido Tribunal de Cuentas a su vez rendirá un informe de dichas empresas al Consejo de Ministros proponiendo las medidas que deben adoptarse y las resoluciones a dictarse con base en los informes anuales que rindan las empresas, a efecto de lograr un óptimo funcionamiento de las mismas.

### VII. RÉGIMEN APLICABLE A LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

Ya indicábamos, en el Capítulo IV, que los organismos descentralizados deben de tener por objeto la realización de actividades estratégicas o prioritarias, la prestación de un servicio público o social o la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

El Artículo 15 de la LEY señala que en las leyes o decretos relativos que expida el Congreso de la Unión o el Ejecutivo Federal para la creación de los organismos descentralizados se establecerán entre otros elementos:

a) La denominación del órgano; b) domicilio; c) su objeto; d) las aportaciones o fuentes de recursos para integrar su patrimonio; e) la manera de integrar el órgano de gobierno y de designar al director general y a los servidores públicos en las dos jerarquías inferiores a éste; f) las facultades y obligaciones del director general; g) sus órganos de vigilancia y facultades; y h) el régimen laboral a que se sujetarán las relaciones de trabajo. Sobre esto último, cabe hacer la aclaración de que si el órgano descentralizado es creado por el ejecutivo federal, cuya inconstitucionalidad ya fue analizada en el Capítulo IV, está impedido por los principios de Autoridad Formal de la Ley y Supremacía de la ley, para señalar el régimen laboral a que se sujetarán los servidores públicos del organismo descentralizado respectivo, toda vez que la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional, en su Artículo 2º, señala que todos aquellos organismos descentralizados que tengan por objeto la prestación de servicios públicos quedarán sujetos, en cuanto a sus relaciones laborales, a dicha ley. En consecuencia, el Ejecutivo Federal no puede derogar una ley, ni contrariarla ni ir más allá de lo que la ley indica por el principio de distribución de funciones entre los diversos órganos estatales previstos en la Constitución. Por lo tanto, sería inconstitucional que el Ejecutivo Federal al crear un organismo descentralizado estableciera un régimen laboral con sus servidores públicos distinto al de la ley burocrática.

En cuanto al Artículo 16 de la LEY, que se refiere a que cuando un organismo descentralizado deja de cumplir su objeto o su funcionamiento no resulta conveniente desde el punto de vista de la economía nacional, la Secretaría de Programación y Presupuesto, previa opinión de la coordinadora de sector, propondrá al Ejecutivo Federal la disolución y liquidación de dicho ente, es importante subrayar que si el organismo descentralizado hubiere sido creado por ley del Congreso

es evidente que el Ejecutivo no pueda acordar su disolución, sino que en todo caso podrá promover la iniciativa de dicha disolución para que sea acordada por el propio Congreso de la Unión (Principio de Autoridad Formal de la Ley).

Los Artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la LEY se refieren a la forma de funcionar los órganos de gobierno, facultades del director general y manera de acreditar la personalidad y facultades de los miembros del órgano de gobierno, secretario y prosecretario de éste, del director general y de los demás apoderados generales de dichos órganos.

Como algo novedoso, sólo se exige inscribir en el Registro Público de Organismos Descentralizados a esa clase de entes, sin que en lo sucesivo las empresas de participación estatal mayoritaria tengan que inscribirse en el Registro Público que llevará la Secretaría de Programación y Presupuesto. En el referido registro se inscribirán el estatuto orgánico, reformas o modificaciones de los organismos descentralizados; nombramientos de los integrantes de los órganos de gobierno y director general, subdirectores y otros apoderados generales y funcionarios que lleven la firma de la entidad. Para acreditar su personalidad y facultades dichos servidores públicos bastará exhibir una certificación de su nombramiento o mandato expedido por el Registro Público de Organismos Descentralizados.

### VIII. RÉGIMEN APLICABLE A LAS EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA

Igualmente, en el Capítulo IV, se hizo mención de cuáles son consideradas empresas de participación estatal mayoritaria. Las empresas de participación estatal mayoritaria deben tener siempre por objeto las áreas prioritarias que se determinan en el Artículo 6º de la LEY. Sobre el particular, también criticamos la ambigüedad y generalidad de lo que por áreas prioritarias se entiende (Capítulo IV).

Se reitera en el Artículo 31 de la Ley que la organización, administración y vigilancia de las empresas de participación estatal mayoritaria, quedan sujetas a lo que la legislación aplicable a cada una de ellas señale, sea la legislación mercantil o civil, en su caso, sin perjuicio desde luego de que dichas empresas quedan sujetas a los términos señalados por la LEY, es decir, se les da el mismo tratamiento, en cuanto a su control, vigilancia y supervisión, que a los organismos descentralizados. Los demás artículos del Capítulo III, relativos a dichas empresas, se refieren a la forma en que funcionará el consejo

de administración u órgano de administración, directores generales o sus equivalentes, la fusión y disolución de las mismas y, en general, se equipara en lo fundamental, en cuanto a su operación y funcionamiento, a los organismos descentralizados.

#### IX. RÉGIMEN APLICABLE A LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS

El Capítulo IV de la LEY (Artículos 40 al 45) está dedicado a los fideicomisos públicos de los cuales ya hicimos algunos comentarios y observaciones en el Capítulo IV, destacando nuevamente el absurdo de equiparar a los fideicomisos públicos como si se tratara de entidades jurídicas.

El Artículo 40 remite al Capítulo V de la LEY, en cuanto al desarrollo y operación de todas las entidades paraestatales, y por lo que hace a los comités técnicos y directores generales de los fideicomisos públicos, éstos se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento a lo que se establece para los órganos de gobierno y directores generales de las demás entidades paraestatales. El resto del articulado de dicho Capítulo se refiere a los elementos que debe tener el Contrato de Fideicomiso, las facultades del comité técnico, al igual que aquellas materias o asuntos que por su importancia y trascendencia deben ser sometidos al órgano de gobierno de la institución que funja con el carácter de fiduciario. Como punto sobresaliente destaca el Artículo 45 de la LEY al señalar que en los contratos constitutivos de fideicomisos en que la administración pública federal centralizada sea la fideicomitente, siempre se contendrá la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a fideicomisarios o terceros.

#### X. CONCLUSIONES

1. Aunque la LEY es un buen esfuerzo para estructurar adecuadamente a todo el sector paraestatal, no logra su principal objetivo de dar una auténtica autarquía de funcionamiento y gestión al sector paraestatal, salvo aquellas entidades paraestatales como las universidades e instituciones de educación superior que gozan de autonomía y las entidades que integran el sector financiero del Estado.

2. La autonomía de gestión que es el elemento más novedoso de la LEY, está todavía muy lejos de alcanzar tal propósito, por la circunstancia de que la LEY lo único que hace es transferir los términos de la relación en cuanto al control y vigilancia que ejerce la adminis-

tración centralizada, es decir, en lugar de que el sector paraestatal acuda al sector centralizado a obtener las aprobaciones y autorizaciones para su funcionamiento y operación, ahora es el sector centralizado quien va al sector paraestatal con el mismo objetivo, a través de la incrustación en los órganos de gobierno de servidores públicos de las dependencias del sector centralizado, sin lograr una real y auténtica autonomía de gestión, pues de todas maneras están las entidades paraestatales estrecha e íntimamente vinculadas con la administración centralizada.

3. Como se expresó a lo largo de este estudio, continúan vigentes algunas irregularidades, unas hasta el grado de ser inconstitucionales, que no quedaron subsanadas en la nueva LEY.

## DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

Adrián R. ITURBIDE GALINDO

La disolución y liquidación de sociedades como sus propios nombres lo indican, implican el análisis de las causas que ponen fin al contrato o negocio jurídico sociedad. La terminación del contrato de sociedad no es tan sencillo como la de cualquier otro contrato bilateral que implica simplemente poner fin a las relaciones recíprocas de las partes. En la sociedad, se ha creado una persona jurídica distinta de la de los socios que han entrado en relación y creado múltiples lazos jurídicos con terceros por lo que para poder terminarlos se creará forzosamente una situación jurídica compleja. Al existir una causa de disolución la sociedad no acabará automáticamente sino que implicará entrar a la etapa de la liquidación en la que se protegerán los intereses de los terceros y aun de los propios socios.

"Con la disolución termina la sociedad en cuanto agrupación de personas que tiende a la realización de un objeto. Finaliza la existencia activa de la Sociedad y comienza una etapa fundamentalmente pasiva, la liquidación dirigida a realizar el activo, satisfacer el pasivo y distribuir el eventual remanente. La disolución (al igual que al principio la constitución) son "momentos", ya que ambas ocurren fundamentalmente en un instante jurídico bien determinado. Por el contrario el funcionamiento y la liquidación de la sociedad son "estados" o "periodos" de duración en el tiempo. Los dos "momentos" de constitución y de disolución dan principio a los dos estados de funcionamiento y liquidación."<sup>1</sup>

De lo anterior podemos afirmar que, la disolución y la liquidación no son términos idénticos; al presentarse una causa de disolución no se extinguirá la personalidad jurídica del ente social tan sólo principiará una etapa de liquidación que será la que la conduzca finalmente a su extinción.

<sup>1</sup> ALEGRÍA, Héctor. *Sociedades Anónimas*, Ediciones Forum, Buenos Aires, 1971, p. 138.

Los mercantilistas distinguen entre disolución parcial<sup>2</sup> y disolución total; mientras que en esta última hay una ruptura general de los vínculos que la sociedad supone, en la disolución parcial en cambio hay tan sólo una ruptura del vínculo jurídico que liga a alguno de los socios con la sociedad; de alguna manera la sociedad termina para el socio afectado.

En términos generales la disolución parcial puede revestir dos formas jurídicas, la primera se reduce a una separación voluntaria del socio y la segunda llamada exclusión que se da cuando la sociedad es la que elimina al socio como una medida de defensa de la sociedad en contra de aquél.

En todas las sociedades, los socios tienen en determinadas circunstancias el derecho de separarse o de retirarse de la sociedad, lo que provoca su disolución parcial en relación con los mismos.<sup>3</sup>

Así también las sociedades en determinadas circunstancias tienen el derecho de excluir de su seno a sus socios.

En las sociedades de personas es evidente que las causales para una separación o exclusión son preponderantemente de tipo personal y así por ejemplo vemos que de acuerdo con el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en una colectiva el contrato de sociedad puede rescindirse respecto a un socio: a) Por uso de la firma o del capital social para negocios propios; b) Por infracción al pacto social; c) Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social; d) Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía; y e) Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio. Causales todas aplicables a las sociedades en comandita simple<sup>4</sup> y con exclusión de la última también aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada.<sup>5</sup>

Por lo que hace al derecho de retiro se concede en estas sociedades con mayor amplitud que en la anónima, puede darse por ejemplo en virtud de disentir contra cualquier modificación a los estatutos sociales

<sup>2</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil*, Editorial Herrero, México 1975, p. 197. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1981, t. I, p. 583. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1971, t. II, p. 443. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1968, p. 423.

<sup>3</sup> ITURBIDE GALINDO, Adrián R., *El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas*, Editorial Porrúa, México, 1985, pp. 80 y 94.

<sup>4</sup> Art. 57. L.G.S.M.

<sup>5</sup> Art. 86. L.G.S.M.

o porque se nombre administrador a quien no sea socio o se delegue la administración en persona extraña a la sociedad.<sup>6</sup>

En las anónimas por ser sociedades preponderantemente de capitales no encontramos causales personales de disolución. Recordemos en éstas rápidamente, las causas de separación o de exclusión.

Cuando una asamblea general extraordinaria de accionistas adopta resoluciones sobre los siguientes asuntos: cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad y transformación (podemos agregar por una interpretación analógica igualmente a la fusión), cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social según los últimos estados financieros aprobados, siempre que lo solicite dentro de los 15 días siguientes a la asamblea.<sup>7</sup>

El derecho que concede este artículo es inmodificable e insuprimible, sea estatutariamente, sea por acuerdo de la asamblea y la mayor parte de la doctrina sostiene que además es irrenunciable anticipadamente.<sup>8</sup>

Sólo corresponde a los socios que hayan votado en contra del acuerdo y no a los simplemente ausentes o que se hayan abstenido de votar, y el plazo para ejercitarlo es de 15 días contados a partir de la clausura de la asamblea. La razón de ser de este precepto es que con un acuerdo de esta naturaleza el socio se vería obligado a realizar algo que no era su voluntad (cambio de objeto) y quizá contrario a sus intereses, o podría con la transformación o con la fusión, verse más obligado o con el cambio de nacionalidad quedar sujeto a situaciones legales por él desconocidas. O sea que en todos estos casos se vería obligado a más o en forma diferente a la convenida.

El socio que ejercite este derecho podrá separarse de la sociedad disolviéndola parcialmente por lo que a él respecta y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al "activo social" según los últimos estados financieros aprobados (debe interpretarse en proporción del patrimonio social que en última instancia dará el valor real de las acciones). Esto traerá como consecuencia una reducción forzosa del capital social en el importe de la participación correspondiente al socio separado. Recuérdese que con excepción de las sociedades de capital variable, la sociedad tiene facultades para retener la parte del capital y utilidades que correspondan al socio hasta concluir las operaciones

<sup>6</sup> Arts. 34, 38 y 42. L.G.S.M.

<sup>7</sup> Art. 206. L.G.S.M.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 447.

pendientes al tiempo de la separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación de la parte del haber social que le corresponda.<sup>9</sup>

Esto es así porque el socio que se separa o es excluido de una sociedad queda responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión y el pacto en contrario no produce efectos contra terceros.<sup>10</sup>

De cualquier forma ejercitado el derecho de separación la sociedad deberá proceder a tomar el acuerdo de reformar la cláusula del capital social en una asamblea extraordinaria.

Por tratarse en este caso de un reembolso a los accionistas el procedimiento de reducción debe cumplir con la publicidad a terceros que previene el artículo 9o. de la Ley.

Ahora analicemos en qué caso la sociedad anónima puede excluir de su seno a alguno de sus accionistas. Este caso supone que el capital social esté representado por acciones pagadoras (íntegramente suscritas y parcialmente pagadas) y supone igualmente que la sociedad conceda implícitamente o por vía indirecta una liberación a los accionistas de exhibiciones no realizadas. La exclusión se da contra el socio moroso en el pago de la aportación debida. En tratándose de acciones pagadoras la Ley concede a la sociedad en contra de los socios morosos el derecho de exigir en la vía judicial el pago de la exhibición o bien de proceder a la venta de las acciones cuando ha transcurrido el plazo convencional o el legal para hacer el pago (30 días a partir de la fecha en que se haga una publicación del acuerdo que decreta el pago), sin que los accionistas lo hicieren.<sup>11</sup> El supuesto de exclusión se da junto con una correlativa reducción del capital.<sup>12</sup>

La ley establece que si en el plazo de un mes a partir de la fecha en que debiera de hacerse el pago de la exhibición no se hubiera iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición, se declararán extinguidas aquéllas y se procederá a la consiguiente reducción del capital. El reducirse el capital en este supuesto traerá como consecuencia la exclusión del socio moroso, disolviéndose parcialmente la sociedad respecto del mismo.

Otro caso de exclusión en las sociedades de capitales se da cuando

<sup>9</sup> Art. 15. L.G.S.M.

<sup>10</sup> Art. 14. L.G.S.M. Art. 81, Frac. XII. L.G.S.M. ITURBIDE GALINDO, Adrián R. *op. cit.*, p. 96.

<sup>11</sup> Art. 119 y 120. L.G.S.M. ITURBIDE GALINDO, *op. cit.*, p. 83.

<sup>12</sup> Art. 121. L.G.S.M.

la sociedad acuerda reducir su capital por amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas de sus aportaciones. No debe confundirse este caso con aquel otro en que se amortizan acciones con cargo a utilidades repartibles o amortización sustantiva de acciones como se le llama en la legislación española.<sup>13</sup> y que debe terminar normalmente con la emisión de acciones de goce.<sup>14</sup>

Nos referimos ahora a la amortización de acciones con cargo al capital y que al traer como consecuencia necesaria una reducción del mismo implicará una exclusión de socios. A este caso se refiere el artículo 135 de la ley, exigiéndose que la designación de las acciones que hayan de nulificarse se haga por sorteo ante Notario o Corredor.<sup>15</sup>

La decisión de reducir el capital debe tomarse por una asamblea extraordinaria y posteriormente ante Notario o Corredor se procederá al sorteo, exigencia legal justificada porque al amortizarse las acciones se privará al accionista de su calidad de tal, sin que sea una medida general, pues sólo afectará a aquellos socios cuyas acciones hayan sido sorteadas. El sorteo responderá pues a mínimas exigencias de equidad.

La forma material de hacer el sorteo será una simple cuestión de hecho que la ley deja al criterio del fedatario que intervenga con tal que reúna condiciones de generalidad e imparcialidad, participando en el sorteo todas las acciones. Por otro lado en este procedimiento debe cumplirse con los requisitos de publicidad y oportunidad a los terceros para oponerse que les concede el artículo 9o.

Analizamos ahora las causas de Disolución total, las contiene el artículo 229, en una enumeración simplemente enunciativa pues los estatutos pueden lícitamente ampliarlas.

Las sociedades se disuelven: 1. Por expiración del término fijado en el contrato social; 2. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado; 3. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley; 4. Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona; 5. Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

A estas causas podríamos añadir la contemplada en el artículo tercero que se refiere a las sociedades que tengan un objeto ilícito o

<sup>13</sup> Art. 101. *Ley Española de Sociedades Anónimas.*

<sup>14</sup> Art. 136. L.G.S.M.

<sup>15</sup> ITURBIDE GALINDO, *op. cit.*, p. 79.

ejecuten habitualmente actos ilícitos y la contemplada en el artículo 11 del Código Penal, que a la letra dice:

"Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificadas por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

Un último caso sería el de fusión por absorción para la sociedad fusionada.

La primera causa mencionada o sea la expiración del término fijado en la escritura constitutiva produce *ipso-jure* la disolución de la sociedad o como dice la Ley, la disolución de la sociedad se realizará por el solo transcurso del término establecido para su duración.<sup>16</sup>

Resulta que en su fracción IV el artículo 60. establece como cláusula esencial de toda escritura constitutiva la duración de la sociedad; entonces el simple transcurso de ese término, disuelve a la sociedad, y por lo mismo no se requiere declaración de ninguno de los órganos sociales ni de la autoridad judicial. Tampoco se requiere de su inscripción para que esta causa de disolución produzca efectos entre los socios y frente a terceros puestos que deriva de la propia escritura constitutiva ya inscrita en el Registro de Comercio. Es evidente que la sociedad puede prorrogar su duración, pero el acuerdo debe ser tomado antes de que fenezca el término convenido. Ahora bien una vez vencido el plazo, la disolución opera sus efectos *ipso-jure* y la sociedad no podrá seguir actuando para la realización de su objeto, si lo hiciera lo haría en forma irregular y tendrá que aplicársele el régimen de las sociedades irregulares con la consecuencia conocida por todos de que las personas que en nombre de la sociedad siguieran actuando responderían del cumplimiento de estos actos frente a terceros subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad penal en que hubiere incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados.<sup>17</sup>

Otras causas de disolución no operan *ipso-jure*, sino que tienen que ser reconocidas a través de una declaración que tendrá que ser hecha en una asamblea extraordinaria si se tratara de una sociedad anónima.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Art. 232. L.G.S.M.

<sup>17</sup> Art. 233. L.G.S.M.

<sup>18</sup> Art. 182. Frac. II. L.G.S.M.

La causa de disolución producirá sus efectos una vez que sea reconocida y declarada su existencia; declaración que tiene que ser inscrita en el Registro Público de Comercio.<sup>19</sup>

La doctrina acepta que la declaración sea hecha por el órgano de administración,<sup>20</sup> pero como quiera que sea la declaración tiene que ser hecha forzosamente, pues si la sociedad no la hiciera, cualquier interesado socio o extraño (por ejemplo un acreedor), podría acudir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de registro de la disolución.

Una de estas causas es la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado.<sup>21</sup>

La imposibilidad puede ser física, como una situación de hecho por ejemplo el agotamiento de un yacimiento minero que traería la imposibilidad física de realizar el objeto de explotarlo en una empresa minera. La imposibilidad puede ser jurídica y surge cuando por virtud de una ley posterior a la constitución de la empresa no fuera ya lícito para lo sucesivo realizar las finalidades para las cuales se organizó y constituyó la sociedad.

La causal consistente en quedar el objeto consumado se dará en aquellas sociedades que se han constituido para realizar una finalidad concreta y determinada que no implique una actividad permanente (por ejemplo la construcción de una obra determinada).

Otra de estas causas es la que establece la Ley en el hecho de que el número de accionistas llegue a ser inferior al número legal o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.<sup>22</sup> Haciendo clara alusión en el primer caso a las sociedades por acciones (anónimas y comanditas por acciones) que requieren un mínimo de 5 socios y en el segundo caso a todas aquellas sociedades que pueden constituirse simplemente con dos socios.<sup>23</sup>

Otra de las causas de disolución que tiene que ser declarada es la pérdida de las dos terceras partes del capital social o sea un 66.6%.

Se trata del caso de una sociedad deficitaria en la que su capital social indica una cifra mayor que la que representa su patrimonio (activo menos pasivo). La ley otorga en caso de pérdidas varias alternativas: La primera será de que los accionistas acuerden reintegrar

<sup>19</sup> Art. 232. L.G.S.M. Arts. 19 y 21 Frac. V. Código de Comercio.

<sup>20</sup> MANTILLA MOLINA, *op. cit.*, p. 429.

<sup>21</sup> Art. 229, Fracc. II. L.G.S.M.

<sup>22</sup> Art. 229, Frac. IV. L.G.S.M.

<sup>23</sup> En los últimos proyectos de Código de Comercio, siguiendo a la Ley Española de Sociedades Anónimas, ya no se contempla esta causa de disolución.

el capital.<sup>24</sup> La segunda será que la sociedad acuerde reducir su capital social haciéndolo coincidir de este modo con su capital contable lo que se logra a través de una operación interna de contabilidad. Este camino tendrá el atractivo que además de hacer desaparecer la causal de disolución, desaparecerán de los estados financieros las pérdidas y con ellas la imposibilidad de repartir futuras utilidades cuando las hubiere; la tercera alternativa será reconocer y declarar la causal de disolución cuando las pérdidas alcanzaren las dos terceras partes del capital social.

En el caso de que la sociedad tenga un objeto ilícito (sólo se concibe por una disposición legislativa posterior a la constitución) o en el caso en que ejecute habitualmente actos ilícitos o aun cuando realizara uno solo,<sup>25</sup> la disolución surge como pena y en este caso la declaración de disolución puede ser solicitada por cualquier persona, incluso por el Ministerio Público.

Por último hay causales de disolución que no pueden operar *ipso jure*, ni ser reconocidas a través de una declaración sino que tienen que ser acordadas por el órgano competente (asamblea extraordinaria en las anónimas), y que son la disolución anticipada de la sociedad, y la producida por la fusión por absorción respecto de las sociedades fusionadas. Por ser estas causas absolutamente voluntarias ningún tercero interesado podrá solicitar el registro de la disolución.

Ahora bien, la ley concede a cualquier interesado el derecho de demandar la cancelación de la inscripción de la disolución dentro del término de 30 días contados a partir de la fecha de la inscripción cuando a su juicio no hubiere existido alguna de las causas de disolución enumeradas por la Ley.<sup>26</sup>

Una vez disuelta la sociedad se pondrá ésta en liquidación<sup>27</sup> y por costumbre se agregará a la denominación o razón social, la indicación "en liquidación".

La sociedad en estado de liquidación conserva su personalidad jurídica para los efectos de esa liquidación,<sup>28</sup> en el entendido que la liquidación no es potestativa sino que una vez disuelta la sociedad, deviene obligatoria, lo que significa que la disolución es un presupuesto con el que se inicia forzosamente la etapa o el estado, de la liquidación.

La liquidación estará a cargo de uno o más representantes legales

<sup>24</sup> Art. 18. L.G.S.M.

<sup>25</sup> Art. 11. C. Penal para el D.F.

<sup>26</sup> Art. 232. *In fine*. L.G.S.M.

<sup>27</sup> Art. 234. L.G.S.M.

<sup>28</sup> Art. 244. L.G.S.M.

de la sociedad que reciben el nombre de liquidadores; pero mientras no haya sido inscrito su nombramiento en el Registro Público de Comercio y hayan entrado en funciones, los administradores continuarán en el desempeño de su encargo.<sup>29</sup>

¿Quién nombra a los liquidadores?

En primer lugar pueden ser designados desde la formación de la sociedad, en su escritura constitutiva.<sup>30</sup>

A falta de designación el nombramiento se hará por acuerdo de los socios tomado en la proporción y forma que la ley señala según la naturaleza de la sociedad para el acuerdo sobre disolución. Si las causas de disolución son de aquellas que hemos dicho que deben ser reconocidas por una declaración o de aquellas que voluntariamente acuerda una sociedad, el nombramiento de liquidadores debe hacerse en el mismo acto en que se reconozca o se acuerde la disolución. Si la sociedad se disuelve *ipso jure* por expiración del plazo, o en virtud de sentencia ejecutoriada la designación de los liquidadores deberá hacerse inmediatamente que expire el plazo o se dicte la sentencia.<sup>31</sup>

Si por cualquier motivo la designación no se hiciera como lo exige la ley lo hará la autoridad judicial en un incidente a petición de cualquier socio. Por otro lado la ley no exige que el o los liquidadores sean socios por lo que podemos concluir que es lícita la designación como liquidador de un extraño a menos que estatutariamente se exigiera lo contrario.

Hemos sostenido que al darse una causal de disolución, la sociedad entra en un estado o en una etapa de liquidación, la sociedad en este momento termina su etapa activa consistente en la realización de una finalidad, de un objeto social y comenzará una etapa pasiva encaminada a realizar el activo, cubrir el pasivo y a distribuir el remanente entre los socios. La discusión frecuente en doctrina extranjera de si la sociedad conserva o no su personalidad jurídica, carece de importancia entre nosotros, pues nuestro legislador con buena técnica en forma expresa establece que conservan su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación, lo que significa que conservando la sociedad capacidad jurídica, debe limitarse a los fines de la liquidación, cobro y pago de lo debido, enajenación del activo y división final entre los socios.

De lo anterior algunos autores han sostenido siguiendo a la doctrina alemana, que la sociedad conserva una capacidad limitada, tesis insos-

<sup>29</sup> Arts. 235 y 237. L.G.S.M.

<sup>30</sup> Art. 6. Frac. XII. L.G.S.M.

<sup>31</sup> Art. 236. L.G.S.M.

tenible, pues como opina Sotgia:<sup>32</sup> "Es lógicamente inconcebible que se admita sin referencia a normas positivas, una diversa gradualidad de la capacidad de las personas jurídicas. La capacidad es un derecho atribuido por el reconocimiento implícito y explícito por parte de la Ley. Las limitaciones sobre la capacidad resultan de normas explícitas o de su misma íntima conformación. . . La prohibición a los liquidadores de asumir nuevas obligaciones no puede ser elevada a la categoría de base de la concepción de la limitación de la capacidad jurídica social. Se dirige exclusivamente a los liquidadores y fija los límites de sus poderes de obrar en nombre y por cuenta de la sociedad. . . La capacidad de adquirir derechos y obligaciones por la sociedad queda inmodificada; pero las modificaciones existen sólo con respecto a sus representantes legales. . ."

En otras palabras la sociedad conserva su personalidad jurídica y por ende su capacidad intacta, lo que pasa simplemente es que a partir de la disolución tendrá que darle un enfoque diferente por parte de sus representantes legales, los liquidadores y éstos serán los que encontrarán restricción legal a su campo de acción, pues de acuerdo con la ley deberán concluir las operaciones sociales que hubieran quedado pendientes al tiempo de la disolución, sin olvidar que después de disuelta la sociedad los administradores no podrán iniciar nuevas operaciones.<sup>33</sup>

Igual restricción podría señalarse para los liquidadores aunque claro está, dentro los límites que imponga la liquidación misma. En este estado no es posible establecer reglas estrictas para todas las sociedades, para algunas el realizar una nueva operación podría resultar una exigencia de la liquidación misma, como por ejemplo sería el no desaprovechar determinada materia prima respecto de la cual conviniere más su utilización en la elaboración de productos terminados que en su reventa, lisa y llana (lo que impediría un daño para la sociedad) y sin que se consideren operaciones nuevas o autónomas). En fin son excepciones pero como quiera que sea las restricciones existentes sólo afectan a los liquidadores, al respecto dice Rodríguez y Rodríguez:<sup>34</sup> "Desde el punto de vista externo, frente a terceros, subsiste la plena capacidad de la sociedad y se conserva la autonomía del patrimonio. . . únicamente que se inicia un proceso de desintegración de la empresa que no puede realizarse de un modo caótico o desordenado que sería perjudicial a los socios y a los terceros, por lo que

<sup>32</sup> Citado por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 477.

<sup>33</sup> Arts. 242. Frac. I. 233. L.G.S.M.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 478.

debe practicarse de acuerdo con ciertas normas establecidas por los socios o impuestas por la Ley".

Ahora bien, así como los administradores son los representantes de la sociedad en su etapa de funcionamiento, así los liquidadores lo son en el estado de liquidación y cuando sean varios éstos deberán obrar conjuntamente, disposición que la doctrina y los tribunales han interpretado como cuerpo colegiado o sea que se requiere simplemente que sus decisiones sean tomadas por mayoría y no necesariamente que actúen por unanimidad.<sup>35</sup>

Para que puedan realizar sus funciones de liquidadores se requiere: 1. Que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro Público de Comercio; y 2. Que los administradores les hayan entregado todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, levantándose en todo caso un inventario del patrimonio social.<sup>36</sup>

La ley reconoce una absoluta libertad para que los socios acuerden la forma y términos en que deba realizarse la liquidación, aunque claro con las limitaciones naturales de que no perjudiquen derechos de terceros, ni vayan en contra del interés público<sup>37</sup> y esto es lógico porque con las limitaciones dichas, la liquidación es una etapa organizada en beneficio de los socios quienes buscan en ella su desvinculación del ente social y la recuperación de sus aportaciones.

"La liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato social o a la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad".<sup>38</sup>

Solamente a falta de dichas estipulaciones la liquidación se practicará de conformidad con las disposiciones del capítulo respectivo, e insiste el legislador que salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades: 1. La primera, ya dijimos, concluir las operaciones sociales que hubieran quedado pendientes al tiempo de la disolución; 2. Cobrar lo que se deba a la sociedad; pagar lo que ella deba —y esto en sentido amplio no sólo en cuanto a créditos o deudas pecuniarias sino en cuanto a exigir o dar cumplimiento a todas las obligaciones de dar, hacer o no hacer a favor o a cargo de la sociedad; 3. Vender los bienes de la sociedad en cuanto a la conversión en efectivo del patrimonio con

<sup>35</sup> Arts. 235-239. L.G.S.M. MACEDO HERNÁNDEZ, José Héctor, *Ley General de Sociedades Mercantiles*. Cárdenas Editor, México, 1977, p. 192.

<sup>36</sup> Arts. 237-241. L.G.S.M.

<sup>37</sup> Art. 6. Frac. XIII. L.G.S.M.

<sup>38</sup> Art. 240. L.G.S.M.

objeto de; 4. Liquidar a cada socio su haber social,<sup>39</sup> finalidad primordial de la liquidación, aunque evidentemente los terceros acreedores serán preferentes a los socios y entre éstos puede haber algunos que lo sean en relación con los demás como por ejemplo en las S. A. los tenedores de acciones de voto limitado,<sup>40</sup> respecto de los tenedores de acciones ordinarias o éstos en relación con los tenedores de acciones de goce.<sup>41</sup> Los liquidadores deben igualmente: 5. Practicar los estados financieros de la liquidación que deberán ser aprobados por los socios y depositarse en el Registro Público de Comercio; y 6. Por último una vez concluida la liquidación obtendrán del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción.

Aún antes de terminarse la liquidación los socios pueden exigir de los liquidadores la entrega de una parte del haber que les corresponda pero el acuerdo sobre distribución parcial, debe al igual que en los casos de reducción del capital publicarse tres veces en el periódico oficial del domicilio social para dar oportunidad a los acreedores o oponerse si se lesionan sus derechos.<sup>42</sup>

Por lo que se refiere a la división de los bienes la ley regula para las sociedades de personas un procedimiento que facilita el reparto en especie y con una publicidad limitada.<sup>43</sup>

Para las anónimas y comanditas por acciones establece normas para la distribución del remanente. Los estados financieros deben publicarse tres veces de diez en diez días indicando la parte que corresponda a cada socio en el haber social, los accionistas gozan de un plazo de quince días a partir de la última publicación para presentar sus reclamaciones a los liquidadores y transcurrido el plazo se convoca a una asamblea general que aprobará en definitiva esos estados financieros de liquidación, una vez aprobados los estados financieros los liquidadores procederán a hacer los pagos contra entrega de las acciones y los títulos no cobrados en dos meses a partir de la aprobación se depositarán en una Institución de Crédito para su pago. La ley no aclara qué pasa con los depósitos no reclamados aunque ya los proyectos de Código de Comercio incluyendo el de 1981 establecen que después de cinco años si no son reclamados corresponden a la asistencia pública.<sup>44</sup>

Por último los liquidadores deberán por su parte conservar en depó-

<sup>39</sup> Art. 242. L.G.S.M.

<sup>40</sup> Art. 113. L.G.S.M.

<sup>41</sup> Art. 137. L.G.S.M.

<sup>42</sup> Art. 243. L.G.S.M.

<sup>43</sup> Art. 246. L.G.S.M.

<sup>44</sup> Art. 248. L.G.S.M.

sito los libros y papeles de la sociedad durante diez años después de que se concluya la liquidación.<sup>45</sup> Disposición evidentemente establecida en beneficio de terceros acreedores y de los mismos socios pues de otra manera cualquier daño que se les hubiere ocasionado por una liquidación mal practicada quedaría irreparable al extinguirse la sociedad si desaparecieran los libros y papeles. En cambio de esta manera dentro del plazo legal de prescripción podrán siempre revisarse y el perjudicado, proceder a repetir contra los socios o terceros que hubieren sido pagados indebidamente, o demandar inclusive la nulidad de la liquidación.

<sup>45</sup> Art. 245. L.G.S.M.

## UNIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Juan Manuel JIMÉNEZ ILLESCAS

*SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones sobre la importancia del conocimiento de los medios de defensa del contribuyente. III. El Recurso Administrativo. IV. Tramitación y formalidades de los recursos. V. Análisis sobre recursos administrativos en Leyes Administrativas. VI. Unificación de los Recursos Administrativos.*

### I. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que en México un elevado porcentaje de la población tiene en mayor o menor grado, escaso o en ocasiones nulo conocimiento de sus medios de defensa en materia administrativa.

Si a lo anterior aunamos, que según la materia que se trate, los términos y medios de defensa son múltiples, el problema de inseguridad jurídica del gobernado ante las diversas autoridades gubernamentales se vuelve más complejo.

En los últimos años se viene hablando de medidas de simplificación administrativa, que buscan dar al gobernado facilidad en todas sus gestiones gubernamentales, a fin de disminuir lo obeso de nuestro sistema administrativo.

Lo antes expuesto, me ha hecho reflexionar sobre la conveniencia de que en nuestro sistema jurídico administrativo, se dé nacimiento a la idea de simplificación administrativa en los medios de defensa de los gobernados, a través de la creación de un "recurso único" en materia administrativa.

Debido a que la mayor parte de los gobernados no hacen valer sus derechos en contra de resoluciones administrativas que les causan agravio, en el capítulo primero, se manifiestan algunas de las razones por las cuales es necesario que el gobernado ejercite sus derechos en contra de actos que considere ilegales o violatorios de sus garantías individuales.

En virtud de que se considera que el Código Fiscal de la Federación, es el ordenamiento jurídico más idóneo para que en él se regule al recurso administrativo único que se propone, el presente trabajo, se ha enfocado preferentemente al estudio del mismo.

Por último, debe manifestarse que lo que en este estudio se pretende, es marcar la necesidad que existe de unificar los recursos administrativos, ya que el estudio sobre la forma en que dicho recurso debe regularse, tiene que ser materia de un análisis específico.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DE CONOCIMIENTO DE LOS MEDIOS DE DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE

Para todos los Gobiernos es de sumo interés que sus ciudadanos conozcan sus obligaciones tributarias y que tengan conciencia del cumplimiento de ellas, pues esto es de gran trascendencia para el desarrollo social y económico de las naciones, ya que los recursos que se requieren para la realización de las obras de infraestructura que se demandan para el crecimiento de la vida económica de una nación, precisa del apoyo leal y decidido de su población económicamente activa. Además, los servicios públicos que tiene obligación de proporcionar el Estado a su población de parques públicos, la impartición de justicia, etcétera, etcétera, demandan sumas de dinero que deben ser satisfechas vía contribuciones.

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de elaborar sus planes de Finanzas Públicas sobre bases objetivas y razonables; es decir, sus programas de gasto público e inversiones, deberán realizarse considerando el potencial socio-económico de sus gobernados, su preparación científica, técnica y escolástica; asimismo se deberán considerar los recursos naturales de la Patria y la planta productiva en operación.

En tal virtud, el Presupuesto de Ingresos se deberá preparar acuciosamente, a fin de no crear cargas fiscales que no pueda cubrir su población económicamente activa, pues cuando un presupuesto se realiza en forma arbitraria, es decir, por voluntad o capricho, sin tomar en cuenta los factores concurrentes en la economía de un país, cunde el desaliento en los gobernados y su consecuencia a corto plazo plantea graves problemas financieros, no sólo a los contribuyentes, sino también en las Finanzas Públicas del Estado.

Cuando esta situación se hace manifiesta, irreflexiblemente los gobiernos llegan a adoptar otras soluciones para suplir la deficiencia del Presupuesto de Ingresos, como lo son el endeudamiento externo o interno planeado al vapor, o bien se recurre a la emisión de papel moneda, cuyas consecuencias generalmente son negativas, por no ser producto de planes meditados. En ocasiones los gobiernos optan por resolver sus finanzas imponiendo nuevas cargas impositivas a sus gobernados, o bien, incrementando los gravámenes tributarios en vigor,

dañando de esta forma la riqueza productiva de su población. Este proceder de conducir la economía de un país, sin planes bien estructurados, es riesgoso, pues ocasiona graves trastornos de diversos órdenes entre los que se puede mencionar:

a) Descapitalización de las empresas. Se traduce en la baja de su ritmo de producción, o lo que es más grave, puede llevar a una paralización total de algunas empresas.

b) Desaliento en la clase trabajadora. Se llega a la conclusión de que no vale la pena mayores esfuerzos, pues el Estado, por medio de los impuestos, se lleva la tajada del león.

c) Fuga de capitales. Ante impuestos inmoderados resulta más interesante invertir en países con cargas tributarias justas.

d) Se ahuyenta la inversión externa. Generalmente complementa la economía interna de las naciones, sobre todo de aquellas en vías de desarrollo.

e) Propicia la evasión fiscal. Principio fatal que pervierte el principio fundamental de conciencia de cooperación al sostenimiento de los gastos públicos.

Cuando se presenta esta situación de excesos en la carga tributaria el principio de justicia impositiva se pierde, pues los gobernados tienen que contribuir a los gastos públicos en forma no proporcional y no equitativa.

Ante esta expectativa, es necesario que la población económicamente activa, que es la que contribuye en la medida de sus diversas capacidades al sostenimiento del gasto público, conozca no sólo sus obligaciones en materia tributaria, sino también sus derechos o medios de defensa, para que las autoridades no la estrangulen con cargas impositivas inmoderadas.

En una época inflacionaria como la que se padece a nivel mundial y nacional, el conocimiento de las obligaciones y derechos en materia tributaria es piedra angular, tanto para los gobernados como para el Estado, pues como ya se dijo anteriormente, las cargas impositivas inmoderadas pueden destrozar la economía de una nación, sobre todo en época inflacionaria hipersentiva a los problemas financieros.

En efecto, en épocas inflacionarias las empresas sufren graves problemas de liquidez y solvencia. Problemas de liquidez para cubrir sus obligaciones a corto plazo, en este concepto encajan los impuestos; y de solvencia, por la merma de su capacidad financiera para endeudarse a largo plazo y, optar por esta solución para el pago de impuestos es fatal.

Por otra parte, debemos considerar que en épocas inflacionarias

se da el caso con frecuencia, de que se generan utilidades extraordinarias que los contadores denominan en su jerga profesional como "resultados en libros"; situación que coloca al contribuyente ante el hecho de pagar impuestos sobre utilidades numéricas no reales. Se dice que son utilidades en libros, por ser resultado de operaciones de compra-venta de mercancías a precios de hoy adquiridas a precios de ayer y cuyo costo de reposición será más elevado que el precio a que fueron vendidas o producidas, con lo cual, el ciclo económico de las empresas se deteriora, lo que se traduce en descapitalización de los negocios, la que se agudiza por el pago de impuestos sobre estas llamadas utilidades en libros, por lo que se puede afirmar que la inflación en sí es un impuesto que pagan los contribuyentes.

El problema inflacionario plantea un serio problema constitucional, ya que con el aumento de circulante mediante financiamientos al Gobierno Federal, lo que se está haciendo es establecer un impuesto oculto, que no está previsto en ninguna Ley y que no es proporcional ni equitativo. Con esto se viola flagrantemente la fracción IV del artículo 31 de nuestra Constitución Federal.

A pesar de las medidas que se han contemplado en la legislación fiscal y las estrategias de orden contable-económico empleadas para suavizar la carga impositiva, el problema expuesto se presenta en mayor o menor grado en diversas empresas, ya que las utilidades obtenidas en épocas inflacionarias, no reflejan la realidad económica de la operación de las empresas.

A mayor abundamiento, debemos considerar que el costo de reposición de los bienes de capital, de no adoptarse medidas reales de orden fiscal que permitan absorber el costo de los bienes de capital a su valor de reposición, puede ocasionar que el país a corto plazo tenga una industria obsoleta, con el consiguiente atraso técnico que lo marginen de la economía mundial por no ser competitivo ni en calidad, cantidad y precio.

Esta consideración nos obliga a pensar que el Impuesto Sobre la Renta, en un momento dado puede estar gravando tanto el capital de trabajo de las empresas como sus bienes de capital, pues sus utilidades en épocas inflacionarias, en la mayoría de los casos, son meramente de libros, es decir, resultados numéricos que no presentan una realidad técnica, económica, contable y financiera de la realidad operativa de las empresas en su renglón de recuperaciones y utilidades.

Por otra parte, si las tasas impositivas, los recargos y las multas las establece el Estado en forma exagerada, el contribuyente se en-

cuentra ante la disyuntiva de sufrir día a día el deterioro de su empresa, sin defensa alguna, o bien, opta por dar terminadas sus operaciones, considerando que el tiempo es un recurso no renovable que no debe perderse, con lo cual se deterioran o se pierden fuentes de trabajo y de riqueza nacional que necesariamente llevarán al deterioro de las Finanzas Públicas, es decir, se le revierte el problema financiero al Estado.

El conocimiento del gobierno en materia tributaria, por lo tanto, no se debe contraer tan sólo al conocimiento de sus obligaciones y cumplimiento de las mismas, pues su participación activa en la economía de su país lo debe conducir, por los medios legales, a exigir que en materia impositiva, el Estado tome conciencia de la situación económica de sus gobernados, para que las cargas tributarias sean precisamente proporcionales y equitativas, a fin de alentar a la población en el desarrollo de su actividad económica, situación que permitirá al industrial mexicano, concurrir a los mercados internacionales con posibilidad de éxito, ampliando de esta forma, la planta productiva, la que generará nuevas fuentes de trabajo, que beneficiarán a su población y enriquecerán las Finanzas Públicas de México.

Se insiste, la participación ciudadana no debe limitarse al mero conocimiento y cumplimiento de sus obligaciones tributarias, sino que debe tener participación activa en el destino que el Gobierno da al fruto de su trabajo, pues el no hacerlo, significa permanecer pasivo, lo que más adelante le repercutirá en nuevas cargas tributarias o en mismas con mayores gravámenes.

Sin embargo, por abulia, el contribuyente no hace valer sus derechos ante las autoridades y, tan es así, que cuando el Estado fija contribuciones ilegales, prefieren cumplirlas a ejercitar sus derechos para evitarse pérdidas de tiempo y gastos. Esto ha propiciado que el Estado cada día abuse más de la facultad que tiene de legislar en materia tributaria.

La abulia de los contribuyentes para no hacer valer sus derechos, en buena parte ha sido propiciada por el abuso de las facultades del Estado en materia impositiva, pues ha colocado al contribuyente en estado de indefensión de sus derechos, en base al sistema que en materia impositiva ha creado, por ejemplo: límite en la causación de recargos en un 500%; monto de la garantía; honorarios de abogados, peritos, etcétera, y, la aleatoriedad que todo juicio representa, por los criterios y medidas de índole política, que por desgracia, se pueden presentar en el desarrollo de la defensa.

### III. EL RECURSO ADMINISTRATIVO

#### a) Concepto

De conformidad a los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna, todos los actos de la administración pública deben estar motivados y fundados, es decir, siguiendo al maestro Margáin Manautou<sup>1</sup> "la administración debe sustentar su actuación frente a los particulares en la legalidad de sus actos".

A pesar de lo anterior, la administración pública no siempre actúa dentro del marco de la legalidad, razón por la cual resulta necesario que se permita al gobernado tener una adecuada protección.

Por lo anterior es por lo que, frente a los actos administrativos dictados en aplicación del derecho tributario, los distintos ordenamientos jurídicos suelen establecer recursos, también administrativos, ya que su decisión corresponde a órganos pertenecientes a la administración pública.

Asimismo, con el fin de evitar que los órganos jurisdiccionales tengan excesivas cargas de trabajo, es por lo que se ha considerado oportuno crear esta clase de medios de defensa.

Por recursos administrativos se entiende aquel medio "con que cuenta el particular, ya sea persona física o jurídica colectiva, para obligar a la Administración Pública (entendiéndose a los órganos de unidades administrativas que directa o indirectamente dependen del Poder Ejecutivo), a cumplir con las garantías de audiencia y de legalidad previstas en los artículos 14 y 16 Constitucionales".<sup>2</sup>

Es decir, de acuerdo a Margáin Manautou "es todo medio de defensa al alcance de los particulares para impugnar, ante la administración pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de los propios particulares, por violación al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida".<sup>3</sup>

Rafael de Pina lo define como el "medio de impugnación de los actos administrativos o judiciales establecidos expresamente al efecto por disposición legal".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> MARGAÍN MANAUTOU, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, México. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1983, p. 161.

<sup>2</sup> TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y Cinco Años*, México, 1982, t. I, p. 841.

<sup>3</sup> MARGAÍN, *op. cit.* p. 162.

<sup>4</sup> DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México. Editorial Porrúa, 1980, p. 402.

Para el maestro Gabino Fraga "el recurso administrativo constituye un medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoprotunidad del mismo".<sup>5</sup>

Los recursos fueron propios del Derecho Procesal Civil. En el Derecho Romano nacieron y se perfeccionaron durante el Imperio; no obstante, hacia fines de la República comenzó a figurar el recurso revocatorio que podía interponerse en contra de la sentencia injusta o nula.<sup>6</sup>

En México adquirieron importancia en el año de 1929, fecha en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que para la procedencia del Juicio de Amparo es necesario previamente agotar los recursos administrativos, es decir, se establece el principio de definitividad en relación al amparo en materia fiscal.

#### b) Principios de los Recursos

Nuestra legislación, jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que los recursos administrativos tienen los siguientes elementos:

##### 1. Principio de legalidad

De conformidad a este principio los recursos administrativos deben preverse en la ley. Acorde con este principio, el Código Fiscal de la Federación en su artículo 116 establece que contra los actos administrativos dictados en materia fiscal federal, únicamente se podrán interponer los recursos que dicho precepto señala.

Por lo anterior, la promoción, tramitación y resolución de los recursos deberá hacerse de conformidad a lo establecido en el Código Fiscal de la Federación (artículos 116 al 133).

De lo expuesto se puede decir que sólo existirá el recurso si se encuentra previsto en Ley, es decir, existe el principio "nulo recurso sin ley". En relación a este particular, encontramos el siguiente criterio del Tribunal Fiscal de la Federación:

<sup>5</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1982, p. 435.

<sup>6</sup> PORRAS Y LÓPEZ, Armando, *Estructura Jurídica del Código Fiscal de la Federación*, México. Manuel Porrúa, S.A. Librería, 1977, p. 90.

"RECURSO ADMINISTRATIVO. Si no existe establecido en la ley correspondiente, el interesado no deberá intentarlo antes de acudir al Tribunal Fiscal, porque quedaría sin defensa; debiendo tenerse en cuenta que la autoridad ante quien un particular hace una petición con sólo el fundamento del artículo 8o. constitucional, no está obligado a estudiar el fondo del problema de que se trata; y su única obligación es la de contestar por escrito la solicitud del interesado; consiguientemente, si el causante recurriera a alguna gestión en la forma indicada en el último término, se expondría a perder el derecho de objetar la resolución ante el Tribunal Fiscal. (355)"

"Q. No. 1250/30. Resuelta el 27 de noviembre de 1939, por 8 contra 4."

En relación a lo anterior, es necesario mencionar que la fracción VI del artículo 202 del Código Fiscal de la Federación, establece que el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación es improcedente contra resoluciones y actos administrativos que pueden impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa, con excepción de aquéllos cuya interposición sea optativa.

### 2. Principio de instancia de parte

Este principio significa que el contribuyente puede o no hacer valer el recurso que corresponda. Es decir, la interposición del recurso es optativa. Sin embargo, si el perjudicado no lo hace valer perderá el derecho de impugnar la resolución correspondiente ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ya que se considerará un acto consentido.

En efecto las fracciones IV y VI del artículo 202 del Código Fiscal de la Federación, establecen como causas de improcedencia del juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación, el que se hubiere consentido la resolución o acto administrativo, entendiéndose que lo hay cuando no se promovió algún medio de defensa en los términos de las leyes respectivas, o si la resolución o acto correspondiente, pudo impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa, con excepción de aquéllos cuya interposición sea optativa.

### 3. Existencia de un acto

De acuerdo a este principio, debe existir un acto administrativo contra el que se promueve el recurso. En este sentido el artículo 116 del Código Fiscal de la Federación establece que los recursos previstos en dicho ordenamiento, serán procedentes contra "actos administrativos dictados en materia Fiscal Federal".

Resulta importante señalar que, para que el recurso que corresponda sea procedente, es necesario que la resolución administrativa que se desea impugnar reúna las siguientes características:

a) Que se trate de una resolución definitiva. (Artículo 117 Código Fiscal de la Federación).

b) Que sea personal y concreta.

c) Que cause agravio (artículo 122, fracción II Código Fiscal de la Federación).

d) Que conste por escrito, con excepción de la negativa ficta (artículo 122 en relación con la fracción I del artículo 18 del Código Fiscal de la Federación).

### 4. Que exista una autoridad administrativa encargada de tramitarlo y resolverlo

Dentro de la doctrina se establece que los recursos se pueden presentar ante la misma autoridad que emitió el acto impugnado; otros ante la autoridad jerárquicamente superior de aquella que expidió el acto; y otros ante una autoridad administrativa creada especialmente para resolverlos.<sup>7</sup>

De conformidad al artículo 121 del Código Fiscal de la Federación, "el escrito de interposición del recurso deberá presentarse ante la autoridad que emitió o ejecutó el acto impugnado".

Por su parte el artículo 126 del ordenamiento citado establece que "el recurso de oposición al procedimiento administrativo de ejecución se hará valer ante la oficina ejecutora".

### 5. Plazo de presentación

Esta consideración nos obliga a pensar que el Impuesto Sobre la los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación del acto que se desee impugnar (artículo 121 del Código Fiscal de la Federación).

En el caso de que el particular afectado por un acto o resolución administrativo fallezca durante el plazo arriba citado, se suspenderá hasta un año, si antes no se hubiera aceptado el cargo de representante de la sucesión (artículo 121, último párrafo del Código Fiscal de la Federación).

<sup>7</sup> TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, *op. cit.*, p. 846.

### 6. Formalidades de los recursos

Se deben cumplir con las formalidades que el Código Fiscal de la Federación señala. Me remito a lo expuesto en el capítulo III de este estudio.

### 7. Procedimiento

El recurso debe sujetarse al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación. Me remito a lo expuesto en el capítulo III de este trabajo.

## IV. TRAMITACIÓN Y FORMALIDADES DE LOS RECURSOS

Los requisitos formales que deben reunir los recursos se encuentran establecidos en los artículos 8 y 122 del Código Fiscal de Federación, y son los siguientes:

### a) Deben presentarse por escrito

La exigencia de este requisito nos parece correcta, ya que va de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, pues que "en todo momento habrá certeza absoluta de los términos en que fue planeada la inconformidad".<sup>8</sup>

El escrito en donde conste el recurso deberá contener los siguientes datos:

1. El nombre, la denominación o razón social del contribuyente, el domicilio fiscal manifestado por el contribuyente (para el efecto de fijar la competencia de la autoridad), y la clave que le correspondió en el Registro Federal de Contribuyentes.
2. Autoridad a la que se dirige y propósito de la promoción.
3. Domicilio para oír y recibir notificaciones.
4. Descripción del acto que se impugna.
5. Los hechos controvertidos relacionados con el recurso.
6. Los agravios que le cause el acto impugnado.
7. Se deberán ofrecer las pruebas correspondientes.

Cuando no se cumpla con los requisitos citados, se deberá requerir al promovente para que los subsane, dándosele un plazo de 10 días en

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ LOBATÓN, Raúl, *Derecho Fiscal*. México. Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1983. p. 216.

el caso de los incisos 1, 2 y 3, y de 5 días en los demás casos para cumplirlos, ya que en el caso de no hacerlo se tendrá por no interpuesto el recurso (artículos 18 y 122 del Código Fiscal de la Federación).

### b) Deberá interponerse ante autoridad competente

Sin embargo, cuando un recurso se interponga ante autoridad fiscal incompetente, ésta lo deberá turnar a la que sea competente (artículo 120, último párrafo del Código Fiscal de la Federación).

### c) Término para interponerlo

Como ya se mencionó, el término para hacer valer los recursos es de cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efecto su notificación del acto.

Si el contribuyente tiene su domicilio fuera de la población en que radique la autoridad que emitió o ejecutó el acto impugnado, el escrito de interposición del recurso podrá presentarse en la oficina exactora más cercana a dicho domicilio o enviarlo a la autoridad que emitió o ejecutó el acto, por correo certificado con acuse de recibo, siempre que el envío se efectúe desde el lugar en que resida el recurrente. En estos casos, se tendrá como fecha de presentación del escrito respectivo, la del día en que se entregue a la oficina exactora o se deposite en la oficina de correos (artículo 121 del Código Fiscal de la Federación).

### d) Representación en el recurso

De conformidad al último párrafo del artículo 122 del Código Fiscal de la Federación, cuando no se gestione en nombre propio, la representación de los interesados deberá recaer en licenciado en derecho.

Lo anterior no se aplica si la gestión se realiza a nombre de una persona moral en los términos de la ley que la regula y conforme a sus estatutos, sin perjuicio de lo que disponga la legislación de profesiones.

### e) Documentos que deben acompañarse al escrito donde se contenga el recurso

El artículo 123 del Código Fiscal de la Federación señala los siguientes documentos:

1. El documento con el que el promovente acredite su personalidad.
2. El documento en donde conste el acto impugnado.

3. La constancia de notificación del acto impugnado, a no ser que nunca se haya tenido, caso en el que el promovente deberá declarar bajo protesta de decir verdad que no recibió constancia o cuando la notificación se haya practicado por correo certificado con acuse de recibo o se trate de negativa ficta.

En caso de que la notificación se haya efectuado por edicto, deberá señalarse la fecha de la última publicación y el órgano en que ésta se hizo.

4. Las pruebas documentales que ofrezca o el dictamen pericial, en su caso.

Si el recurrente no tiene en su poder las pruebas documentales ofrecidas, o no las pudo obtener, deberá señalar el lugar donde se encuentren, con el fin de que la autoridad fiscal requiera su remisión cuando ésta sea legalmente posible.

De no acompañarse alguno de los documentos citados, se requerirá al promovente para que en el plazo de cinco días los presente y, en caso de que no lo haga, se tendrán por no ofrecidas las pruebas o por no interpuesto el recurso en el caso de que la omisión se refiera a los documentos marcados con los números 1, 2, y 3.

En los recursos administrativos se admiten toda clase de pruebas, excepto la testimonial y la de confesión de las autoridades mediante absoluciones de posiciones. No se considera dentro de esta prohibición la petición de informes a las autoridades fiscales, respecto de hechos que consten en sus expedientes o documentos agregados a ellos (artículo 130, primer párrafo del Código Fiscal de la Federación).

Se podrán presentar pruebas supervenientes siempre y cuando no se haya dictado resolución.

En relación a la valoración de las pruebas, se establece que la confesión expresa del recurrente y los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, hacen prueba plena; si en los documentos citados se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo probarán plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado.

Las demás pruebas quedan a la prudente apreciación de la autoridad. Sin embargo, la autoridad tiene obligación de fundar y motivar las resoluciones que emita.

A pesar de lo anterior, si por el enlace de las pruebas que se rindan y de las presunciones formadas, la autoridad adquiere convicción dis-

tinta acerca de los hechos materia del recurso, podrá valorar las pruebas sin sujetarse a lo antes expuesto, debiendo en todo caso fundar razonadamente esta parte de su resolución.

#### f) *Improcedencia de los recursos*

De conformidad al artículo 124 del Código Fiscal de la Federación, los recursos interpuestos serán improcedentes en los siguientes casos:

1. Que no se afecte el interés jurídico del recurrente.
2. Que no se trate de una resolución dictada en recurso establecido en otras leyes fiscales.
3. Que el acto administrativo ya haya sido impugnado ante el Tribunal Fiscal de la Federación.
4. Que se trate de actos consentidos, es decir, si no se promovió el recurso dentro del plazo legal.
5. Que el acto impugnado en el recurso sea conexo a otro que haya sido impugnado por medio de algún recurso o medio de defensa diferente.

#### g) *Resolución en el recurso*

El artículo 131 del Código Fiscal de la Federación establece que la autoridad debe dictar resolución y notificarla en un término que no excederá de cuatro meses contados a partir de la fecha de interposición del recurso.

Asimismo, el silencio de la autoridad significará que se ha confirmado el acto impugnado. En este caso, el recurrente podrá esperar la resolución expresa correspondiente o impugnar en cualquier tiempo la presunta confirmación del acto impugnado.

Se faculta a la autoridad para corregir errores que advierta en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios, así como los demás razonamientos del recurrente, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero nunca podrá cambiar los hechos expuestos en el recurso.

Cuando la autoridad se percate de la existencia de una ilegalidad manifiesta y los agravios sean insuficientes, podrá revocar los actos administrativos y, en este caso deberá fundar cuidadosamente los motivos por los que consideró ilegal el acto, así como precisar el alcance de su resolución.

No se pueden revocar o modificar los actos administrativos en la parte no impugnada por el recurrente.

Toda resolución a los recursos tiene que expresar con claridad los actos que se modifiquen y si la modificación es parcial, se debe indicar el monto del crédito fiscal correspondiente.

De conformidad al artículo 133 del Código Fiscal de la Federación, las resoluciones que pongan fin a los recursos deberán tener cualquiera de los siguientes sentidos:

1. Desecharlo por improcedente.
2. Confirmar el acto impugnado.
3. Mandar reponer el procedimiento administrativo.
4. Dejar sin efectos el acto impugnado.
5. Modificar el acto impugnado o dictar uno nuevo que lo sustituya, cuando el recurso interpuesto sea total o parcialmente favorable al contribuyente.

En caso de que la resolución que se emita, ordene realizar un determinado acto o iniciar la reposición del procedimiento, éste deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses aun cuando hayan transcurrido los plazos que para la caducidad señala el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación.

#### V. ANÁLISIS SOBRE ALGUNOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LEYES ADMINISTRATIVAS

Los recursos administrativos son parte integrante de la justicia administrativa (por ésta se entiende "a la totalidad de los medios de defensa que los particulares tienen a su disposición, con el objeto de que la autoridad administrativa modifique un determinado acto y, en ocasiones, para que actos previos a la determinación administrativa, hagan que como consecuencia del ejercicio de dichos medios de defensa, no lleguen a emitirse los actos administrativos que agraven a los particulares").<sup>9</sup>

Dentro de la doctrina administrativa<sup>10</sup> se ha clasificado a los recursos administrativos en dos grandes grupos:

1. Los que conoce y resuelve la misma autoridad que dictó el acto administrativo que se recurre. Vgr. la revocación o reconsideración, reposición, oposición y reclamación.
2. Los que conoce y resuelve la autoridad jerárquicamente superior. Vgr. la revisión, revisión jerárquica, alzada de nulidad, queja, etcétera. Se considera de importancia mencionar que otra clasificación de los

<sup>9</sup> TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, *op. cit.*, t. II, pp. 40 y 41.

<sup>10</sup> PORRAS, *op. cit.*, p. 95.

recursos, es aquella que los divide en obligatorios y optativos. En nuestra legislación, únicamente encontramos al recurso de revocación, que se prevé en el Código Fiscal de la Federación, como optativo.

#### a) Código Fiscal de la Federación

En el artículo 116 del Código Fiscal de la Federación se contemplan tres recursos administrativos, a saber:

1. El de revocación.
2. El de oposición al procedimiento administrativo de ejecución.
3. El de nulidad de notificaciones.

#### 1. Recurso de revocación

De acuerdo al jurista Acosta Romero<sup>11</sup> "La revocación administrativa es el acto por medio del cual el órgano administrativo deja sin efectos, en forma total o parcial, un acto previo perfectamente válido, por razones de oportunidad, técnicas, de interés público, o de legalidad".

La revocación es un acto unilateral de la Administración Pública; generalmente sólo opera respecto de actos de tracto sucesivo; no es una facultad discrecional de la autoridad administrativa sino que debe estar dentro de la competencia que la ley le otorgue; la revocación no puede tener efectos retroactivos, es decir no puede afectar derechos adquiridos.

Resulta interesante mencionar que este recurso es el típico del procedimiento administrativo.

De conformidad al artículo 117 del Código Fiscal de la Federación el recurso de revocación procede contra resoluciones definitivas que determinen contribuciones o accesorios; nieguen devoluciones de cantidades que procedan conforme a la ley y siendo diversas de las anteriores, dicten autoridades aduaneras (artículo 117 del Código Fiscal de la Federación).

Como ya se mencionó antes, éste es el único recurso administrativo que tiene el carácter de optativo, pues el interesado podrá optar por ejercer o promover directamente contra el acto que le cause agravio, juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación. Por lo anterior, cuando se pretenda impugnar un acto administrativo que sea antecedente o consecuencia de otro, se deberá intentar la misma vía que se hubiere

<sup>11</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1981. p. 380.

elegido, a excepción de resoluciones dictadas en cumplimiento de las emitidas en recursos administrativos (artículo 125 del Código Fiscal de la Federación).

Si la resolución que se dicte en el recurso de revocación se combate ante el Tribunal Fiscal de la Federación, la impugnación del acto conexo deberá hacerse valer ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal que conozca del juicio respectivo.

### 2. Oposición al procedimiento administrativo de ejecución

De conformidad al artículo 126 del Código Fiscal de la Federación, este recurso se debe hacer valer ante la oficina ejecutora y no podrá discutirse en el mismo la validez del acto administrativo en que se haya determinado el crédito fiscal.

Si el recurso se hace valer porque el procedimiento administrativo de ejecución no se ajuste a la ley, las violaciones cometidas antes de la etapa del remate sólo podrán hacerse valer hasta el momento de la convocatoria en primera almoneda, salvo que se trate de actos de ejecución sobre bienes legalmente inembargables o de actos de imposible reparación material, en cuyo caso el recurso podrá interponerse contra el acta en que conste la diligencia de embargo.

Si las violaciones tuvieron lugar con posterioridad a la mencionada convocatoria o se tratare de venta de bienes fuera de subasta, el recurso se hará valer contra la resolución que finque el remate o la que autorice la venta fuera de subasta (artículo 127, segundo párrafo del Código Fiscal de la Federación).

Se prevé que el tercero que afirme ser propietario de los bienes o negociaciones, o titular de los derechos embargados, podrá hacer valer este recurso en cualquier tiempo antes de que se finque el remate, se enajenen fuera de remate o se adjudiquen los bienes a favor del Fisco Federal. El tercero que afirme tener derecho a que los créditos a su favor se cubran preferentemente a los fiscales federales, lo hará valer en cualquier tiempo antes de que se haya aplicado el importe del remate a cubrir el crédito fiscal.

### 3. Nulidad de notificaciones

De conformidad al artículo 129 del Código Fiscal de la Federación, la interposición de este recurso suspende los plazos para el ejercicio tanto de las facultades de las autoridades fiscales, como de los derechos de los particulares, hasta en tanto se resuelva.

La declaratoria de nulidad de la notificación, traerá como consecuencia la nulidad de las actuaciones hechas con base en la notificación anulada y que tengan relación con ella.

Mientras se resuelve este recurso, quedará en suspenso el término legal para impugnar la resolución de fondo.

Se establece que cuando se haya iniciado juicio contencioso, será improcedente este recurso y se hará valer mediante ampliación de la demanda respectiva (artículo 129 del Código Fiscal de la Federación).

### b) Ley de Información Estadística y Geográfica

Esta ley rige a la información estadística y geográfica del país, así como la utilización que de la informática se requiera en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1980 y entró en vigor el día siguiente de su publicación. Al entrar en vigor abrogó a la Ley Federal de Estadística de 30 de diciembre de 1947.

El capítulo VII denominado "Del Recurso de Revocación", mismo que se integra tan sólo del artículo 52, regula el recurso citado en la siguiente forma:

1. Procede en contra de las resoluciones que dicte la Secretaría de Programación y Presupuesto.
2. Se debe interponer por escrito ante la citada Secretaría dentro del término de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación.
3. En el escrito de revocación deberán expresarse los agravios que se causen con la resolución que se combate, acompañando copia de la misma; así como copia de la constancia de notificación y las pruebas que se rindan, las que deben relacionarse con los agravios que se hagan valer.
4. No se admite la prueba confesional de las autoridades.
5. La Secretaría de Programación y Presupuesto acuerda sobre la admisión del recurso y de las pruebas ofrecidas, desechando las que no sean apropiadas para desvirtuar el contenido de la resolución.
6. Las pruebas se desahogarán en un término de treinta días. Este término se podrá ampliar por una sola vez a solicitud del recurrente por diez días más.

La Secretaría de Programación y Presupuesto se encuentra facultada para allegarse de cualquier prueba sin más limitaciones que las de ley, siempre y cuando tengan relación con la materia del recurso.

7. La Secretaría de Programación y Presupuesto deberá emitir resolución dentro de un término de treinta días contados a partir de que se cierre el periodo probatorio.

c) *Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 127 constitucional en el Ramo de Petróleo*

Este Reglamento se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 25 de agosto de 1959 y entró en vigor al día siguiente de su publicación. Al entrar en vigor abrogó el Reglamento de fecha 16 de diciembre de 1941.

En el artículo 71 se establece el recurso de reconsideración en la siguiente forma:

1. Procede en contra de las resoluciones administrativas que dicte la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal imponiendo las sanciones a que se refiere la ley que se comenta.

2. Se debe interponer por escrito dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se haya comunicado la resolución impugnada.

3. Al escrito deberán acompañarse las pruebas que se juzguen pertinentes.

La Secretaría citada, se podrá allegar de las pruebas que estime convenientes.

4. El recurso se deberá resolver dentro de los quince días siguientes a su interposición.

5. Al interponerse se suspende la ejecución de la resolución impugnada, si se garantiza el pago de la multa.

d) *Ley General de Salud*

Esta ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero de 1984 y entró en vigor el 1o. de julio del mismo año. Al entrar en vigor abrogó el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 26 de febrero de 1973.

En esta ley se prevé el recurso de inconformidad en los artículos 438 al 450, en la siguiente forma:

1. Procede en contra de actos y resoluciones de las autoridades sanitarias que con motivo de la aplicación de esta Ley den fin a una instancia o resuelvan un expediente.

2. Se debe interponer por escrito dentro de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se hubiere notificado la resolución o acto que se recurra.

3. Se deberá interponer directamente o por correo certificado con acuse de recibo, ante la unidad administrativa que hubiere dictado la resolución o acto que se recurra. En el último caso se tendrá como fecha de presentación la del día de su depósito en la oficina de correos.

4. El recurso de inconformidad deberá contener: nombre y domicilio del promovente; los hechos objeto del recurso; la fecha en que, bajo protesta de decir verdad, manifieste el recurrente que tuvo conocimiento de la resolución que recurre; los agravios que le cause el acto que se impugne; la autoridad que dictó, ordenó o ejecutó el acto que se recurre, y las pruebas que se ofrezcan.

5. Al escrito en donde conste el recurso se deberán acompañar las pruebas que se ofrezcan y que tengan relación directa con la resolución o acto que se impugne; original de la resolución impugnada, y los documentos que acrediten la personalidad del promovente, siempre que no sea el directamente afectado y cuando dicha personalidad no hubiera sido reconocida con anterioridad por las autoridades sanitarias correspondientes, en la instancia o expediente que concluyó con la resolución que se recurre.

6. Se admiten toda clase de pruebas con excepción de la confesional.

7. En caso de que el recurso interpuesto no reúna los requisitos legales, se requerirá al promovente para que en un término de cinco días hábiles lo aclare.

8. Sólo se podrán ofrecer como pruebas aquellas que se hubieran ofrecido en la instancia anterior.

Las pruebas admitidas se desahogarán dentro de un término de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se hubieren admitido.

9. Al admitirse el recurso, la unidad respectiva, emitirá una opinión técnica del asunto dentro de un plazo de treinta días hábiles contados a partir del auto admisorio, y de inmediato remitirá el recurso y el expediente que contenga los antecedentes del caso, al área competente de la autoridad sanitaria que corresponda y que deba continuar el trámite del recurso.

10. La interposición del recurso suspende la ejecución de las sanciones pecuniarias, si el infractor garantiza el interés fiscal.

11. Se establece que en la tramitación de este recurso se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

d) *Ley Federal de Aguas*

El objeto de esta ley es realizar una distribución equitativa de los recursos hidráulicos y cuidar de su conservación.

Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1972 y entró en vigor quince días después de su publicación. Al entrar en vigor abrogó la Ley de Aguas de Propiedad Nacional de 30 de agosto de 1934.

En el segundo párrafo del artículo 184 se prevé el recurso de queja, el cual lo podrá hacer valer la persona que considere que la conducta o resoluciones de funcionarios o personal al servicio de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos lo ha afectado o lesionado.

Estas quejas podrán presentarse por escrito o en forma verbal, ante el superior jerárquico inmediato de la persona responsable, o ante el funcionario de mayor jerarquía de quien esta última dependa.

El recurso se tramitará conforme a las reglas señaladas para los de inconformidad y revisión. Asimismo, el funcionario que conozca del recurso podrá abreviar los términos y formalidades. Se establece que incluso se podrá dictar resolución en forma verbal.

En los artículos 184 a 186 se prevén tres recursos, a saber: el de inconformidad, el de revisión, el de reconsideración, los cuales se sujetan a las siguientes reglas:

Estos recursos proceden contra resoluciones y actos de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos.

El de inconformidad procede cuando se trate de resoluciones que impongan sanciones administrativas por la comisión de faltas previstas en la ley que se comenta; el de revisión procede en los demás casos, y el de reconsideración cuando se haga valer contra resoluciones dictadas por el Secretario de Agricultura y Recursos Hidráulicos.

La tramitación de los recursos de inconformidad y revisión, se sujeta a las siguientes reglas:

1. Se deben interponer por escrito, el que deberá contener: nombre y domicilio de quien promueve; los agravios que cause la resolución o acto impugnado; las autoridades que dictaron la resolución u ordenaron o ejecutaron el acto.

Sin embargo, se prevé la posibilidad de que el recurso se haga valer en forma verbal, y en tal caso se deberán llenar los formularios correspondientes.

2. Al escrito se deberán acompañar los documentos con los que se acredite la personalidad del promovente, así como las pruebas que se ofrezcan.

3. Se deberán interponer dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que se haya notificado la resolución o se haya tenido conocimiento del acto impugnado.

4. Se deberá presentar copia de la promoción ante los gerentes de distrito de riego o gerentes generales de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos en cada Estado y en el Distrito Federal; asimismo, se deberá presentar copia a las autoridades, funcionarios o empleados cuya resolución o acto se impugnen.

5. Los destinatarios del recurso, deberán rendir informe justificado y las pruebas pertinentes, ante la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos dentro de los cinco días siguientes al que reciban copia del recurso.

6. Transcurrido el término a que arriba se hace referencia, se abre un periodo de treinta días para desahogo de pruebas.

7. Se abrirá un periodo de alegatos, los que deberá presentar por escrito y dentro de los treinta días siguientes al término del desahogo de pruebas se deberá dictar la resolución correspondiente.

La resolución será dictada por el Secretario de Agricultura y Recursos Hidráulicos o por el funcionario competente.

8. Con la interposición del recurso se suspenderá la ejecución de la resolución impugnada y la continuación de ejecución de los actos que se reclamen, a no ser que se afecte el interés social o se atente contra el orden público.

e) *Ley Federal de Protección al Consumidor*

Esta Ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1975 y entró en vigor el 5 de febrero de 1976.

En el capítulo decimotercero denominado de los "Recursos administrativos" que comprende de los artículos 91 al 98, se establece el recurso de revisión, en la siguiente forma:

1. Procede en contra de las resoluciones que se dicten con fundamento en esta Ley y demás disposiciones que deriven de ella.

2. Se deberá interponer por escrito, ante la autoridad inmediata superior de la responsable, dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la resolución.

3. Cuando no se promueva en nombre propio deberá acreditarse la personalidad de quien promueva.

4. Se deberán ofrecer las pruebas que se consideren pertinentes, excepción hecha de la confesional.

Existe la posibilidad de que quince días después de la presentación

del recurso se amplíen las pruebas y se exhiban los documentos correspondientes.

Las pruebas que lo ameriten, se desahogarán en un plazo no menor de ocho ni mayor de treinta días. El recurrente deberá presentar testigos, dictámenes y documentos, de no hacerlo la prueba correspondiente se tendrá por no presentada.

Se prevé que en lo relativo al ofrecimiento, recepción y desahogo de pruebas, se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

5. La resolución se deberá dictar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de recepción o desahogo de las pruebas, según el caso.

6. Se establecen causas por las cuales el recurso se tendrá por no interpuesto, a saber: si se presenta fuera de tiempo; si no se acredita debidamente la personalidad del promovente; si no se firma el escrito donde conste el recurso dentro del término para interponerlo.

7. En tratándose de multas, la interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada, siempre y cuando se garantice el interés fiscal conforme al Código Fiscal de la Federación.<sup>12</sup>

En relación a otras resoluciones administrativas, la suspensión se otorgará: si lo solicita el recurrente; si el recurso es procedente; si no se continúan cometiendo actos u omisiones que perjudiquen el interés social u orden público; si no se ocasionan daños o perjuicios a terceros, a no ser que se garanticen éstos conforme al monto, que en forma discrecional fije la autoridad; y, si la resolución recurrida produce en contra del recurrente daños o perjuicios de imposible o difícil reparación.

#### f) *Ley del Seguro Social*

Esta Ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 1973 y entró en vigor el 1o. de abril del mismo año. Al entrar en vigor abrogó la Ley del Seguro Social del 13 de diciembre de 1942.

En su artículo 274 se prevé el recurso de inconformidad, el cual es procedente cuando patrones y demás sujetos obligados, asegurados o sus beneficiarios consideren que es impugnabile algún acto definitivo del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Se deberá hacer valer ante la Unidad de Inconformidades del Con-

<sup>12</sup> JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel, *La Garantía del Interés Fiscal*. México. Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, 1986.

sejo Técnico, de acuerdo a lo establecido en el "Reglamento del artículo 274 de la Ley del Seguro Social" (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 1950).

En el artículo 1o. del citado Reglamento, se establece que la tramitación del recurso se ajustará a las disposiciones del mismo, y en su defecto, a las del Código Fiscal de la Federación y del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El término para interponerlo es de quince días hábiles siguientes al acto definitivo que se impugne.

#### VI. UNIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Resulta indudable que el legislador ha buscado a través de los recursos que se establecen en las Leyes Administrativas, dar al gobernado la oportunidad de exigir de las autoridades administrativas, el respeto a las garantías individuales, especialmente a las de audiencia y legalidad.

Del estudio efectuado a diversas Leyes Administrativas nos hemos dado cuenta que la mayoría de ellas prevén recursos administrativos, los cuales reciben diversas denominaciones; los plazos para la presentación del recurso son muy variables; algunas leyes contemplan la posibilidad de suspender el acto impugnado generalmente mediante el otorgamiento de garantía; unos se presentan ante la autoridad que dictó la resolución que se recurre, otros ante el superior jerárquico de aquella, o bien, ante una autoridad administrativa distinta a las anteriores; la tramitación de cada tipo de recurso es diferente.

Si a lo anterior agregamos que muchas de las Leyes Administrativas son de difícil obtención, resulta que el fin que el legislador ha buscado al establecer los recursos administrativos se pierde.

En efecto, los recursos administrativos, como medios de defensa, lejos de constituir verdaderas formas para la obtención de la justicia, se han convertido en "verdaderas trampas procesales o laberintos en donde se pierden los particulares", como lo han sostenido en repetidas ocasiones los Tribunales Colegiados de Circuito de Amparo en Materia Administrativa, en la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

#### RECURSOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDENCIA DE LOS.

No siendo manifiesta la improcedencia de los recursos, aun siendo opinable la cuestión, las autoridades deben entrar al fondo de los asuntos que se les plantean, pues los recursos, juicios y medios de defensa en general, han sido creados para otorgar a los ciudadanos

medios legales de facilitar la defensa de sus derechos, por lo que al examinar la procedencia, no deben ser tratados con un rigorismo que los convierta en *trampas procesales que, en vez de facilitar, obstaculicen la defensa de tales derechos*. La intención del legislador no debe estimarse como la de crear un laberinto en el que se extravíen los afectados por resoluciones administrativas, sino como medios para lograr, en un estado de derecho, la solución legal de los conflictos y controversias.

Amparo directo 585/70. Producto Etna, S. A. 19 de julio de 1972. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 277/73. Alberto J. Farji, S. A. 10 de julio de 1973. Unanimidad de votos.

Amparo de revisión 441/73. Guillermo Barroso Chávez y Valezzi, S. A. 4 de septiembre de 1973. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 344/73. Sindicato de Empleados en la empresa de Frontón Conexos y Similares, CROC. 10 de septiembre de 1973. Unanimidad de votos.

Amparo directo 411-73. Afianzadora Insurgentes, S. A. 24 de septiembre de 1973. Unanimidad de votos.<sup>13</sup>

Por lo expuesto, y con la finalidad de que el gobernado tenga verdadero acceso a la impartición de justicia, es por lo que se considera sería pertinente unificar los recursos administrativos, en la siguiente forma:

a) Que todas las Leyes Administrativas que prevean recurso administrativo, remitan al Código Fiscal de la Federación, ya que es el ordenamiento jurídico más adecuado para establecer un recurso administrativo único.

b) Para lograr lo anterior, sería necesario reformar el Código Fiscal de la Federación, para establecer el recurso administrativo único que se propone.

c) Este recurso administrativo único:

1. Deberá proceder en contra de cualquier resolución administrativa.
2. Su interposición sería optativa.
3. Se deberá presentar ante la autoridad que emitió el acto que se recurre.

4. El término para interponerlo será de cuarenta y cinco días hábiles, que se contarán a partir del día siguiente a aquel en que haya surtido efectos la notificación del acto que se pretende recurrir.

<sup>13</sup> ORTIZ HIDALGO, Luis, "Unificación de los Recursos Administrativos", *Tribunal Fiscal de la Federación, Cuarenta y Cinco Años*, México. Tribunal Fiscal de la Federación. 1982. t. I, pp. 855 y 856.

5. En relación a las formalidades y sustanciación del recurso, se considera que las normas vigentes del Código Fiscal de la Federación son adecuados.

Resulta de importancia señalar al lector, que lo que en este estudio se pretende es manifestar la inquietud que se tiene sobre la actual regulación de los recursos administrativos, y se está consciente que la forma en que se debe regular al recurso administrativo único que se propone es materia de un estudio específico.

## DERECHO PENITENCIARIO: ALGUNAS CONSIDERACIONES

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Capítulo Primero*. 1. *Aproximación al tema*. 2. *Política Criminal*. 3. *Sistema penitenciario y principios políticos*. II. *Capítulo Segundo*. 1. *Problemática de la autonomía del Derecho Penitenciario*. 2. *Delimitación de su ámbito en relación a otras disciplinas*. 3. *Noción del Derecho Penitenciario*. III. *Capítulo Tercero*. 1. *Fuentes del Derecho Penitenciario en México*. 2. *Constitución y Derecho Penitenciario*. 3. *Régimen Penitenciario*.

### I. CAPÍTULO PRIMERO

#### 1. *Aproximación al tema*

Juliusz Makarewicz,<sup>1</sup> señala que, en química, existe una ley por la cual todo compuesto, al igual que todo elemento químico, sometido a un proceso o procedimiento conveniente, provoca reacciones o fenómenos, que no siendo propios o particulares más que a un cuerpo dado, descubren —por su aparición— la presencia de este cuerpo.

Ocurre lo mismo con las sensaciones, producidas por los acontecimientos y las circunstancias de la vida, sobre los seres dotados de sistema nervioso. Eventos diversos ocasionan distintas formas del pensamiento y evocan las diferentes impresiones, que se manifiestan en el ser afectado.

Ejemplificando el profesor, que fue, de Cracovia nos dice que el perro ladra al acercarse un desconocido, aúlla cuando lo encierran solo, y llega a morder si se pretende arrebatárle un hueso. Claro está que las exteriorizaciones de "su buen o mal humor" no son muy variadas, porque la categorización de sus posibilidades "sentimentales" es muy limitada, aunque siempre superior al de sus manifestaciones externas.

Pero la cuestión se hace lógicamente más compleja al referirnos al hombre. El ser humano tiene una gran riqueza de matices expresivos:

<sup>1</sup> MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, trd. Ma. Luisa Martínez. Reus, Madrid, Hijos de Reus Edit., 1907, pp. 6, 7, 8.

así, aplaude o silba en el teatro, se acongoja ante el panteón de un pariente, mata a un adversario en duelo, acaricia a un niño que se ha comportado bien, ensalza las virtudes de un gran hombre, palidece, se sonroja, etcétera.

Un drama teatral de calidad ejerce sobre nosotros impresión distinta de la de una buena comida; el conocimiento de un delito espectacular produce en nosotros diversa impresión que una placentera excursión familiar al monte, y de esta manera podrían multiplicarse los ejemplos *ad infinitum*. Lo cierto es que las manifestaciones exteriores de estos diversos sentimientos corresponden a la distintividad de su esencia.

Y ante la traducción de esta situación individual al plano social, Makarewicz,<sup>2</sup> se pregunta: ¿las sociedades son o no organismos, y —como tales— tienen o no sistema nervioso? La pregunta y su posible respuesta es —por lo menos— ambigua. Pero no parece ofrecer duda que los hombres, reunidos en sociedad, tengan intereses comunes, y que examinando los hechos, a través del prisma de estos intereses, no sientan las mismas impresiones.

La quiebra de una potente sociedad o la disolución de un club deportivo, por ejemplo, son sentidos por los miembros de la sociedad o por los integrantes del club deportivo de forma análoga si bien no idéntica. Una invasión de un ejército enemigo, una epidemia, o un temblor de tierra constituyen un peligro igual para todos los habitantes de un Estado, y sus sentimientos acerca de esto no difieren de manera esencial.

Los medios (la reacción), a los que recurren —en cada uno de estos casos— son diferentes: en el primero, tratan de oponer un ejército al enemigo; en el segundo, adoptan disposiciones sanitarias que detengan el brote epidémico, lo controlen y en fin lo erradiquen definitivamente; en el tercero, actividad de ayuda a las posibles víctimas y de reparación de daños causados.

En los casos de tratarse de un hecho inmoral (nocivo a la sociedad), lo mismo que todo fenómeno de la vida social, produce siempre en la sociedad (donde tiene lugar), una reacción que se traduce bajo la forma de una censura moral; cuando se realiza una acción indecente, deshonesto y mala, se piensa y se habla de ella con cierta repugnancia. Además, las relaciones exteriores de los otros miembros de la sociedad, con el autor de esta acción, denuncian desaprobación.

Ahora bien, la acción inmoral puede, sin embargo, ser muy nociva a la sociedad; puede tocar a las bases esenciales sobre las que se apoya un grupo social, entonces toma el nombre de delito, y provoca una

<sup>2</sup> MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, ya citado, pp. 7-8.

reacción más fuerte, que es —en cierto modo— del mismo género que ella. La acción inmoral y el delito de una parte, la censura y la pena de otra son esencialmente idénticas. Solamente el grado de gravedad en el primer caso (el daño), y de fuerza en el segundo (la reacción), es más o menos elevado.

Allí donde los límites de los delitos no están claramente marcados, y donde —en general— la diferenciación entre hecho delictivo y hecho inmoral no es muy concreta (se pregunta Makarewicz) ¿es preciso considerar una demostración popular como una pena? <sup>3</sup> La reacción deshonrosa se hace pena a partir del momento en que vienen a juntarse a ella los caracteres de publicidad, de exterioridad y de universalidad; de esta manera, el castigo impuesto por un juez, actualmente, tiene carácter penal, porque está dado por el representante de la sociedad y a presencia de los individuos integrantes de la misma.

*Pero, en la propia raíz existencial del Estado* (en cuanto suprema forma de organización), (añadimos nosotros sintetizando el pensamiento de Makarewicz), *está la exigencia de que disponga de los recursos y de la fuerza suficiente para conseguir atacar las causas mismas del mal, disponiendo para ello* (en una de sus bases más esenciales), *de una administración de justicia* (en amplio sentido), *correcta y adecuada*, pues de lo contrario fracasará inevitablemente en la lucha por la erradicación de la delincuencia.

Sin caer en absurdos determinismos, pero sin deslizarse al ámbito del pensamiento mágico o irracional tampoco, ya desde fines del pasado siglo y comienzos del presente, gentes como Quetelet,<sup>4</sup> en sus ensayos sobre física social o Querry,<sup>5</sup> en sus estudios sobre estadísticas, nos señalaban algo tan primordial como la invariabilidad de las tendencias e inclinaciones del hombre, denunciaban, en definitiva, la existencia de algo parecido a una mecánica social.

La sociedad, la humanidad entera, detecta ciertas normas de comportamiento, perfectamente comprobables con la utilización de las leyes numéricas, y que nos permiten cohesionar armónicamente conductas y hechos para sacar conclusiones en orden al fenómeno de la criminalidad y de la lucha contra ella.

Lucha que no consiste, que no puede consistir en actividad exclusivamente represiva, pues ésta sólo vería los efectos y no las causas de la delincuencia. Por eso intentamos aproximarnos al meollo de nuestro

<sup>3</sup> MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, ya citado, pp. 9, 12.

<sup>4</sup> QUETELET, *Essai de physique sociale*, vol. III, Bruselas, 1869.

<sup>5</sup> QUERRY, *Essai sur la statistique morale de la France*, Paris, 1834.

tema arrancándonos desde lejos, y utilizando material que marque el justo entorno de la difícil, de la muy difícil parcela penitenciaria.

Algo de lo anteriormente expuesto ocurre con la criminalidad; bajo el compacto y complejo mundo de las infracciones se percibe una especie de ley de la criminalidad. No hay un tipo abstracto de hombre moral, ni de culpable; el crimen más que un fenómeno individual es un fenómeno social. La criminalidad se nutre de los elementos mismos de la humanidad; no es trascendente sino inmanente, afirma Adolfo Prins.<sup>6</sup>

Y apostilla el especialista belga: el hombre pertenece a la humanidad como el átomo a la materia; el delincuente y el hombre honrado están unidos a su ambiente; hay un entorno social favorable a la salud moral; la inclinación al crimen es casi nula en él; pero existe otro medio de atmósfera corrompida, donde abundan los elementos nocivos, en el que los más fuertes languidecen y la criminalidad llega como la putrefacción en un estercolero; la inclinación al crimen es fortísima, y —en este sentido— puede decirse que es un hecho social con una causa social y que está en íntima conexión con una organización dada.

Y continúa Prins,<sup>7</sup> (el maestro belga fue Inspector General de Prisiones en su país, y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Bruselas), diciendo: detengámonos un momento en nuestra época...; la complicación creciente de nuestro mecanismo crea —a un tiempo— tentaciones y ocasiones de caer; el carro de la civilización aplasta a muchos que caen bajo sus ruedas; el mundo tiene apetitos desproporcionados que no puede satisfacer.

La sensualidad, la avidez de ganancias, el deseo y la facilidad de especular, el contraste entre la gran riqueza y la pobreza extrema, las necesidades brutales de la lucha por la vida frente a la concentración de la propiedad y del capital, la defectuosa organización industrial que abandona al proletariado a su suerte, que no vela por el aprendizaje, etcétera; todo esto influye, desgraciadamente, en la criminalidad de manera indudable.

El obrero (más aún el campesino), está siempre a un paso de la vagancia, el vagabundo a un paso del crimen; las clases más modestas (y desde luego las más numerosas), son las más amenazadas.

Ante esta tesitura, la ciencia penal y los gobiernos, en su buena intención de corregir a los culpables, acumulan penas y estrictos regí-

<sup>6</sup> PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión, Ensayo de Ciencia Penal*, trd. Manuel Núñez Arenas, Madrid, Hijos de Reus, Edtrs., 1911, pp. 7 y ss.

<sup>7</sup> PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión*, ya citado, pp. 8, 9 *in fine*.

menes penitenciarios (con grandes sacrificios pecuniarios incluso), sin que por esto disminuya la cantidad de delitos, ni lo que es peor de reincidencias.

Los resultados son desalentadores, o cuando menos poco propicios al optimismo. En vez de investigar la realidad, la justicia se desvía en elucubraciones teóricas, se aísla, por así decirlo, del entorno vital, y la vida —y su crudeza— se alejan de ella. De manera inadvertida se va convirtiendo en una acumulación de formalismos, la mayor parte de las veces vacíos de contenido, y lo que es más grave se queda en la epidermis de las cosas sin penetrar en su esencia ni —lógicamente— en su ciencia.

Frente a esta situación (perfectamente encajable en nuestra época histórica), puede afirmarse que una reforma aislada, sin conexión con otras medidas concomitantes, de nada serviría. Una reforma con visos de seriedad sólo puede ser eficaz si se realiza con visión de conjunto.

*En primer término*, deben aparecer las medidas preventivas. El gasto que se realice, para este objeto, será siempre un egreso productivo. Deben proliferar las instituciones de este carácter. El dinero que la sociedad emplee en este renglón lo economizará en la represión.

*En segundo lugar*, están lo que Prins,<sup>8</sup> llama los "rodajes judiciarios". Son útiles, (indica el Maestro), cuando la justicia ejerce con el corazón y la inteligencia su elevada función social, y entrevé qué misión soberana asume al distribuir las condenas. Que distinga al delincuente habitual y al de ocasión; que absuelva en caso de primera falta leve; que haga intervenir, más frecuentemente, las penas pecuniarias; que disminuya el papel de la prisión; que aplique más rigurosamente el principio de agravación progresiva de la penalidad, en caso de repetición de los mismos delitos; que procure —en fin— ver el verdadero peligro social más en el instinto vicioso incorregible, que en las violencias irreflexivas de un espíritu, en el fondo, de tendencias rectas, y con ello verá acrecentar su influencia.

Y, *tercer momento*, las instituciones penitenciarias como medio de luchar contra la criminalidad. Para no quedarnos en el mero terreno teórico, deben distinguirse las clases de delincuentes, y tratar de forma distinta a los que no son iguales, por un lado los recalitrantes y por otro a los corregibles.

Para los segundos régimen celular, después aislamiento de cierta duración, y para los que tienen posibilidades de regeneración, el régimen progresivo con el sistema de notas, la selección metódica de los

<sup>8</sup> PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión*, ya citado, pp. 103, 104 y 105.

condenados, los trabajos al aire libre, la libertad condicional y la rehabilitación final. Para los primeros, refractarios a toda acción social, adecuados establecimientos donde la sociedad se proteja y los proteja de ellos mismos.

En alguna medida, hemos adelantado nuestro orden expositivo, pero lo hemos estimado oportuno con la finalidad de terminar la síntesis del razonamiento del profesor belga.

Retomemos, el hilo expositivo. La ciencia penal acusó el impacto del positivismo que, aunque entrara en retroceso tras los primeros efluvios de entusiasmo, tuvo el mérito incuestionable de haber indicado el camino para intentar resolver el problema de la criminalidad. Otras teorías tomaron la antorcha del relevo en esta nobilísima tarea. El mundo moderno, en sus comienzos, demandó (de conformidad con el nuevo género de vida y con las nuevas necesidades sociales), la formulación de distintas bases filosóficas penales y la fundamentación sólida y actualizada del *jus puniendi*, del derecho de castigar.<sup>9</sup>

Coetáneamente con la necesidad señalada y con la dirección orientadora del positivismo (que pretendió satisfacerla), la psicología y la propia realidad demostraban, conjuntamente, la inseguridad de las bases del *jus puniendi*, fundamentado en ideas metafísicas de voluntariedad y libertad, y con finalidades abstractas de reparación y castigo.

Los conceptos clásicos estaban minados, el positivismo en franco repliegue, el correccionalismo sumido en el sueño de lo irrealizable, en definitiva, se sentía la necesidad acuciante de una profunda renovación del derecho penal (en el más amplio sentido), desde sus mismos cimientos.

En este momento es cuando Prins, Von Liszt, Van Hamel, entre otros, acometen la tarea de reconstrucción de la estructura penal en su más vasto sentido. Sus esfuerzos cristalizaron en una concepción más avanzada, que puede ser calificada de defensa y prevención social.

En síntesis, sus principios informadores son los siguientes:

a) El derecho penal (lato sensu), tiene como objeto la defensa de la sociedad (organizada como Estado), y la defensa de los individuos integrantes de la misma.

b) El derecho de defensa aparece tan pronto como se comprueba el estado peligroso del individuo, el tratamiento penal está en función del mismo.

<sup>9</sup> CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico. Prólogo. *La Defensa Social de A. Prins*.

c) La justeza de la pena se esencializa en cuanto sirve a la preservación de la amenaza y del peligro criminal.

d) La medida penal encuentra su forma en la corrección; entendida ésta como corrección social (en función de las normas elementales de la vida social), y la adaptación inferiorizada (para individuos defectuosos y anormales).

En relación a las bases de la defensa social,<sup>10</sup> pueden sintetizarse así: en una panorámica de conjunto del maremágnum de ideas filosóficas, del caos de teorías y del enorme material bibliográfico, encontramos siempre un pensamiento iluminando semejante bosque: la de libertad o la de necesidad, la de autonomía o la de autoridad; el derecho penal refleja esta situación de disyuntiva entre libertad y necesidad. No se castiga sino en función de la necesidad de la defensa social; la necesidad de proteger el derecho contra el *factum criminis* es incuestionable.

Pero el enunciado anterior ha de conciliarse con los derechos del delincuente, y ello nos depara (por obra de la moderna penología), los distintos tratamientos a que debe ser sometido el agente delictivo, así reclusión en una cárcel, en un manicomio, en un establecimiento educativo, o la sujeción a determinado tratamiento que aparten al delincuente del crimen.

En los primeros años del siglo XIX se dio —en Europa— la coincidencia de tres hombres ilustres: Anselmo Von Feuerbach, Giandomenico Romagnosi y Jeremy Bentham. En ellos, en su pensamiento, se encuentra la génesis de la defensa social.

Feuerbach,<sup>11</sup> expone que el fundamento jurídico de la pena —en el Estado— es el siguiente: el órgano estatal para cumplir su finalidad, es decir para garantizar la convivencia entre los hombres, debe intentar (en la medida que lo requiera el peligro nacido de la lesión jurídica), someter por la amenaza legal de un mal sensible los estímulos (también sensibles), de donde nacen las transgresiones, aspirando a vencerlos mediante la coacción psíquica e interna; la pena es —pues— un mal conminado y, en su caso, impuesto por la ley.

La base de la posición de Feuerbach es la intimidación de la comunidad por medio de la coacción psicológica, derivada de la conminación legal de la pena, y por su ejecución, cuando aquélla no es suficiente

<sup>10</sup> CASTEJÓN, Federico. *Prólogo*, ya citado, pp. 6-7.

<sup>11</sup> ANSELM FEUERBACH, J. Paul. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, (Tratado de Derecho Penal Común Alemán), Giessen, 1.ª ed. 1801, párrafos referentes a la pena.

para la contención del delincuente. Cuello Calón asevera que con Feuerbach comienza el moderno Derecho Penal propiamente dicho.

Romagnosi,<sup>12</sup> entiende que el Derecho Penal (en amplio sentido), es un derecho de defensa para la preservación del bienestar entre los hombres, dimanada de las relaciones humanas, es ejercitado por la sociedad, en exclusiva, y solamente en la medida necesaria para mantener la correcta convivencia social.

La pena tiende a despertar el temor del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el porvenir. Esta es su concreta y específica finalidad. Pero la pena es un remedio último (señala Bartolomei,<sup>13</sup> exégeta de Romagnosi), antes de aplicarla han de utilizarse otras medidas de carácter preventivo.

Bentham,<sup>14</sup> de pensamiento básico para el utilitarismo, entiende que la pena es la imposición de un mal a una persona, por causa de una acción u omisión realizada por la misma. Tiene como finalidad principal la prevención generalizada; la prevención particular tiende a inhabilitar al delincuente para producir daños, enmendarlo o intimidarlo. Y precisando más, agrega que las penas legales son males impuestos, según el formalismo jurídico, a individuos convictos de algún acto dañoso prohibido por la ley y con la finalidad de prevenir actos semejantes.<sup>15</sup>

De esta manera, la coacción psíquica y la ejemplaridad de Feuerbach, la prevención y contropinta criminosa de Romagnosi y la intimidabilidad y el utilitarismo de Bentham, en su evolución y conjuntamiento, constituyen el precedente de la defensa social. Aunque la verdadera novedad de la teoría se encuentra en la concepción del estado peligroso como criterio de punibilidad.

No obstante, la idea central del peligro social se halla no sólo en los partidarios de esta teoría, sino también en otros autores. Lo cual acredita que se trata de una seria cuestión de las bases a las que debe ajustarse la lucha contra el crimen. Nadie duda, hoy, que los distintos criminales (corregibles, incorregibles, habituales, ocasionales, defectuosos y normales), deben ser sometidos a tratamientos diversos precisamente en función de su clasificación, en interés de la sociedad y de ellos mismos.

<sup>12</sup> ROMAGNOSI, Giovanni Dominico, *Genesis del Diritto penale*, Pavia, 1791, pp. 241-242, 332, 333.

<sup>13</sup> A. BARTOLOMEI, *Del significato e valore della doctrina romagnosiana per il criticismo contemporaneo*, Roma, 1901.

<sup>14</sup> BENTHAM, Jeremy, *Theorie des peines et des recompenses*, Paris, 3a. ed. 1826, hay traducción española de 1838, Barcelona.

<sup>15</sup> LANDRY, Adolphe, *La responsabilité pénale*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1902, Parte II, pp. 110 a 192.

Prins, en Bélgica; Von Liszt, en Alemania; Van Hamel, en Holanda; Garçon, en Francia; Alimena, en Italia; Nabakoff, en Rusia; Thyrén, en Suecia; Stoos y Seuffer, en Austria; Quintiliano Saldaña y Dorado Montero, en España, sobre la base de estas ideas, trabajaron para lograr una nueva orientación y unos nuevos procedimientos de lucha contra el delito, como la más eficaz forma de política criminal.

Prins,<sup>16</sup> resume —con claridad— el objetivo de la tendencia (antecedente y base de la posterior desenvoltura de estas tareas, tanto en el orden estrictamente jurídico-penal, como en el sector penitenciario), y nos dice que es necesario combatir todas las manifestaciones de la criminalidad con medios de defensa jurídica y social; y la alta misión del Estado —en este respecto— es conciliar el máximo posible de seguridad social, con el mínimo posible de vejación individual. O de otra forma dicho, mínimo de sufrimiento personal dentro del máximo de defensa de la sociedad.

Manzini,<sup>17</sup> llega a decir que el Derecho Penal (*lato sensu*), es el termómetro de la libertad política de una sociedad. Expresión, sintética y clara, de la evolución de la justicia punitiva, represiva, que pasa del individuo al grupo social, de éste a la autoridad constituida y, ya dentro de ella, desde su formulación primitiva de meras órdenes superiores a las formas, progresivamente desenvueltas, de normas jurídicas con garantías para el ciudadano.

De ahí, de todo lo expuesto, puede deducirse que la Política Criminal tiene una concreta y singular importancia en relación con el problema penal, y con el penitenciario en particular.

## 2. Política Criminal

La que puede considerarse como la primera formulación de Política Criminal, a los efectos que nos interesan, fue realizada por Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, que se alzó indignado contra la injusticia y atrocidad del sistema penal de su época; su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado en Livorno el año de 1764, supuso el comienzo (ya definitivamente irreversible), de la humanización de la justicia represiva. Las ideas de Beccaria (junto con las corrientes de pensamiento de su época), cristalizaron en el movimiento revolucionario francés de 1789 y los códigos dimanantes del mismo.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> PRINS, Adolfo, *La Defensa Social*, trd. de Castejón, Madrid, Hijos de Reus Edtrs., 1912, p. 48, in fine.

<sup>17</sup> MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, Turin, Ed. Bocca, 1908, 23-24.

<sup>18</sup> BONNESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Tratado

Al propio tiempo que Beccaria en el continente europeo, en la Gran Bretaña se inicia un movimiento paralelo, pero de ámbito reducido al sector del régimen penitenciario, su iniciador fue John Howard,<sup>19</sup> éste inspecciona y describe los horrores de las prisiones británicas de su época, y escribe un libro *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, Londres año de 1777, traducido al francés en 1788.

Howard viaja para conocer el problema carcelario, en otros países, y muere del tifus en la ciudad de Kherson, Crimea, Rusia, atendiendo a un recluso. Su labor preparó la gran reforma penitenciaria, y dio lugar a la moderna Penología.

Langle,<sup>20</sup> el maestro hispano, señala que Política —en general— es ciencia referente al Estado, y siendo el Estado la sociedad organizada para el cumplimiento del Derecho, Política y Derecho son, por tanto, términos que aparecen estrechamente unidos.

Para quien estudia el Derecho Penal (en amplio sentido), la Política tiene un interés remoto y próximo, o por mejor decirlo, un interés genérico, mediato, que se remonta a las líneas generales del conocimiento relativo a los medios más adecuados para obtener el fin del Estado (que resumidamente no es sino —dice Langle—, el buen gobierno de la sociedad), y un interés específico, inmediato, que recae sobre la forma singular en que *la Política ejerce su acción en la esfera de los hechos inculminables y de las sanciones correspondientes*.

Con incuestionable justeza, Manzini,<sup>21</sup> nos indica la característica distintiva de la llamada Política Criminal, al definirla como "la doctrina de la posibilidad política (la realidad alcanzable), con relación al fin de la prevención y de la represión de la delincuencia".

Por su parte Franz Von Liszt,<sup>22</sup> líder de esta dirección, definió la Política Criminal como "Conjunto (o contenido), de principios —garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución". Con mayor brevedad, puede decirse que es el conjunto sistematizado de

de los delitos y de las penas, trd. Pascual Vicente, Sevilla, año 1879. PESSINA, Enrico, *Il diritto penale in L'Italia di Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Enciclopedia Pessina, t. II, Milán, 1906, pp. 550 y ss.

<sup>19</sup> HOWARD, A. Riviére, "Sa vie. Son oeuvre", *Revue Pénitentiaire*, París, 1891, pp. 661 y ss.

<sup>20</sup> LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, Madrid, ed. Reus S. A., 1927, p. 13.

<sup>21</sup> MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, t. I, ya citado, pp. 26, 27.

<sup>22</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, trd. Jiménez de Asúa, t. II, 3.ª ed., Madrid, Edt. Reus, S.A., 1929, p. 62, referencia nota 112.

principios, de conformidad con los cuales el Estado y la Sociedad deben organizar la lucha contra el crimen.

Analizando las dos definiciones se advierte, en la de Manzini, que la legislación ha de basarse en el principio de posibilidad política en cuanto realidad alcanzable; Liszt, en cambio (como hace notar Langle),<sup>23</sup> avanza más.

El maestro alemán señala que (con los medios utilizados hasta entonces), no se había conseguido combatir eficazmente la criminalidad, a pesar de aciertos innegables de los legisladores. Y postulaba por una nueva ciencia, que podría ser llamada Política Criminal, *que investigue —de manera científica— las causas del delito* (aprovechando el material de la Antropología y de la Estadística), *observe los efectos de la pena* (la muy importante comprobación de si ésta consigue, realmente, sus fines), *y emprenda una lucha contra la criminalidad*, usando las armas adecuadas al objeto perseguido; armas que pueden consistir, en las penas útiles, como en otros medios afines a ellas (así las medidas de seguridad). Se trata, pues, de una auténtica dirección política, de carácter científico, para combatir la delincuencia, lejos, muy lejos, de la pura represividad.

Y puntualiza: la Política Criminal no aspira a sustituir al Derecho Penal... debe "marchar a su lado"; entre el Derecho Penal teórico y la ley penal, de una parte, y la práctica criminal y penal, de otra.<sup>24</sup>

En base a lo anterior, cabe detectar, sin mayor esfuerzo, que la Política Criminal abarca directrices que llegan hasta el momento de la ejecución de la sanción, y debe de contemplar (y así ocurre hoy día), el muy considerable aspecto del cumplimiento de la misma, con todo el complicado entramado de su entorno.

Aquí es conveniente hacer una precisión. Sin perjuicio de volver a insistir más adelante sobre ello, hay que dejar establecido que Penología y Ciencia Penitenciaria son cosas distintas. Penología (según Cuello Calón),<sup>25</sup> es el estudio de las penas, propiamente dichas, el de las medidas de seguridad, y el del patronato post-carcelario y post-asilar.

Sin embargo, Penología y Ciencia Penitenciaria son utilizadas, en ocasiones, como sinónimas, cuando, en realidad, la segunda se avoca al estudio del régimen carcelario, que en su principio se restringió a las

<sup>23</sup> LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, ya citado, pp. 18, 19.

<sup>24</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado*, t. II, ya citado, p. 63, nota 121.

<sup>25</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Madrid, Edt. Reus, S.A., 1920, p. 10. *La Moderna Penología*, Barcelona, Edt. Bosch, 1958.

penas privativas de libertad, al menos de forma principal, y luego se ha extendido a todo el tratamiento penitenciario. Su relación con el Derecho Penal es, por otra parte, obvia, pero dejemos la cuestión para más adelante, concretamente para cuando tratemos de la autonomía del Derecho Penitenciario.

Afirma Langle,<sup>26</sup> que cuando Garofalo,<sup>27</sup> dio la voz de alerta contra los peligros sociales de las doctrinas puramente jurídicas, afirmando que la teoría penal prevaleciente, y, de conformidad con ella, la jurisprudencia parecían hechas ex profeso para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a ésta contra aquél, señaló una verdad difícilmente cuestionable, que indudablemente influyó en la conciencia de todos los penalistas, legisladores y ciudadanos en general.

Y agrega Langle que es de necesaria meditación el problema de si lo justo (naturalmente, una justicia relativa, no absoluta, como es la humana), no es lo necesario para la sociedad. Y siendo la necesidad urgente y grave, ningún cuestionamiento puede aventajar en interés al de la reforma de la penalidad, en sus fines, en sus formas, y (lo que más nos interesa), en su ejecución.

Lo esencial, nos dice al respecto Prins,<sup>28</sup> no es sólo poseer el instrumento, sino saber la manera de utilizarlo, y esto no se aprende con lecciones abstractas sino por medio de la acción, por el contacto con las realidades, por el trabajo manual, etcétera. Sea lo que quiera, el mal existe entre nosotros, y porque existe tenemos el deseo de mejorar y de que el progreso sea una necesidad. Y, siendo el progreso una necesidad, hay deberes que cumplir y finalidades que alcanzar; más claramente, es necesario utilizar los medios que se nos propongan para remediar las imperfecciones de los hombres.

Una de esas imperfecciones (no la más pequeña, precisamente), es el infortunio del ser humano, que nace con el legado maldito de la insuficiencia, de la inferioridad mental y moral, del ambiente social corrompido, de las condiciones económicas paupérrimas. Esta es —seguramente— una de las formas más intensas del sufrimiento de la Humanidad. Este sufrimiento constituye la base de la criminalidad, y —si se desconoce— no se comprende nada de la criminalidad, y nada se puede contra ella.

<sup>26</sup> LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, ya citado, pp. 141, 142.

<sup>27</sup> GAROFALO, Rafael, *La Criminología*, trd. de Dorado Montero, Madrid, Edt. La España Moderna, sin fecha, pp. 314, 315 y ss.

<sup>28</sup> PRINS, Adolfo, *La Defensa Social*, ya citado, pp. 156, 157, 164.

Por ello, Mittermayer,<sup>29</sup> se pregunta: ¿cómo podrá realizar la Política Criminal esta gran tarea? Y se responde: "El deber de la Política Criminal consiste. . . , en una tranquila investigación de las causas particulares del crimen, en el estudio de cada procedimiento de lucha, en la elaboración sistemática de sus principios, en la influencia a ejercer sobre los criminalistas prácticos y en la intervención en la legislación penal, cuando esta intervención es absolutamente necesaria".

### 3. Sistema penitenciario y principios políticos

La política (nos dice Bueno Arús),<sup>30</sup> es la prudencia aplicada a los actos de gobierno. El hecho de que sea arte, virtud o ciencia es irrelevante para nuestros efectos. Lo que nos interesa destacar es cómo su sombra se proyecta sobre el estudio de la cuestión penitenciaria, complicando las líneas elementales que una consideración puramente doctrinal, o técnico-jurídica, del problema podría presentar en conclusión. La prudencia, en este caso, consistirá en elegir los medios ocasionalmente más conducentes al fin proyectado, desviándose radicalmente, por tanto, en su mismo punto de partida, de aquella perfección ideal que es la más cara ilusión de un enfoque exclusivamente teórico.

Por otra parte, no hay duda alguna de las conexiones de la política con el ordenamiento jurídico, que además de ser recíprocas son inevitables; y lo son porque, si bien aquélla señala la orientación concreta del Derecho en una sociedad y en un momento histórico determinados, al mismo tiempo delimita, autolimita mejor, en esas mismas normas, el margen de actuación que se reserva para el futuro.

El problema adquiere un particular sentido humano en el campo del Derecho Penal, ya que todo cuanto signifique infracción, pena, prohibición, castigo, afecta a los sustratos más íntimos del individuo, coartando (a veces dramáticamente), sus posibilidades de existencia y desarrollo, con el fin (aparentemente paradójico), de proteger las mismas posibilidades en el conjunto social.

Precisamente la materia penitenciaria (en su dimensión jurídica), participa de la naturaleza de lo penal y de lo administrativo, y se ve —en consecuencia— doblemente afectada por los principios políticos, que sirven de directrices a una y otra rama del ordenamiento jurídico

<sup>29</sup> MITTERMAYER, C. J. A., "Comunicación al Congreso de París", 1900. *Actas del Congreso*, t. II, pp. 546 ss.

<sup>30</sup> BUENO ARÚS, Francisco, "Los Principios Políticos de un Sistema Penitenciario", en *Revista Penal Penitenciaria*, Santa Fe, 1965, núms. 3 y 4.

general. Los primeros condicionan sus objetos, y los segundos la organización encargada de proceder a su ejecución material.

En la interrelación entre sistema penitenciario y principios políticos cabe señalar (sin propósitos de exhaustividad), cuestiones interesantes, veamos algunas.

a) Parece no haber dudas, a estas alturas (al menos en la generalidad del ordenamiento jurídico de los países democráticos), que la ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal. El sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta —para él— en la efectiva aplicación de una pena, no pierde, por tanto, la titularidad de los derechos garantidos por la Constitución, salvo en el caso obvio de que esos derechos sean precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta.

Pero, siendo al propio tiempo el recluso un administrado (destinatario, pues, de las normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre Administración y particulares), también se encuentra protegido por las garantías que el Derecho administrativo (sólidamente impregnado de juridicidad, en la actualidad), reconoce y establece. De ahí, la certera frase del maestro Manzini,<sup>31</sup> en el sentido de que el Derecho Penal constituye "el mínimo ético coactivamente imponible", y que representa, hoy día, una realidad jurídica afortunada.

La pena de privación de libertad (cualquiera que sea la denominación utilizada), tiene como objeto la limitación de la capacidad de autodeterminación del hombre. Aún más, el internamiento penal obstaculiza, al condenado, la libertad de deambulación normal en nuestras sociedades y en nuestro tiempo.

Al reo se le señala —coactivamente— el edificio en que ha de alojarse, y el plan de actividades que se le impone; plan concebido en la medida estrictamente necesaria y suficiente para el cumplimiento de la finalidad misma de la pena. Actualmente, esta finalidad no puede ser otra que la prevención especial, el tratamiento reformador de aquellos delincuentes que no presenten carácter de incorregibles.

Tras una larga lucha, hoy, se entiende como injusto e ilógico privar a los condenados de los derechos inalienables de todo ser humano y de las garantías de los ciudadanos, cuyo ejercicio y disfrute son, precisamente, el contenido de su plena inserción en el desenvolvimiento ordinario de la comunidad social.

<sup>31</sup> MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, vol. I, 4a. ed., Torino, Edt. Utet, 1961, párrafo 16 bis.

El sentido orientativo liberal del ordenamiento punitivo tiene su consecuencia: *impide —pues— privar al recluso de aquellos derechos cuya negación no venga necesariamente impuesta por la ejecución de la pena, a que haya sido sentenciado; tampoco será posible, por vía analógica, ampliar el número de privaciones a que se encuentre sometido, o hacer más duras las condiciones de las mismas.*

*Se entiende, así, que lo no prohibido está permitido; pero —además— que tampoco puede prohibirse lo que no venga exigido por la estricta finalidad de la norma. Un sistema penitenciario, en estas condiciones, haría verdadero (sin necesidad de proclamar expresamente), el calificativo tópico de humanitario.*

Lo anterior no está en contradicción con la necesidad de autoridad y disciplina (incluso severas), dentro de las instituciones penitenciarias. Los reclusos no sólo tienen derechos, sino también obligaciones; pero tanto unos como otras han de desarrollarse, y ejercerse, por los cauces preceptuados por el Derecho, cuyas lagunas han de integrarse sobre la base de que lo no prohibido, en última instancia, está permitido.

b) *La Administración penitenciaria es un servicio público civil y no militar.* (Posición que mantuvo, siempre, en todas sus explicaciones de Cátedra el inolvidable maestro Piña y Palacios). Si el régimen penitenciario es el escalón ejecutivo de una función netamente civil como es la judicial, en buena lógica ha de participar de esta misma característica. *En consecuencia, ha de estar servida por funcionarios civiles y no militares.*

Totalmente cierto que, en el siglo XIX, fueron servidas por militares las plantillas de presidios, prisiones, cárceles y penitenciarías (y justo consignar que, en ocasiones, realizaron una brillante y meritoria labor). Pero la profesión de militar (ni más ni menos digna que cualquier otra), al tecnificarse, extraordinariamente, en nuestra época la predispone muy poco para estos menesteres. Hay un mundo de diferencia (señala Bueno Arús),<sup>32</sup> entre un cuartel y un establecimiento penitenciario, y la diferencia aún habría de ser más acentuada, si en estos últimos se desarrollara el régimen que el auténtico concepto y finalidades de las penas privativas de libertad requieren.

Los directores y el personal de los establecimientos penitenciarios han de tener, deben tener la cualidad de funcionarios de la Adminis-

<sup>32</sup> BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 127.

tración civil del Estado. Y en este sentido se pronunció el Congreso de las Naciones Unidas de 1955, al sostener que el personal penitenciario deberá tener carácter civil, y que se deberá seleccionar especialmente al personal, el cual no deberá ser constituido con miembros procedentes de las fuerzas armadas, de la policía o de otros servicios análogos. Pero lo anterior no ha de ser obstáculo para la exigencia de un sentido de la disciplina en las relaciones internas entre los funcionarios penitenciarios más acusado si se quiere, que en los restantes ramos de la Administración civil.

Preciso resulta resaltar la necesidad de una selección adecuada y de una formación profesional específica de los funcionarios, que han de integrar el personal de los Cuerpos penitenciarios; selección a comenzar ya desde las condiciones requeridas para el ingreso, que —si en ciertos niveles puede satisfacerse con una cultura general o elemental— es obvio, en otros grados, deberán exigirse titulaciones acordes con las actividades pertinentes al desarrollo de la ejecución de las penas; juristas, psicólogos, sociólogos, pedagogos, psiquiatras, maestros de taller, trabajadores sociales, etcétera, son todos necesarios dentro de las prisiones. Incluso es conveniente la contratación o adscripción temporal de técnicos o especialistas en la medida en que sus servicios puedan resultar necesarios o aconsejables.

c) Una política penitenciaria ha de ser, sobre todo, realista. Ha de elegir, *entre las posibilidades existentes de hecho*, la que parezca más adecuada a la finalidad perseguida.

Afirmar, en la medida de lo posible, la coherencia entre teóricos y prácticos no sólo es conveniente sino necesario; la discordancia siempre es negativa para todos, para la sociedad, para los ciudadanos individualmente considerados, y desde luego para el justiciable. Más eficaz resulta olvidarse de paraísos imposibles, y atenerse a lo que la realidad ofrece (establecimientos, funcionarios, recursos económicos del país, etcétera), para —modesta pero tenazmente— ir construyendo, diariamente, los cimientos de un régimen penitenciario menos corruptor que el anterior, hasta que, finalmente, se puedan ensayar tratamientos de reforma, por parcelas (delincuentes primarios, menores, anormales mentales), o de conjunto.<sup>33</sup>

El régimen penitenciario de cualquier país ha de ser adecuado a la orientación actual de la finalidad de la pena en el mismo círculo político-

<sup>33</sup> BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 128.

social. Y esta conclusión es válida tanto desde el punto de vista de política criminal como desde el ángulo estrictamente técnico-jurídico.<sup>34</sup>

Al hablar de la pena de privación de libertad se emplean reiteradamente los mismos tópicos: prevención especial, reforma, reeducación, resocialización, etcétera, pero, a la hora de la verdad, ni el pueblo, ni los especialistas, ni los legisladores, ni los propios teóricos siquiera, se olvidan de la expiación o retribución, ni de la prevención general (intimidación, terror), ni aun de ese viejo residuo histórico, irracional, de venganza, que todavía permanece en el subconsciente de nuestra condición de hombres civilizados, y aflora a la superficie a la menor oportunidad.

Pero no podemos renunciar tan fácilmente a las conquistas de nuestra civilización. La lucha en pro del Derecho ha de concretarse (en lo que a nuestro tema se refiere), en el combate por la transformación real de la pena en ese tratamiento reeducador de los delincuentes en que, idealmente, hace ya largo tiempo se ha convertido, al menos en los textos de los pensadores y en las exposiciones de motivos de las leyes.

Sin perjuicio de conservar penas severas (o medidas de seguridad de larga duración para incorregibles), la pena, en los códigos y en la práctica, se ha de orientar decididamente hacia la resocialización de los sometidos a ella, esto es, hacia su reforma moral y su readaptación social. El objetivo será difícilmente conseguible, por eso se requiere de un esfuerzo tenaz y sostenido. Para mejora no sólo de los sancionados sino de los propios sancionadores. Esfuerzo orientado, también, a reducir el inmenso despilfarro que, para los Estados contemporáneos (tan agobiados de cargas económicas), supone el lujo del mantenimiento de una organización —para la ejecución de las penas de prisión— ineficaz y corruptora.

No deja de reconocer lo anterior que, sea cual sea la forma en que se ejecute, la pena constituirá siempre un sufrimiento para el reo (desgraciadamente, no sólo para él), y una advertencia severa para el resto de los habitantes. Por ello, la finalidad que debe guiar, de modo exclusivo, nuestros afanes es la prevención especial (reforma); las demás finalidades de la pena se nos darán solas por añadidura.

e) La vieja doctrina de la división de poderes estatales ha llegado a nosotros en una evolución insatisfactoria para el poder judicial. A este efecto, señala Bueno Arús,<sup>35</sup> que (en tanto la plenitud de auto-

<sup>34</sup> BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 129.

<sup>35</sup> BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 130.

nomía de los poderes legislativo y ejecutivo parece casi axiomática), el poder judicial mantiene una conexión tan intensa con el ejecutivo (en una serie de aspectos), que su libertad de acción aparece verdaderamente mediatizada. Quizás ello no ocurra en el aspecto más "visible" de la función judicial, es decir en el acto de sentenciar, pero si sucede (y en considerable medida), a los efectos de la ejecución de las penas, actualmente de modo casi absoluto en manos de la esfera administrativa.

La idea de que la ejecución de las penas debiera corresponder al sector de la actividad estatal competente para aplicarlas, parece lógicamente fundamentada. La absoluta jurisdiccionalización o judicialización de las penas es una aspiración de los integrantes del poder judicial, al mismo tiempo que una razonable exigencia de la total independencia del mismo respecto de las injerencias del poder ejecutivo.

Pero, refiriéndonos a los países latinoamericanos, una reforma de esas características tendría excesiva envergadura como para no producir trastornos y desajustes políticos de muy difícil (e incluso imprevisible), solución.

Se impone, pues, y a la vista de las señaladas circunstancias, un camino más moderado (también de horizontes apetecibles), consistente en la intervención judicial en la ejecución de las penas de privación de libertad. La gestión de los servicios penitenciarios puede continuar en manos de la Administración (a través de instituciones y funcionarios especializados), pero bajo una inspección o supervisión judicial, que asegure el cumplimiento de las leyes y reglamentos sobre la materia, y al propio tiempo venga a incrementar el número de garantías protectoras de los derechos del reo. Esta es la tesis de buena parte de especialistas, penalistas y jueces (dirección apuntada en México por el doctor García Ramírez), a la que suelen oponerse los funcionarios de carácter administrativo.

Realmente sólo una intervención judicial (más o menos amplia, según cada país), en el régimen penitenciario es susceptible de garantizar (en la medida de lo posible), el cumplimiento de la legalidad inherente al campo de acción del Derecho Penal. La inspección de los servicios administrativos penitenciarios no puede realizarse, no debe realizarse, por servicios de la misma naturaleza. La razón es bien sencilla, ¿por qué quién custodia a los custodios? Lo más acertado es que esa labor de vigilancia sea ejercitada por personas u organismos ajenos a la propia Administración, y debe reconocerse que nadie mejor que los titulares de la función judicial para ello.

Por otro lado, la indeterminación de las penas (que, por moderada que sea, es una realidad patente en el ordenamiento jurídico-punitivo

de los países más adelantados), torna indecisos y casi borrosos los límites entre las zonas de aplicación y ejecución de la pena, ligándolas de tal manera que la competencia del Juez, no discutida por nadie respecto de la primera, ha de hacerse también extensiva a la segunda.<sup>36</sup> Pero la institución del Juez de ejecución de penas necesita de dos requisitos insoslayables: a) la formación criminológica de los funcionarios encargados de ella; b) la absoluta separación entre los organismos judiciales civiles y penales.

Así, en España la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, crea la figura del "Juez de Vigilancia", cuya misión según el artículo 76 es: *hacer cumplir* la pena impuesta; *resolver* los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos; *salvaguardar* los derechos de los internos y *corregir* los abusos y desviaciones que —en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario— puedan producirse. *Asimismo conocerá* de las peticiones, quejas o recursos en materia de tratamiento, en cuanto afecte a los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios de los internos.

f) En cuanto a la conveniencia de encaminarse hacia nuevos derroteros es necesario ponderar cuidadosamente los pasos a dar; así se viene hablando insistentemente de la crisis de la pena de prisión; se propone su sustitución por otras medidas más adecuadas para el cumplimiento de finalidades que el ordenamiento punitivo ha descuidado tradicionalmente (la reponsabilidad civil, el resarcimiento de los daños causados por el delincuente, la reintegración de las situaciones jurídicas quebrantadas por el hecho delictuoso, etcétera).

Evidentemente nos hallamos ante orientaciones serias, que afectan a problemas esenciales, y dignas de la mayor atención, pero el avance ha de hacerse, es decir debe hacerse, tras la constatación científica de toda la problemática inherente, antes de su recogida y plasmación en el ordenamiento jurídico, con el carácter coactivo propio de la norma. En concreto, son necesarios los tanteos previos, y ese tantear es una de las manifestaciones más genuinas de la política.

<sup>36</sup> BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 131.

## II. CAPÍTULO SEGUNDO

1. *Problemática de la autonomía del Derecho Penitenciario*

Es cuestión sumamente debatida la de la posible autonomía del llamado Derecho Penitenciario, personalmente estimamos que la discusión no tiene tanta relevancia como se le ha pretendido dar (y esto es frecuente en muchos temas del Derecho), pues lo interesante no es tanto su autonomía o dependencia como rama jurídica, sino su eficacia en el cumplimiento de sus fines concretos y específicos. No obstante lo anterior, resulta conveniente señalar (eso sí brevemente), las distintas posiciones al respecto.

Minoritariamente, hay autores, como Novelli,<sup>37</sup> que consideran que el Derecho Penitenciario es autónomo dentro del ordenamiento jurídico general; pero la mayoría entiende que forma parte del Derecho Penal (sustantivo o adjetivo), o del Derecho Administrativo; junto a ellos hay también autores (como el maestro Jiménez de Asúa),<sup>38</sup> que ni siquiera lo categorizan como Derecho.

Precisamente Bernaldo de Quirós,<sup>39</sup> en función del problema de su autonomía, señala que, como quiera que sea, queda siempre firme el punto de partida, que presenta al Derecho Penitenciario como una dependencia del Derecho Penal, considerado éste en toda su amplitud y su conjunto.

Y expresa gráficamente su pensamiento: se puede decir que el Derecho Penitenciario es un capítulo, una sección, una parte, una división del Derecho Penal; esta división comienza (bajo la rúbrica general de Derecho Penal), inmediatamente después, a continuación de la parte del Derecho Penal dedicada a la aplicación de la pena.

Hasta ahí llega el Derecho Penal propiamente dicho; hasta el momento en que los jueces firman la sentencia (absolutoria o condenatoria), y —en este último supuesto— fijando las penas correspondientes al delito, según los términos legales.

El Derecho Penitenciario, recogiendo el fallo condenatorio, tal como es (sin poder alterarlo en lo más mínimo), atiende después a la ejecución de la pena.

<sup>37</sup> NOVELLI, "La autonomía del Derecho Penitenciario", en *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, julio-diciembre de 1943.

<sup>38</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3a. ed., Buenos Aires, Edt. Losada, 1964, pp. 68 y ss.

<sup>39</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Imprenta Universitaria, México, 1953, pp. 9, 10, 11.

Pero quizás resulte necesario, en aras del posible esclarecimiento de la cuestión, hablar algo en relación al sentido de la expresión autonomía jurídica. Señala Bueno Arús<sup>40</sup> (citando las explicaciones de cátedra del maestro Alonso Olea, curso 1955-56, Universidad de Madrid), que existen dos clases de autonomía: autonomía por razón de las fuentes (*llamada de primer grado*), y autonomía por razón de la materia regulada (*denominada de segundo grado*).

Y añade que siendo las fuentes —por regla general— comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, es la especialidad de la materia regulada la que ha de darnos la pauta para distinguir unos sectores de otros. Ciertamente, los adjetivos que se utilizan para denominar las diversas parcelas del ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativo, laboral, mercantil, fiscal, etcétera), nos están indicando que la diferenciación es de naturaleza material.

La pregunta se impone, ¿es especial la materia regulada por el Derecho Penitenciario? No se puede ser rigorista en la respuesta en función de las autonomías jurídicas (como advierte Alonso Olea).

No hay compartimentos estancos, separaciones tajantes, entre los sectores o ramas del ordenamiento jurídico, pero suele haber una materia (un tipo de relación o una serie de relaciones jurídicas), específica o más intensamente regulada por cada uno de ellos, sin perjuicio de reflejos o conexiones con los demás sectores.

Enfocada desde este punto de vista, podría estimarse que la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad representa —de suyo— una materia propia y diferente de las constitutivas del objeto de los Derechos comúnmente conocidos.

Ahora bien, si el rigorismo es rechazable, también lo es la facilidad acomodaticia, ya que ésta nos llevaría a reconocer "autonomías" en la regulación de cada instituto jurídico. Ya sabemos que se habla de Derecho Aeronáutico, Derecho de la Circulación, Derecho Económico, etcétera. Pero estas denominaciones sólo pueden justificarse, si las consideramos como meras formas de facilitar la exposición didáctica de la normativa referente a estas cuestiones, cualquiera que sea el sector del ordenamiento jurídico, a que materialmente pertenezcan dichas normas. Cabría preguntarse si éste es el caso del Derecho Penitenciario.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> BUENO ARÚS, FRANCISCO, "Sobre la Autonomía del Derecho Penitenciario", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, núm. 741, 25 de julio de 1967.

<sup>41</sup> BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, pp. 121-122.

Para Sergio García Ramírez,<sup>42</sup> al no haber en México Juez ejecutor de penas, y al ser mínima (si no nula), la intervención judicial en procedimientos posteriores a la condena, y tener la intervención acusadísima rasgos administrativos frente a los jurisdiccionales, no ha prosperado la tesis procesalista del Derecho Penitenciario.

Sin embargo, la solución —en torno a la autonomía del Derecho Penitenciario— no puede ser tajante. Los penalistas suelen adscribir el Derecho Penitenciario al Derecho Penal, del que entienden constituye una parte, concretamente aquella consagrada a regular la ejecución de las penas, y singularmente de la de privación de libertad. Frente a ellos, los administrativistas opinan que —siendo la ejecución de las penas competencia de la Administración— los preceptos reguladores de la misma vienen referidos a uno de tantos servicios públicos y son de naturaleza administrativa.

No se trata, no puede tratarse, de dar la "razón" a tontos o troyanos, sino de matizar cuidadosamente. En la ejecución de las penas existen dos aspectos fundamentales: *el cumplimiento de las mismas*, a lo largo del periodo fijado por los Tribunales, *y el tratamiento*, "régimen de vida", impuesto al condenado durante ese periodo por el Estado, a través de la Administración.

Dicho de otra forma, el *quantum* y el cómo de la ejecución de la pena, de los que el primero está regulado por el Derecho Penal, y el segundo por el Derecho Administrativo. Basta examinar el Código Penal, y ordenamientos procesales penales para el Distrito Federal y el Federal, así como la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 1971 (con sus varias modificaciones), para darnos cuenta de lo anterior.

Hay, pues, en nuestro derecho positivo, y en lo referente a la materia penitenciaria, dos tipos de regulaciones: *normas penales* (referidas a la duración de las penas), *y normas administrativas* (referentes a los procedimientos de ejecución). Ello comporta (y esto es sobremodo importante), una doble relación jurídica entre el condenado y el Estado, que tiene —cada una— su regulación propia y su propio sistema.

Pero, aun así, esta doble procedencia y calificación de los preceptos constitutivos de la legislación penitenciaria no es un dato decisivo a favor o en contra de la pretendida autonomía. Hay otras disciplinas jurídicas (cual es, por ejemplo, el Derecho Laboral), en que existen normas procesales, administrativas, e incluso civiles y penales, y se

<sup>42</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1975, pp. 32-33.

admite su autonomía, pero —en el caso del mencionado Derecho del Trabajo— hay una jurisdicción propia (autonomía formal), que obviamente contribuye a dotar de incuestionable especialidad al sistema normativo social. Esta atributabilidad jurisdiccional no se da en materia penitenciaria, donde Tribunales y Administración marchan si no cada uno por su lado, en términos absolutos, sí plenamente distanciados en cuanto a la ejecución de las penas.

Lo anterior contribuye indudablemente,<sup>43</sup> a ser un factor negativo en referencia al reconocimiento doctrinal de la autonomía del Derecho Penitenciario; pero ello no obsta para la conveniencia, no sólo a fines didácticos de claridad y sistematización, del estudio conjunto de cuantas normas y preceptos se refieran a materia penitenciaria, ya que evidentemente existe una interacción entre todas las disposiciones, que —en cierto modo— se condicionan y complementan.

Pero nada de lo anterior justificaría una toma de posición definitiva en la cuestión que se viene exponiendo. Todo lo dicho no impide la resolución del problema con la utilización de la rúbrica general de Legislación Penitenciaria, considerada en armonía conjunta y con sus distintos aspectos penales y administrativos; entendemos que estos acaloramientos terminológicos no deben ser obstáculo para el uso de la expresión Derecho Penitenciario (si así se prefiere), siempre que se tenga en cuenta, que en este caso, su utilización tendría el mismo alcance de Derecho Aeronáutico, Derecho de la Circulación, etcétera.

Pero el problema verdadero radica en si esto, realmente, debe ser así. La regulación normativa de los condenados, sometidos a la doble relación, ya señalada, con el Estado, se constituye en fuente inacabable de conflictos no resueltos ni doctrinal ni legislativamente, y con la lamentable secuela de ocasionar, al reo, una casi absoluta (por no decir absoluta), falta de certeza jurídica, lo cual, además de inhumano es también anticonstitucional.

¿Cuál podría ser la solución de este último problema, que es el fundamental? Pues los pasos a dar serían los siguientes:

a) Perfecta delimitación de las atribuciones entre Tribunales y Administración.

b) Una vez realizada la anterior decantación de atribuciones entre Tribunales y Administración penitenciaria, ver la conveniencia práctica del establecimiento de una Jurisdicción Penitenciaria (de hecho, esto ha ocurrido ya, en mayor o menor medida, en Italia, Francia, Polonia, Alemania, España, etcétera). Ya hemos referido el caso del "Juez de

<sup>43</sup> BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 124.

Vigilancia" en España, y de parecida forma en Italia con el denominado "giudice di sorveglianza".

c) De no adoptarse lo anterior, atribuir la gestión de los establecimientos penitenciarios al poder judicial, penal, para que los dirijan.

Tras lo expuesto, cabría plantearse, con propiedad, la autonomía del tan traído y llevado Derecho Penitenciario, como muy bien afirma Bueno Arús,<sup>44</sup> no vayamos a caer en el intolerable fariseísmo de enfrascarnos en bizantinas discusiones teórico-doctrinales, y mientras la población penal padezca un régimen inadecuado y vejatorio.<sup>45</sup>

## 2. Delimitación de su ámbito en relación a otras disciplinas

El Derecho Penitenciario encuentra su límite en los textos constitucionales, concretamente en México su parcela está perfectamente delimitada por el artículo 18 constitucional. No puede ir más allá de lo establecido en el precepto señalado.<sup>46</sup>

De la misma forma (nos indican Cuevas Sosa y García de Cuevas), está limitado por el Derecho Penal, ya que no puede traspasar el contenido y finalidad de la pena.

Otro límite (siguen diciendo los autores indicados), se encuentra en el Derecho Procesal Penal, ya que debe seguir a la pena en la determinación establecida por el derecho punitivo sustantivo y adjetivo, aplicando concretamente la pena o la medida de seguridad, respetando la sentencia condenatoria dictada por el juez.

Y añaden (en aclaración de lo anterior), que nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, establece penas y medidas de seguridad. Las medidas de seguridad tienen carácter reglamentario, adoptan un contenido unitario de sanción, en el sentido de que son complementarias.

Además, en los últimos años, ha surgido un movimiento doctrinal que pretende la adopción de un interés unitario, en el sentido de que la pena se aplique a personas capaces y las medidas de seguridad a los incapaces; el Código Penal sustantivo confiere a los jueces facultades de aplicación ejecutiva de penas y medidas de seguridad (señalan los reiterados autores).

<sup>44</sup> BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 124 *in fine*.

<sup>45</sup> MATA TIERZ, J. M., "Intervención judicial en el cumplimiento de las penas de privación de libertad", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. del 15 y del 25 de abril de 1965, Madrid.

<sup>46</sup> SOSA CUEVAS, Jaime y GARCÍA DE CUEVAS, Irma, *Derecho Penitenciario*, México, Edt. Jus, 1977, pp. 23-24.

Dado que —en la actualidad— la pena (a diferencia de épocas pasadas), está enfocada a la prevención individual, y las medidas de seguridad tienen como finalidad la reeducación del sancionado, esta situación es tomada como base por la tendencia unitaria, unificadora de las penas y de las medidas de seguridad considerando que ambas tienen la misma finalidad. Cuevas y García de Cuevas se pronuncian a favor de esta postura. Tanto la pena como la medida de seguridad deben tener la finalidad de la readaptación social del justiciable, una (la pena), cuando se ha cometido la infracción, otra (la medida de seguridad), con un marcado y estricto carácter preventivo, razón justificadora del abandono de la distinción.

Naturalmente, el Derecho Penitenciario tiene una afinidad obvia con la ciencia penitenciaria que se avoca al estudio de los distintos sistemas penitenciarios. Y también con la llamada técnica penitenciaria enfocada a la actividad del órgano penitenciario, cuya actuación es de singular relevancia en orden a la deseada eficacia.

También expresan los Cuevas,<sup>47</sup> que el Derecho Penitenciario utiliza el auxilio de ciencias como la Psicología jurídica, la Sociología criminal, la Antropología criminal, la Psiquiatría criminal, etcétera, que constituyen un importante cuadro para obtener la finalidad pretendida, es decir, la readaptación social del sentenciado, y de las cuales los llamados operadores penitenciarios deben tener vastos conocimientos para el acertado desempeño de sus funciones.

Terminando por concluir que el Derecho Penitenciario y la Criminología se complementan. Las dos disciplinas persiguen la readaptación social de los comitentes de los delitos.

Malo Camacho,<sup>48</sup> por su parte, indica que, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, piedra angular del Derecho Penitenciario en México, la pena se dirige a la readaptación social del individuo mediante la capacitación para el trabajo, el trabajo mismo y la educación. Límite, pues, en su maximización, marcado por el supremo texto legislativo nacional.

En cuanto a otras disciplinas, el Derecho Penitenciario, señala, está conectado con el Derecho Penal sustantivo y con el procesal, en cuanto (entiende Malo Camacho), son ramas jurídicas, todas ellas correspondientes a las ciencias normativas.

Respecto del Derecho Penal material, ya que éste regula la normatividad determinativa de los delitos y de las penas aplicables a los

<sup>47</sup> CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 24 *in fine* y 25 *ab initio*.

<sup>48</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual de Derecho Penitenciario*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría de Gobernación, 1976, pp. 12-13.

infractores, mientras que el ordenamiento penitenciario normativiza regulativamente la forma de ejecución de las penas, lo que interrelaciona ambas ramas de tal modo que, realmente, una comienza donde la otra termina.

Referente al Derecho Penal procesal (sigue Malo Camacho) éste fija la forma y el procedimiento mediante el cual es posible determinar cuándo un individuo es autor de un delito, y por tanto susceptible de ser punibilizado con una sanción, lo que constituye a la rama procesal penal en materia ubicada entre la penal sustantiva y la propiamente penitenciaria; así, una señala el delito y la pena, otra la forma de determinación de la responsabilidad penal del individuo, y la última, la penitenciaria, establecerá el método de ejecución de la pena.

En resumen (dice Malo Camacho),<sup>49</sup> que la esfera de conocimiento de cada una de ellas se advierte estrechamente relacionada, pero al mismo tiempo independiente.

Con relación a la Penología y a la Criminología, entiende Malo Camacho que estas dos son de carácter ontológico, se trata, pues, de ciencias fenoménicas, a las que interesa —en primerísimo término— la realidad social en sí, y consecuentemente no están delimitadas por el marco jurídico.

La Penología (expresa Malo Camacho),<sup>50</sup> estudia las penas en general, por lo que —en este aspecto— coincide con el Derecho Penitenciario, que también las estudia a través del marco legal, por lo que es obvia la íntima relación entre ambas. En cierta forma (asevera el autor citado), entre Penología y Derecho Penitenciario existe una relación de género a especie, en la que el Derecho Penitenciario es una especie del género Penología. El estudio penológico es más amplio y puede servir de base a modificación de las disposiciones o creación de otras nuevas, y —en este sentido— sólo estará creando derecho penitenciario.

Cosa parecida, al decir de Malo Camacho, ocurre con la Criminología por lo que hace a su relación con el Derecho Penitenciario. En cuanto la Criminología estudia al hombre delincuente, según el penitenciarista mexicano, estos fenómenos sociales inciden en el campo legislativo y de ahí su relación con el Derecho Penitenciario. Terminando por afirmar sus relaciones, y sus diferencias, con el Derecho Administrativo, el llamado por él Derecho preventivo, la Criminalística, la Medicina legal, etcétera.

<sup>49</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 13.

<sup>50</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 14-15.

Tras sentar que la Criminología se ocupa de estudiar los diversos medios de represión y de prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), y especialmente de su ejecución y de la actividad postpenitenciaria, Cuello Calón<sup>51</sup> indica que el estudio de las penas y de su ejecución también suele designarse con el nombre de Ciencia Penitenciaria (denominación que, durante años, estuvo reservada para el estudio de las penas privativas de libertad).

Pero, posteriormente (sigue diciendo el fallecido maestro hispano), su campo se ha ensanchado grandemente hasta comprender todas las instituciones postcarcelarias.

Como se ve (continúa Cuello Calón), tan amplio contenido rebasa, con mucho, el calificativo de penitenciario. La ciencia penitenciaria (si se quiere una correspondencia entre nomenclatura y contenido), no puede extender su actividad más allá del estudio de la organización y el funcionamiento de aquellas penas orientadas al único fin de la corrección del delincuente. Según Cuello Calón las restantes penas (privación o limitación de derechos, pecuniarias, etcétera), son por completo ajenas a la ciencia penitenciaria, cuyo campo estima de más estrechos límites. Y termina por afirmar que la ciencia penitenciaria vendría a ser una parte importante, pero parte al fin, de la Penología.

En el concreto tema del Derecho Penitenciario, el citado juspenalista señala que más que esta expresión sería propia la de Derecho de ejecución penal, pero que, para su definitiva autonomía como rama jurídica, para su perfecta delimitación y decantación de otras ramas, necesario resulta sistematizar previamente toda la legislación relativa a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad en un Código que podría llamarse de Ejecución Penal, citando el acuerdo adoptado en el Tercer Congreso de Derecho Penal (Palermo, abril de 1932), que reconocía la autonomía del Derecho Penitenciario, pero dada su todavía etapa elaborativa (especialmente en lo referente a las medidas de seguridad), se limitó a recomendar una sistematización jurídica de la ejecución penal.<sup>52</sup>

Nosotros entendemos que la determinación del objeto de una ciencia, en nuestro caso la relativa al Derecho Penitenciario, requiere que, previamente, sepamos el criterio científico para delimitarla. Y lo entende-

<sup>51</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, t. I, vol. II, Barcelona, Edt. Bosch, 17a. ed. 1975, pp. 794 a 798.

<sup>52</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología*, Barcelona, Edt. Bosch, 1958, Capítulo III.

mos así, porque precisamente el objeto de esa ciencia resulta necesario para su debida ubicación (en este caso, dentro de las distintas ramas jurídicas), diferenciándola o entrelazándola con otras.

¿Pero qué supone lo científico? Aunque no en directa relación con nuestra disciplina, sí nos parece adecuado el concepto de lo científico que nos da Lucien Séve,<sup>53</sup> ya que se trata de una noción de carácter universal, de aplicación a cualquier área de la ciencia.

El autor francés nos dice que se trata de una definición, "por la cual se capta con exactitud la esencia propia de su objeto; y, ligado a esta definición, el método adecuado para estudiar ese objeto".

Son —pues— conceptos básicos a través de los cuales se expresan los principales elementos y especialmente las contradicciones determinantes de esa esencia, "órganos que permiten buscar con posibilidad de éxito las leyes fundamentales de desarrollo del objeto estudiado y conducir, por ahí (debido a que éste depende de esta ciencia) a dominarlo en la teoría y en la práctica, lo que constituye el fundamento de toda empresa científica".

Lo anterior puede ser perfectamente relacionado con nuestra materia, en cuanto nos sirve para esclarecer su objeto. Y es —precisamente— Novelli, el rabioso defensor italiano de la autonomía del Derecho Penitenciario,<sup>54</sup> quien nos señala cuál es el contenido del mismo, al decirnos que este conjunto de normas se refieren a las condiciones de la ejecución, modificaciones y extensión de la relación punitiva; a los sujetos y objeto de la ejecución, a la tutela de los derechos y de los intereses de los condenados, a la finalidad de la ejecución y a las modalidades para realizarla.

Dicho conjunto (afirma Novelli), constituye el Derecho Penitenciario como rama jurídica autónoma, perfectamente diferenciada de las demás. En el mismo sentido, se pronuncia otro autonomista italiano, Siracusa.<sup>55</sup>

Por su parte Bernaldo de Quirós,<sup>56</sup> puntualiza que el objeto nuclear o central del Derecho Penitenciario son las por él llamadas penas centripetas de libertad, o —más claramente— las penas de clausura, las de prisión, señalando que la ejecución de las otras clases de penas que-

<sup>53</sup> SÉVE, Lucien, *Marxisme et théorie de la personnalité*, Paris, Editions Sociales, 1969, pp. 34-35.

<sup>54</sup> NOVELLI, "L'autonomia del diritto penitenziario", en *Riv. di diritto penitenziario*, Roma, enero-febrero, 1933, p. 18.

<sup>55</sup> SIRACUSA, "Sintesi di diritto penitenziario", en *Riv. di diritto penitenziario*, Roma, 1934, pp. 18 y ss.

<sup>56</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, p. 11.

daría sólo en la zona periférica del mismo, que —por ello— se entiende puede ser tratada con menor amplitud.

Y marcando su delimitación con el Derecho Penal, el maestro agrega que éste unas veces absuelve, y otras condena. El supuesto de absolución hace desaparecer toda posible relación con el Derecho Penitenciario. Pero la condena (prácticamente cuando concluye la misión punitiva) hace que se desprenda del condenado, al que no vuelve a ver "sino a través de las raras y pálidas visitas carcelarias que cumplen los jueces (verdaderos órganos del Derecho Penal), como un deber accesorio".<sup>57</sup>

Por contra el Derecho Penitenciario entra en su zona nuclear o central (que es la más típica suya), desde el instante en que recibe al condenado; sabe que ha de devolverlo a la sociedad y (bajo la presión de la hora de la libertad), entiende que ha de hacerlo en condiciones mejores de las que lo recibió.

De otro lado, el tránsito del ambiente judicial al penitenciario modifica también el sentido de la pena (que experimenta una especie de refracción transformadora). El Derecho Penitenciario (al que interesan menos las sutilezas doctrinales de los juristas), que está expuesto al influjo de la opinión pública, de los medios de comunicación social, de las instituciones de patronato, de las asociaciones de beneficencia, de los puntos de vista de los pedagogos y los médicos, y de un largo (cada vez más largo), etcétera, tiene, debe tener, de la pena un concepto más humano, un sentido más liberal (manifestado, según Bernaldo de Quirós, a cada momento), no obstante el deber de acatamiento a los preceptos penales, tal como los recibe de las leyes punitivas; sintetizando: se trata de un derecho más ágil, más flexible si se quiere, que el Derecho Penal.

Convendría acabar este apartado, citando las esclarecedoras palabras del ilustre maestro italiano Giovanni Leone,<sup>58</sup> Profesor Ordinario de la Universidad de Roma, y Presidente, que fue, de la República Italiana.

El estudioso itálico viene a decirnos que, frente al autor de un delito, se configura el derecho subjetivo a castigar del Estado, derecho que el Estado podría ejercitar por su cuenta. Pero (al incidir tal derecho en la esfera de la libertad del individuo), tratándose de organizaciones civiles y evolucionadas, el Estado se autolimita y pide a la jurisdicción la declaración de certeza de la existencia de ese derecho.

<sup>57</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, pp. 13, 14.

<sup>58</sup> LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. III, trd., de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pp. 471, 472, 473.

Mediante la sentencia de condena (declaratoria, precisamente, de la certeza de ese derecho), el Estado entra en la plenitud del ejercicio del derecho de castigar.

Tras dejar establecido lo anterior, Leone enfoca la conceptualización de la ejecución penal, que afirma está constituida "por aquel conjunto de actos necesarios para la concreta actuación de la sanción, que se encuentra contenida en una sentencia que es de condena".

Y añade, que —sobre el problema del carácter de la ejecución— es decir, si se trata de un instituto que entra en el Derecho Penal sustancial, o en el Derecho Procesal Penal, o en el Derecho Administrativo, entiende que dicho instituto hunde sus raíces en tres sectores distintos.

En lo referente a la vinculación de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra en el derecho penal sustancial; en lo relativo a la vinculación con el título ejecutivo entra en el derecho procesal penal; y respecto de la actividad ejecutiva, verdadera y propia, entra en el derecho administrativo.

Y resume su pensamiento: la remisión a una presencia e inmanencia de la función jurisdiccional, en la ejecución, no puede inducir a asignar carácter jurisdiccional a la ejecución; ya porque su derivación del acto jurisdiccional no le imprime ningún carisma particular (tan es así, señala Leone, que en lo civil la ejecución no varía, según que el título ejecutivo emane del juez o de un acto entre particulares), ya porque la intervención efectiva y actual de la jurisdicción se da solamente en casos determinados y explícitamente enucleados (incidentes de ejecución y providencias del juez de vigilancia, que existe, como ya hemos señalado, en Italia).<sup>59</sup>

Leone remacha diciéndonos que la misma presencia del juez de vigilancia (bajo cuya fiscalización se desarrolla la ejecución), y la posible intervención direccional del ministerio público no pueden influir en la determinación de la naturaleza jurídica de la ejecución; según Leone, en realidad, el juez de vigilancia no incide directamente en la ejecución, y el ministerio público (especialmente en el ámbito ejecutivo), es más bien un órgano administrativo.

En el fondo, Leone reconduce el problema del Derecho Penitenciario a su primitivo estadio inicial, es decir, su autonomía, sus límites, su propia naturaleza jurídica están enraizados en tres sectores diversos: penal sustantivo, procesal penal, y administrativo, como muy bien decía

<sup>59</sup> LEONE, Giovanni, *Tratado*, t. III, ya citado, p. 473.

el maestro Piña y Palacios,<sup>60</sup> por muchas vueltas que le demos hay una realidad insoslayable: toda la problemática penitenciaria (incluida la de su propia existencia como rama jurídica independiente), es hija de la sentencia, he ahí su auténtica dimensión.

### 3. *Noción del Derecho Penitenciario*

García Ramírez,<sup>61</sup> de acusado matiz autonomista, lo conceptúa como "conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad"; y señala que se ha producido el alzamiento de una "cada vez mejor trabajada pirámide".

La base de ella se encuentra en el artículo 18 constitucional, del mismo se deduce la legislación secundaria, trátase de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (vigente en la escala federal y en el Distrito Federal) o bien de las leyes locales equivalentes. Vienen luego (sigue García Ramírez), los reglamentos carcelarios (generales o particulares), además de otros instrumentos que coinciden en la preocupación ejecutiva y que poseen rango subalterno. Y —finalmente— las decisiones administrativas. A lo que hay que agregar los tratados internacionales que (para fines de ejecución de penas), celebre o haya celebrado la República.

Bueno Arús,<sup>62</sup> entiende por Derecho Penitenciario "el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación o la ejecución de las penas privativas de libertad". Y añade que el hecho de que se trate de normas jurídicas impide toda confusión con la extensa serie de reglas de tipo técnico o artístico que disciplinan, también, la ejecución de las penas de privación de libertad. Estas otras reglas (según el citado autor), constituyen la denominada, en sentido laxo, Ciencia Penitenciaria.

Arturo Rocco,<sup>63</sup> lo define (él lo llama Derecho Ejecutivo), como "un conglomerado de normas de derecho penal, de procedimiento penal y de derecho administrativo, conjuntamente unificadas en razón de la materia regulada".

La definición de Rocco, a nuestro parecer, esencializa con claridad la triple normatividad integrante del Derecho Penitenciario (tal como

<sup>60</sup> PIÑA Y PALACIOS, Javier, *Explicaciones de Cátedra*, UNAM, División de Postgrado, Curso 1981-82.

<sup>61</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, México, Cárdenas Editor, 1978, pp. 6, 7.

<sup>62</sup> BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 121.

<sup>63</sup> ROCCO, Arturo, *Lezioni di diritto penale*, Torino, Bocca Editori, 1932-1933, p. 301.

hoy es entendido), y la razón de materia que las unifica y les da perfil propio y definido.

Malo Camacho,<sup>64</sup> dice que el Derecho Penitenciario es "el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, impuestas por la autoridad competente, como consecuencia de la comisión de conductas previstas como delitos en la ley penal". Y expresa que la definición aparece acertada, toda vez que se observa acorde con la significación de las palabras penitencia y pena, donde sitúa el origen de la denominación de la rama jurídica.

Sin embargo reconoce que la expresión Derecho Penitenciario es susceptible de crítica por defecto o por exceso. Por defecto, ya que las medidas de seguridad no son, en estricto sentido terminológico, sino precisamente su alternativa de tratamiento. Por exceso, puesto que alguien podría señalar que el Derecho Penitenciario debe ceñirse, en exclusiva, al estudio de las penas privativas de libertad y no a las de otra naturaleza. Y agrega que, por otra parte, también existen otras sanciones, igualmente impuestas por el poder estatal, que —aunque técnicamente no pudieran ser calificadas como penas— representando situaciones privatorias de libertad y necesitando de regulación jurídica, podría entenderse que fueran integradas dentro del Derecho Penitenciario.

En resumen (afirma) el Derecho Penitenciario debe comprender, en su esfera de estudio, a las medidas de seguridad, ya que el ámbito de la materia debe estar dado por el carácter de la penitencia o pena, como reacción jurídica del Estado frente a las conductas antisociales de la delincuencia, y —en base a ello— la expresión pena debe ser entendida en sentido lato (con las alternativas de pena en sentido estricto), aplicada a los sujetos imputables, susceptibles de entender su acción readaptadora, y como medida de seguridad, aplicada en función de la peligrosidad.

Terminando Malo Camacho, al decir que el Derecho Penitenciario sí debe incluir en su objeto de estudio todo tipo de pena y no únicamente las de privación de libertad, ya que (según él), no existe base jurídica para impedirlo. Al mismo tiempo (afirma), por razones obvias, es evidente que la principal atención está centrada, lógicamente, en la pena privativa de libertad, tanto por ser la sanción punitiva por excelencia, como por su misma naturaleza requeridora de amplia y cuidadosa reglamentación.

<sup>64</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 5-7.

Cuevas y García de Cuevas,<sup>65</sup> definen el Derecho Penitenciario como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, o sea la relación jurídica que se establece entre el Estado y el interno". Y destacan la gran contribución de la Escuela Positiva italiana al auge y desarrollo del Derecho Penitenciario al convertir al delincuente en el principal protagonista de la criminalidad, modificando la razón y el fundamento de la pena.

Bernaldo de Quirós,<sup>66</sup> señala que —en la actualidad— recibe el nombre de Derecho Penitenciario "aquél que, recogiendo las normas fundamentales del Derecho Penal (del que es continuación hasta rematarle), desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas, tomada esta palabra en su sentido más amplio, en el cual entran hoy también las llamadas medidas de seguridad". Pero advierte que ésta sería una primera definición abreviada, a la que habría que agregarle "y especialmente, de la ejecución de las penas centripetas de libertad y de las medidas de seguridad que implican detención o clausura, equivalentes de aquéllas".

Parece, pues, acertado señalar que estamos en presencia de un conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas, *stricto sensu*, y de las medidas de seguridad.

### III. CAPÍTULO TERCERO

#### 1. Fuentes del Derecho Penitenciario en México

Malo Camacho,<sup>67</sup> comienza por distinguir entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento. La diferenciación está tomada de la teoría general de la ley penal (nos parece que de los maestros italianos Grispigni, Manzini y Ranieri),<sup>68</sup> señalando que son fuentes de producción del Derecho Penitenciario los lugares, donde pueden formarse o producirse las leyes de la materia: El Congreso de la Unión o Poder Legislativo Federal, según los artículos 71, 72 y 73 fracción VI de la Constitución, como fuente de la Ley Federal y de la del Distrito Federal, y los correlativos de las Legislaturas de los Estados, en referencia al respectivo derecho.

<sup>65</sup> CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 17, 18.

<sup>66</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, pp. 9, 10.

<sup>67</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 29, 30.

<sup>68</sup> GRISPIGNI, Felipe, *Corso di diritto penale*, Padova, 1932; Vicente Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1951; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1960.

También son leyes (desde el punto de vista sustancial), las disposiciones reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 89, fracción I de la Constitución. Por tanto tienen, asimismo, este carácter de fuentes de producción el Ejecutivo Federal y los relativos de los Estados respecto a la elaboración de los reglamentos penitenciarios.

En cuanto a las fuentes de conocimiento, son el conjunto de disposiciones legales vigentes en el país (cuyo objeto constituye la materia penitenciaria), concretamente aquellas disposiciones referentes a la ejecución de la pena y medidas de seguridad, en sentido estricto, o bien, todas las disposiciones relacionadas con la privación de libertad, en amplio sentido.

A la vez, Malo Camacho divide las fuentes de conocimiento en:

Leyes penitenciarias generales, disposiciones ubicadas en los ordenamientos específicamente elaborados sobre la materia (leyes de ejecución de sanciones, Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, reglamentos internos de los reclusorios, reglamentos concretos de algún sector de funcionamiento de los reclusorios).

Leyes penitenciarias especiales, disposiciones de orden penitenciario existentes en ordenamientos cuyo objeto de regulación es esencialmente diverso (normas penitenciarias consignadas en los códigos penales, códigos de procedimientos penales, etcétera).

Por su parte, Cuevas y García de Cuevas,<sup>69</sup> señalan las siguientes fuentes del derecho penitenciario mexicano:

*En primer lugar*, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente el artículo 18 que constituye la base y el fundamento del régimen penitenciario del país.

*Otra fuente de la materia* (nos indican Cuevas y García de Cuevas), son los Códigos de Procedimientos Penales:<sup>70</sup>

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de agosto de 1931, con sus posteriores modificaciones), que se refiere a la ejecución penal en el Título Sexto, comprensivo de los capítulos siguientes: Capítulo I. De la ejecución de sentencias. Capítulo II. De la libertad preparatoria. Capítulo III. De la retención. Capítulo IV. De la conmutación de sanciones. Capítulo V. De la rehabilitación. Capítulo VI. Del indulto.

<sup>69</sup> CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 18, 19, 20 y 21.

<sup>70</sup> CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, p. 19.

El Código Federal de Procedimientos Penales (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, con sus ulteriores modificaciones), en el Título Decimotercero, contiene disposiciones de carácter general referidas a la ejecución de sentencias, con los capítulos siguientes: Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Condena condicional. Capítulo III. Libertad preparatoria. Capítulo IV. Retención. Capítulo V. Conmutación y reducción de sanciones y cesación de sus efectos. Capítulo VI. Indulto. Capítulo VII. Rehabilitación.

*Pero* (indican los reseñados autores), *la más importante fuente de nuestra disciplina penitenciaria, por lo que hace a su contenido*, es la "Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados", debida a una iniciativa del entonces Presidente de la República, licenciado Luis Echeverría Álvarez (de fecha 23 de diciembre de 1970), y que entró en vigor en junio de 1971. La Ley, en cuestión, de muy buena factura, vino a llenar una necesidad constantemente denunciada por los estudiosos en la materia. Merece la pena consignar algunas palabras de la Exposición de Motivos de la misma.<sup>71</sup>

"El Ejecutivo a mi cargo está consciente de que la obra que el Estado realiza en materia de política criminal quedaría incompleta, y no alcanzaría sus mejores resultados, si se olvidan la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes. Es por ello que ahora se presenta esta Iniciativa de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, destinadas a tener aplicación inmediata en el Distrito y Territorios Federales, con el correspondiente desarrollo reglamentario, y a instrumentar la elevación y el desarrollo de la tarea trascendental que en esta materia se pone a cargo de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, órgano con el que se substituye al Departamento de Prevención Social, cuyas funciones alcanzan, de este modo, verdadera proyección nacional y mayor eficiencia técnica".

La llamada Ley de Normas Mínimas consta de 18 artículos, y cinco transitorios, encontrándose estructurada en el siguiente capitulado:

- Capítulo I. Finalidades.
- Capítulo II. Personal.
- Capítulo III. Sistema.
- Capítulo IV. Asistencia a liberados.

<sup>71</sup> CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 19 in fine y 20.

- Capítulo V. Remisión parcial de la pena.
- Capítulo VI. Normas Instrumentales.

*Más allá de nuestra Constitución* (afirman Cuevas y García de Cuevas), están los *Tratados Internacionales*, llevados a cabo para garantizar la dignidad de los seres humanos. Y citan:<sup>72</sup>

"Los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1948), que establecen que el condenado no puede ser sujeto a penas degradantes ni a torturas".

"La Convención Europea para Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertad Personal" (Roma, 1950), consagrante de los anteriores principios.

"La Convención de Ginebra" (Ginebra, 1955), con reglas mínimas para tratamiento de detenidos.

"El Pacto Internacional del Atlántico, Derechos Civiles y Políticos" (ONU, 1966). Su artículo 7 establece idénticas garantías a las señaladas en el artículo 18 constitucional, y el 10, de dicho Pacto, establece que los detenidos no pueden ser tratados en la misma forma, y que deben ser clasificados conforme a su edad y a su sexo.

A los anteriores, agregamos nosotros (con afán meramente ilustrativo, que no exhaustivo):<sup>73</sup>

"Convención sobre Asilo Territorial" 1954, para preservar a los perseguidos por delitos políticos, perfectamente encajada en la muy noble tradición mexicana.

"Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que está en perfecta congruencia con la filosofía política constitucional mexicana al respecto.

*Otra fuente importante* (finalizan Cuevas y García de Cuevas), son los reglamentos internos de los centros penitenciarios, orientados a preservar el orden y buen funcionamiento de los mismos. Así, el Reglamento de Reclusorios del D.F. de 1979 y similares disposiciones.

Bernaldo de Quirós,<sup>74</sup> considera que las fuentes del Derecho Penitenciario son:

- a) La constitución política del Estado que (desde los orígenes del

<sup>72</sup> CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 20-21.

<sup>73</sup> COLECTIVO, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981.

<sup>74</sup> QUIRÓS, Constancio Bernaldo de, *Lecciones*, ya citado, pp. 15-16. *Lecciones de Legislación penal comparada*, Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1944, es también obra interesante a estos efectos del mismo autor.

régimen constitucional), no deja de sentar algunos principios fundamentales de la penalidad.

b) El Código Penal que recoge y amplía estos preceptos, organizándolos en el tejido íntimo de su estructura.

c) Las leyes de ejecución de sanciones, que acompañan, ya ordinariamente, a los códigos mismos, en calidad de apéndices reglamentarios.

d) Finalmente, los reglamentos de las instituciones penitenciarias y las resoluciones de la administración penitenciaria, en el ejercicio de sus potestades (reglamentaria, jurisdiccional y disciplinaria).

e) Y añade el maestro, que conviene tener en cuenta las costumbres penitenciarias, en los últimos e íntimos detalles de ejecución, olvidados por los reglamentos, por muy detallistas y acabados que éstos sean; siempre —naturalmente— que no se opongan a los preceptos escritos de diversa y superior clase.

## 2. Constitución y Derecho Penitenciario

Señala García Ramírez,<sup>75</sup> la conveniencia de destacar el intenso y reciente movimiento en pro de llevar al sistema de ejecución penal la garantía de legalidad, que rige —desde tiempo atrás y con mayor o menor fortuna— en los campos del derecho penal sustantivo y adjetivo.

Las Constituciones de antiguo estilo (dice el prestigioso jurista mexicano), sea remota o reciente su factura, se han ocupado, frecuentemente, dentro de su catálogo de derechos humanos en fijar un sistema de garantías para el recluso.

En esta línea, lo que preocupa es asegurar un trato digno al encausado y —particularmente— al interno. Según García Ramírez se trataría de una expresión ante todo humanitaria, que destierra de las prisiones, o intenta hacerlo, el trato brutal, la violencia, el tributo, la exacción, y pretende conocer y reconocer en el preso a un ser humano merecedor de consideraciones acordes con su dignidad, que no debe verse afectada por el hecho del enclaustramiento.

Sin embargo (indica García Ramírez), no basta con lo anterior, es necesario dar un paso hacia delante, y de esta forma lo han hecho los textos constitucionales de reciente elaboración, que han determinado, dentro del cuadro de los derechos del hombre (por su exclusiva condición de tal), el que asiste al sentenciado para que se le trate con

<sup>75</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 7-8.

sentido redentor, o por decirlo con expresión menos desacreditada, educativo o correctivo, rehabilitador, readaptador, resocializador.

Con ello, quede claro el sentido finalista de la pena como medio de recuperación social, y se reafirman —al propio tiempo— el derecho del recluso y el derecho de la comunidad dentro de un esquema de defensa social, ya que si se readapta a aquél se sirve, de una sola vez, al individuo y a la colectividad. Algunos textos constitucionales señalan incluso con anticipación técnica a las regulaciones de tipo secundario los medios de que ha de valerse el Estado para este proceso recuperativo.<sup>76</sup>

Y prosigue el Maestro, nuestra historia constitucional, como la historia social que le ha servido de base, así como la incuestionable vocación humanista mexicana, han denotado un acusado interés penitenciario. Desgraciadamente, la realidad no siempre ha confirmado plenamente esta tendencia.

Pero (siguiendo el hilo del razonamiento del reiterado autor), vale la pena referir el animado debate del Constituyente de 1857 en torno a lo que, después, sería el artículo 23 del propio ordenamiento constitucional hasta la reforma de 1901.

El citado Congreso manifestó su preferencia por el régimen recuperador, pero también sus temores respecto de la ineficacia de las cárceles, en esa época principal vehículo punitivo. Junto a ello floreció la preocupación por el federalismo o centralismo del sistema de prisiones; resultado de todo fue el mencionado artículo 23, que conjugó dos postulados, la permanencia provisional de la pena de muerte, por una parte, y la urgencia de establecer (lo más rápidamente posible), un auténtico régimen penitenciario, que permitiera abolir la pena capital en la realidad y no sólo en consideración a la doctrina.<sup>77</sup>

El proyecto del Primer Jefe, en 1916, pretendió una mayor centralización penitenciaria, según García Ramírez no tanto por reducir el ámbito competencial de las entidades federativas, sino más bien mirando la eficacia total del sistema, a pesar de ello se encontró con la oposición, lógica, de un constituyente que representaba anhelos descentralizadores tras la precedente etapa porfirista.<sup>78</sup>

El texto definitivo estableció que los gobiernos de los Estados y de la Federación organizaran, en sus territorios respectivos, el sistema

<sup>76</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión*, ya citado, p. 47.

<sup>77</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18 constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 45 a 49.

<sup>78</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18*, ya citado, pp. 50-53.

penal (colonias, penitenciarias, presidios), tomando como base el trabajo como instrumento regenerativo.

Esto (para García Ramírez), supone algo más que el humanitarismo de anteriores cartas constitucionales: a) el carácter regenerador, y no sólo retributivo del sistema penal; b) la convicción de que el trabajo es el medio, si no único, sí el principal para la tarea regeneradora; y c) la afirmación del federalismo penitenciario, cuya única moderación (según García Ramírez), ha residido en el sistema de coordinación.

Precisamente esta acción coordinativa fue el fruto de la reforma de 1965; los gobernadores estatales (con previa autorización de sus respectivas legislaturas), podían celebrar convenios con el Ejecutivo Federal, para que los reos, sentenciados por delitos del orden común, pudiesen cumplir su condena en establecimientos penitenciarios federales. Volvía la acción federal a convertirse en impulso o soporte de la gestión estadual. De esta manera se postulaba formalmente para la fase ejecutiva, y sólo para ella, la demorada petición de los penalistas de uniformidad en el régimen penal tanto sustantivo como adjetivo. La coherencia deseada llegó de la mano del consenso convencional.<sup>79</sup>

Pero la reforma de 1965 (a virtud de iniciativa presidencial de 1964), no sólo fructificó en este régimen de convenios, sino en otros aspectos importantes. Se evitó la idea de regeneración, tan apegada a consideraciones puramente éticas, y —en su lugar— se utilizó el concepto de readaptación social, quizás menos ambicioso y profundo, pero, en definitiva (apostilla García Ramírez), el único indispensable y —de esta forma— el más deseable de momento. Adaptación a un medio, esto es, a una escala de valores y preparación para la convivencia. Sin perjuicio del criterio crítico que el medio pueda merecer, actualmente, no cabe pensar que la prisión pretendiese algo distinto de la readaptación social.<sup>80</sup>

Aparte de ello, el tratamiento adicionó los siguientes elementos: al trabajo se añadieron la capacitación para el mismo (de singular importancia en cualquier intento serio de reinserción social), y la educación, enfocada (además de la amplitud que quiera dársele), a una educación especial, profunda, más axiológica que meramente alfabética, que tiene la pretensión más que de instruir de socializar. Por último, señalar (pues la cuestión excede de las posibilidades fijadas a esta tarea), la incorporación del tema de los menores infractores.

<sup>79</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SepSetentas, 1976, pp. 171 y ss.

<sup>80</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 10-11.

Finalmente, la reforma iniciada en 1976, y consumada en 1977, completó el contenido del artículo 18 constitucional; en ella se facultó al Ejecutivo Federal para celebrar convenios con potencias extranjeras (en lo que García Ramírez denomina "repatriación", y no meramente canje o intercambio de reclusos de nacionalidades distintas).

La reforma, de acusada originalidad en relación con el mundo entero, obedece a la tendencia actual de internacionalización de ciertos delitos (tales como trata sexual, comercio de estupefacientes y psicotrópicos, en una palabra el narcotráfico, tráfico de tesoros artísticos robados, etcétera), fenómenos migratorios de especiales características, lo que provoca la existencia (con alguna frecuencia), de reos extranjeros en establecimientos penitenciarios nacionales.<sup>81</sup>

México resolvió dicha problemática con la aludida reforma facultativa al Presidente de la República, en la forma indicada. La dicotomía estricta territorialidad y readaptación social fue resuelta en el sentido de ceder la primera en favor de la segunda, cuando pudiese quedar afectada esta última. Ello es lo que ocurre ahora con los reclusos extranjeros en cárceles mexicanas y con los internados mexicanos en penitenciarías extranjeras.

Incluso el texto constitucional (párrafo quinto del artículo 18), exige el consentimiento del reo repatriable, y ello es interesante ya que destaca ciertos puntos esenciales del sistema: en primer lugar, que no se trata de un subterfugio para dar lugar a unas extradiciones encubiertas, y —en segundo lugar— que no hay una mudanza mecánica de personas, ya que el recluso tiene la decisión determinante en el asunto de su traslado de un país a otro.

Además del principio de readaptación social y del de libre disposición por parte del reo, está el de ejecución natural, que supone, de un lado, que no se sustraiga el individuo a la acción ejecutiva del Estado, mediante la impugnación de la sentencia penal que ponga en juego ante una soberanía, los actos jurisdiccionales de la otra, y, de otro, que la ejecución se ajuste a las leyes del Estado ejecutor, calculadas con arreglo a sus propios métodos de readaptación y a su entorno cultural.

Y también, el principio de discrecionalidad limitada, entendido como la existencia de casos en que el traslado es imposible (supuestos de delincuencia política, militar o migratoria), e incluso detenta el Estado la posibilidad de no trasladar o de no recibir, en las restantes hipótesis, cuando la transferencia o la recepción pudieran resultar perjudiciales desde el punto de vista de superiores principios de defensa social. Así

<sup>81</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 13, 14-15.

las cosas (afirma García Ramírez),<sup>82</sup> no existe ni en la Constitución ni en el convenio el derecho absoluto del reo al traslado, que pueda ser opuesto al Estado jurisdiccional o exigir frente al Estado ejecutor, siempre y en todo caso.

Por último, la reforma involucra a los reos comunes (aunque, realmente, sean pocos los reos trasladables sujetos a esta jurisdicción). Aquí, serán los gobernadores de los Estados quienes (apoyados en su propia legislación), soliciten al Ejecutivo Federal la inclusión de los sentenciados, sujetos al fuero local, en el sistema de tratados, lo que confirma el criterio de convenio consensual anteriormente referido.

Lo expuesto supone lo más destacado respecto del trascendental artículo 18 constitucional, auténtico basamento del sistema penitenciario del país.

No obstante existen otros preceptos constitucionales, que hacen relación a la materia penitenciaria, cuya breve traída a colación resulta cuando menos conveniente para completar la problemática en cuestión.

El tercer párrafo del artículo 5 alude al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial. No puede entenderse este trabajo, en una interpretación actualizada del precepto, como punitivo, esto fue ampliamente superado tiempo ha, más bien tiene carácter terapéutico, y ello deriva del texto moderno, más moderno, del tantas veces mencionado artículo 18 constitucional.

García Ramírez,<sup>83</sup> con la fina sensibilidad jurídica que le caracteriza, nos señala que cuando el juez impone una pena de prisión, la aplica con todas sus connotaciones y caracteres, con todas sus consecuencias, entre ellas la obligación (y el derecho), de trabajar.

Sin embargo no se trata de una tarea forzada, que pudiera ser impuesta, incluso violentamente, al justiciable. Por el contrario será necesario inducir a éste, orientarlo hacia el trabajo, sin perjuicio (en su caso), de aplicarle las sanciones reglamentarias a que hubiere lugar en el supuesto de negativa.

En cuanto a la alusión a las garantías del artículo 123 constitucional, ello no supone, no puede suponer (agrega el citado autor), una equiparación entre el Derecho del trabajo y el Derecho Penitenciario en este campo; el título y los propósitos del trabajo penitenciario son distintos, por lo menos hasta el momento. El legislador constituyente pretendió, según García Ramírez, una normativa consideración humanita-

<sup>82</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, p. 15.

<sup>83</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 57-58.

ria, desgraciadamente olvidada en algunas ocasiones de la turbulenta historia de las prisiones.

A pesar de ello, sostiene el penitenciarista que venimos siguiendo, es necesario subrayar la tendencia (desde luego conveniente), a una uniformización, a una mayor y deseable coherencia, entre el estadio situacional del obrero libre y el del individuo sentenciado, con la finalidad de considerar a éste como un trabajador temporalmente privado de su libertad.

En tal sentido, el estatuto del recluso puede y debe tener la adición de otras garantías laborales más (sin perjuicio de las que ya disfruta), en cuanto no obstaculicen el tratamiento penitenciario, inclusive la concerniente al régimen de la seguridad social (incorporada, indica el jurista penalista mexicano, a las prácticas de la Colonia Penal de Islas Marias, por vez primera en el país).

El artículo 19, párrafo tercero, constitucional, al prohibir todo maltrato, toda molestia sin motivo legal, toda gabela o contribución en los establecimientos penitenciarios, marca una serie de orientaciones, (en la materia que nos ocupa), limitativas de posibles acciones realizadas en los reclusorios, contribuyendo a perfilar el sistema penitenciario reclusorio en todo el país.

El artículo 21 constitucional se plantea el problema del arresto administrativo (modificación de su texto según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 3 de febrero de 1983), al que son aplicables las palabras del maestro García Ramírez en relación al texto anterior,<sup>84</sup> cuando señala que, aunque de distinta naturaleza que la pena, tiene cierto parentesco con la prisión. La situación del contraventor está sujeta, cuando menos, al mismo régimen de límites y garantías humanitarias de cualquier detenido.

No cabe hablar, propiamente, de resocialización, ni tampoco detectar la existencia técnica de un sistema penal, ya que incluso su duración veda toda posibilidad de tratamiento, pero, dada la incidencia de este tipo de arrestos sobre personas de conducta habitualmente irregular, podría servir de ocasión para el diagnóstico y la posibilidad de adecuadas medidas extrainstitucionales.

El artículo 22 constitucional (como muy bien observa Malo Camacho),<sup>85</sup> aunque fundamentalmente referido a normas de carácter penal, en tanto determina la prohibición de determinadas penas, trasciende de esa esfera y repercute en el derecho penitenciario, ya que al precep-

<sup>84</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 67-68.

<sup>85</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 42-43.

tuar esas prohibiciones delimita la materia penitenciaria "y en base a los principios generales de quien puede lo más puede lo menos, la interpretación legal a favor del reo y el espíritu humanitario que imbuje la materia", "debe entenderse también que las mismas acciones quedan prohibidas, en cuanto medidas disciplinarias, en los propios reclusorios", con lo que indirectamente (según Malo Camacho), se integra el derecho penitenciario; el párrafo segundo (adicionado según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 28 de diciembre de 1982), encaja en la argumentación de Malo Camacho, pues regula una acción que es parte de la ejecución de la pena, mediante una disposición que tiene su reflejo en la materia penitenciaria (aplicación total o parcial de bienes, por decisión judicial, al pago de responsabilidades civiles dimanantes del delito, para la satisfacción de impuestos o multas, o afectación decomisatoria en el supuesto de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109).

Para terminar esta escueta ojeada constitucional, hacer referencia a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos establecida en las diversas fracciones del artículo 38 y en el párrafo final del mismo.

García Ramírez,<sup>86</sup> indica que los derechos quedan en suspenso no perdidos, mientras dura el proceso, como en el cumplimiento de una pena privativa de libertad, igual que en el supuesto de vagancia o ebriedad consuetudinaria, y asimismo en el de sentencia que establezca como pena esa suspensión.

Las concretas hipótesis de vagancia o ebriedad consuetudinaria (en ausencia de régimen legal que las enfoque independientemente, como ocurriría si hubiera un sistema de peligrosidad predictiva), han de enlazarse solamente al delito de vagancia y malvivencia (artículos 255 y 256 del Código Penal).

Entiende García Ramírez que, en estos casos, y en referencia a la materia penitenciaria, la suspensión de ciudadanía no solamente dura mientras se cumple la pena de prisión (hipótesis de la fracción III del artículo 38 constitucional), sino indeterminadamente hasta que la rehabilitación se produzca, o —por lo menos— se modifique la conducta del sujeto; solución que presenta una perfecta conexión normativa de sentido con el dispositivo del artículo 34 constitucional, fracción II (tener modo honesto de vivir, como elemento integrante de la ciudadanía).

<sup>86</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 69-70.

### 3. Régimen Penitenciario

No resulta exagerado afirmar que la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (promulgada el 4 de febrero de 1971, y publicada el 19 de mayo del mismo año), constituye el cuerpo legal básico del Derecho penitenciario mexicano.

Diferentes Estados de la Unión la han adoptado como suya, y los que no lo han hecho, en considerable medida, se han basado en sus lineamientos en sus respectivas Leyes de Ejecución de Sanciones. De ahí su importancia no sólo como texto positivo, sino también como criterio unificador, rector podría decirse, en la tarea de ejecución punitiva.

En otro lugar de este trabajo ha sido reseñado el capitulado de la Ley en cuestión, y a él nos remitimos, pero sí queremos dejar señalado que el artículo 7o. establece que "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

"Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de que aquél dependa".

Muy acertadamente, Malo Camacho,<sup>87</sup> señala que el Capítulo de ubicación del reseñado artículo séptimo se denomina "Sistema" (siendo el tercero de la Ley), y que el artículo utiliza la palabra "régimen".

De lo anterior se deriva la necesidad de una adecuada diferenciación y determinación de las relaciones entre ambos conceptos.

El "Sistema" es (indica el penitenciarista mexicano), "un conjunto de reglas o principios sobre una materia, enlazadas entre sí, formando un cuerpo de doctrina"; en definitiva, conjunto de cosas, debidamente ordenadas, que tienen relación entre sí, y contribuyen a un fin determinado.

"Régimen", en cambio, "es la manera de regirse una cosa"; en resumen, medidas reglamentarias, prácticas o usos encaminados a un fin determinado.

Establecida la distinción, Malo Camacho agrega que el régimen se refiere exclusivamente al conjunto de reglas para regir un fenómeno, en nuestro caso el tratamiento penitenciario, más concretamente el tra-

<sup>87</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 115-116.

tamiento de readaptación. Y el sistema viene referido a ese mismo conjunto de reglas y principios, pero desde el punto de vista de su relación entre sí y en cuanto pretenden la integración de un cuerpo legal, dirigido —en su contenido— hacia un fin determinado.

Refiriéndonos concretamente al tema de nuestro trabajo (derecho penitenciario), el régimen jurídico penitenciario supone una conjunción de actividades y de reglas directamente encaminadas a la consecución de un fin determinado, y forma parte de un sistema jurídico especial, es decir, el sistema jurídico penitenciario, que se integra por el mismo conjunto de reglas o éstas con otras más, racionalmente orientadas (esto es "sistematizadas"), en función de un fin específico. Cabe consignar (al hilo del razonamiento de Malo Camacho), que las expresiones sistema penitenciario, régimen penitenciario, tratamiento penitenciario, etcétera, tienen una semántica variable de conformidad con el universo lingüístico en que se utilizan.

Así, en el terreno jurídico, son términos con una evidente connotación normativa, en el sentido de que están previstos y regulados por la propia Ley; y —por contra— tienen una conceptualización distinta, cuando se utilizan como actuación fáctica de la técnica penitenciaria.<sup>88</sup>

Estimando desarrollada la intención principal de esta tarea, quisiéramos añadir ciertas consideraciones, típicamente generalizadoras, respecto del régimen penitenciario.

Dice el artículo séptimo de la Ley de Normas Mínimas (cuyo texto ha sido reseñado *supra*), que el régimen penitenciario se caracterizará por ser progresivo y técnico.

Sánchez Galindo,<sup>89</sup> tras indicar que el artículo en cuestión "establece la columna vertebral del sistema penitenciario mexicano", *nos dice que es progresivo*, porque tiene diversas fases (estudio y diagnóstico, tratamiento y reintegración o preliberación); *es técnico*, porque advierte el aprovechamiento de la interdisciplina, sintetizada en el Consejo Técnico.

El tratamiento se fundamentará en los resultados de los estudios de personalidad, que —además— deberán ser periódicamente actualizados. El estudio de personalidad, entre otras cosas, establecerá el grado de peligrosidad del sujeto, y —consiguientemente— su clasificación respecto de tal concepto, y señalará, asimismo, los muy variados problemas psicológicos que lo hacen improductivo y deformado.

<sup>88</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 116.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Manual de Conocimientos Básicos de Personal Penitenciario*, Ediciones del Gobierno del Estado de México, 1974, pp. 197-198.

En cuanto nos habla de actualización periódica de los estudios realizados, establece la necesidad de una constatación constante de la evolución (positiva o negativa), del sujeto. Sería absurdo practicar un estudio inicial si —posteriormente— el sujeto es olvidado y no se llevan a cabo evaluaciones de su progresión o retraso.

El Consejo Técnico actúa como órgano de orientación criminológica penitenciario.

La exigencia, establecida en el segundo párrafo del fundamental artículo, concretamente referida al recluso procesado, materializa la intención y la consciencia del legislador (en materia de aprovechamiento de elementos técnicos y científicos por el juzgador), para que el justiciable, desde el momento en que inicia su contacto con la institución preventiva, sea tratado y conocido en profundidad.

Las obvias carencias educativas con sus secuelas inevitables de múltiples inmadureces y defectos psicológicos, que perturban la personalidad del sujeto, hacen que la Ley haya establecido que todo interno (desde su entrada en una institución penal), sea sometido a los estudios necesarios para, a través de los conocimientos técnicos y científicos, lograr proporcionarle una madurez biopsicosocial que no pudo obtener en su momento adecuado, teniendo en cuenta (como muy bien apunta Sánchez Galindo),<sup>90</sup> que el procedimiento penal mexicano reclama del conocimiento profundo (no meramente formal, como había ocurrido en épocas anteriores), por parte del juez de la personalidad del procesado (presupuesto indispensable para una correcta individualización judicial), situación que sólo puede conseguirse mediante el correspondiente estudio, que se le practique en la institución preventiva por parte del personal técnico.

En cuanto a la evolución de los sistemas penitenciarios (con sintética brevedad), puede señalarse que, sobre el año 640 de la era cristiana, en Grecia y Roma se tienen noticias de la construcción de las primeras cárceles. Durante el Medievo no son frecuentes, ya que la penalidad está teñida por el signo de la venganza privada; no es sino hasta los años 1300, cuando —en Francia— aparece la "Casa de los Conserjes", después convertida en cárcel, y la siniestra "Bastilla" lugar destinado preferentemente a los reos políticos.

El progresivo y constante abandono del concepto retributivo y expiatorio de las penas (con sus permanentes crueldades y arbitrariedades),

<sup>90</sup> SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Manual de Conocimientos*, ya citado, p. 198.

comienza a cristalizar —en la llamada "edad de la razón",<sup>91</sup>— con la iniciación de la etapa penitenciaria moderna.

Inglaterra, Holanda, Roma con el Pontífice Clemente XI —en 1703— y la creación del "Hospicio de San Miguel", para desembocar, en pleno siglo XVIII, en el movimiento penitenciarista, del cual el Marqués de Beccaria y John Howard (ya referido en este trabajo), significan señalados y prominentes peldaños.

En Estados Unidos, en 1777., surge "The Philadelphia Society for Distressed Prisoners", que da lugar al llamado sistema filadelfiano o celular, de carácter aislativo. Tras ello, el sistema de Auburn y Sing-Sing, con días de trabajo común, bajo el más estricto rigor disciplinario y absoluto silencio, con aislamiento nocturno. Sistemas ambos residualmente vengativos y expiatorios. A través de dichos sistemas se va abriendo paso, sin prisa pero sin pausa, el sentimiento humanitarista, con bases religiosas, que si, por un lado, benigniza el tratamiento carcelario, por otro, impide una adecuada reforma de fondo orientada a la mejora y reeducación del reo.

A mediados del siglo XIX, aparece la "escuela correccionalista alemana", con Boeder y sus seguidores, fundamentada en el principio de enmienda jurídica, en base a criterios apriorísticos y filantrópicos.

En Italia, Romagnosi, con cimentación en la pena enmendativa, sigue, en mayor o menor medida, las tesis alemanas; en España, Pedro Dorado Montero,<sup>92</sup> con perfume de filosofía krausista, propugna un derecho protector para los criminales.

Junto a los anteriores, cabe señalar el sistema, aplicado por Montesinos y Crofton, de gran similitud con el progresivo moderno. El sistema de reformatorios norteamericano (con la experiencia de Elmira), con tratamiento progresivo de carácter estimulante. Este método de condenas reformativas de los jóvenes no tardó en extenderse a otro tipo de delinquentes con benéficas consecuencias, referidas a la general revisión de los fines educativos y de rehabilitación. En parecido sentido, y para jóvenes, el movimiento británico de los "Borstals", de 1908, con finalidad de tratamiento específico de delinquentes tempranos.

El desarrollo reformativo comenzó a precisar sus objetivos fundamentales: rehabilitación del sentenciado, individualización del tratamiento, trabajo productivo, capacitación profesional, programación del

<sup>91</sup> CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 25 a 32; JAVIER PIÑA y PALACIOS, *Explicaciones de Cátedra*, Curso 1981-82.

<sup>92</sup> DORADO MONTERO, Pedro, *Derecho Protector de los criminales, Bases para un nuevo Derecho Penal*, Barcelona, Edt. M. Soler, 1903, tomo. I pp. 231 y ss., tomo II, pp. 579 y ss.

periodo postliberatorio, largas detenciones para los delincuentes habituales, etcétera.

Conceptualización moderna del problema penitenciario, que nos permite ya seguir con el régimen mexicano.

En apretada síntesis, García Ramírez<sup>93</sup> indica que la Ley de Normas Mínimas se inclinó por el llamado sistema progresivo —técnico—. Régimen progresivo, que del clásico toma la sucesión de etapas, para apoyarlas en el hallazgo del estudio de personalidad y en los adelantos del tratamiento individualizado, y que —en la Ley de Normas Mínimas— se edifica sobre la tarea de la unidad interdisciplinaria: el Consejo Técnico del Reclusorio, con una doble misión: a) la general, que viene referida a la marcha técnica de la comunidad en reclusión, considerada en su conjunto; b) la individual en directa y concreta relación con la aplicación del régimen progresivo.

El Consejo Técnico no es un órgano de autoridad decisoria, pero sí una instancia pericial insoslayable (como afirma García Ramírez),<sup>94</sup> con acusada intervención en el manejo de algunas de las principales piezas del sistema progresivo, y en diversos beneficios fundamentales de la nueva ordenación jurídica, tales como la preliberación, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena privativa de libertad.

La Ley de Normas Mínimas (señala el perspicaz jurista mexicano), ha fijado —en líneas generales— los elementos del tratamiento: *el trabajo* con funcionalidad terapéutica y sentido recuperador; *la educación* en su acepción de pedagogía correctiva y abierta, desde luego, en una variedad de vertientes, orientadas a una sola idea: la socialización del recluso; *la comunicación* entre el interno y el mundo exterior, que tiene su máxima expresión en el régimen complejo de las visitas, con índice de cuestiones dificultosas, entre ellas la llamada visita íntima; *el sistema disciplinario*, tanto por lo que hace a la sanción como al premio, regulado por el principio de legalidad, que incumbe tipificación, información y procedimiento; y —en definitiva— otras muchas medidas que requiere el tratamiento penitenciario, bien con alcance general, bien con carácter individual, respecto de problemas y cuestiones específicas. Asimismo, la Ley contiene provisiones sobre la asistencia a liberados y en relación a la remisión parcial de la pena. Ordenamiento moderno (puede añadirse), que experimenta dificultades evidentes de aplicación práctica.

Sin posibilidades de mayor extensión, no obstante queremos concre-

<sup>93</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 23-24.

<sup>94</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 24-25 *ab initio*.

tar que el régimen penitenciario progresivo técnico, de conformidad con el tantas veces repetido artículo séptimo, se integra —como mínimo— de tres periodos:

- a) Periodo de estudio.
- b) Periodo de diagnóstico.
- c) Periodo de tratamiento, dividido —a su vez— en tratamiento de preliberación y tratamiento de postliberación.<sup>95</sup>

Para terminar, señalar que, entre los beneficios del régimen progresivo-técnico e individualizado, están los siguientes (según el criterio de Santibáñez Franco).<sup>96</sup>

1. Reeducar al delincuente, orientando, al mismo tiempo, los aspectos positivos de su personalidad.
  2. Capacitarlo para el trabajo, bien enseñándole un oficio, o bien logrando que preste sus servicios dentro de los talleres de la institución, consiguiéndose, de paso, el aprendizaje de la disciplina laboral, de evidente utilidad en el futuro.
  3. Fortalecimiento de los lazos con su grupo familiar; con ello se propicia su integración social; y —en el supuesto de que trabaje en la institución— obtendrá un ingreso que, en muchos casos, le permitirá el auxilio económico a su familia, sin perjuicio de que el trabajo lo posibilitará para gozar los beneficios del tratamiento preliberacional y de la remisión parcial de la pena, que acortará su duración.
  4. Que resuelva, en forma más satisfactoria, su vida sexual.
  5. Participar activamente en la solución de los problemas familiares y especialmente en la educación de sus hijos.
  6. Que se facilite al interno encontrar un trabajo, de acuerdo con sus conocimientos y necesidades, ya que puede —en la última fase del tratamiento preliberacional— salir a trabajar diariamente al exterior.
- Puede terminarse concluyendo que, legislativa y doctrinalmente, México, en el orden penitenciario, ha conseguido un muy considerable avance, hito fundamental —a este respecto— es sin duda alguna la Ley de Normas Mínimas de 1971.

<sup>95</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 117.

<sup>96</sup> H. SANTIBÁÑEZ FRANCO, Sergio, Ponencia sobre "Sistemas Progresivos", *Memoria del V. Congreso Nacional Penitenciario*, Secretaría de Gobernación, México, 1975, pp. 109 a 125.

## LA MILITARIZACIÓN EN EL ESPACIO ULTRATERRESTRE: SUS ASPECTOS JURÍDICOS

Loretta ORTIZ AHLF

SUMARIO: I. *Usos militares del espacio ultraterrestre.* 1. *Introducción.* 2. *Los satélites y sus usos militares.* 3. *Sistema de transporte espacial reutilizable.* 4. *Desarrollo antisatélite (ASAT).* 5. *Proyecto Guerra de las Galaxias.* II. *Normas de Derecho Internacional que regulan el uso militar del espacio ultraterrestre.* 1. *Normas de carácter general.* 2. *Normas de carácter específico.* III. *Conclusiones.*

### I. USOS MILITARES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE

#### 1. *Introducción*

El 4 de octubre de 1957 se inicia la era espacial y con ella la preocupación de la comunidad internacional por regularla. A partir de entonces, se han sucedido acelerados avances tecnológicos, algunos benéficos para la humanidad como los satélites de reconocimiento, o los de comunicaciones.

Simultáneamente y en otra dirección se han desarrollado sistemas militares o de defensa como los satélites de alerta temprana y el programa ASAT (o de destrucción de satélites) entre otros.

Esta segunda directriz, enfocada al uso militar del espacio ultraterrestre no ha sido suficientemente regulada por las normas de derecho internacional, dejando lagunas que hacen contradictoria la aplicación del resto de las normas jurídico internacionales.

A los usos militares del espacio ultraterrestre nos referiremos en la primera parte, en la segunda apuntaremos su regulación a nivel internacional, para terminar con nuestras conclusiones.

#### 2. *Los satélites y sus usos militares*

La utilización del espacio ultraterrestre se ha realizado básicamente a través de satélites. Los satélites artificiales están formados por una estructura envuelta que protege su interior de la fuerte radiación solar y del descenso de la temperatura de la parte no calentada por el sol.

Para poder girar alrededor de la Tierra, se les debe comunicar determinada velocidad. A 100 kilómetros de altura, un satélite necesita una velocidad aproximada de 8 kilómetros por segundo, a 35,900 kilómetros, una velocidad de 3 kilómetros por segundo. Visto desde la Tierra, parece como si estuviese en reposo. Cuando se le imprime una velocidad superior, abandona el campo gravitatorio terrestre.

La mayoría de los satélites llevan instalaciones electrónicas muy complejas que varían según el uso que se les dé, pueden ser cámaras de televisión o bien, otros aparatos de investigación como medidores de protones de la radiación cósmica o del polvo cósmico.<sup>1</sup> Sus funciones van desde la meteorología, geodesia, hasta actividades de reconocimiento. Estas funciones también pueden ser realizadas con fines militares.

Así, los satélites de reconocimiento, son aquellos que tienen capacidad para observar la superficie y el subsuelo terrestres, se utilizan militarmente para detectar misiles del adversario y explosiones nucleares.

Los satélites de reconocimiento han sido clasificados por Bhupendra Jasani<sup>2</sup> en fotográficos, electrónicos, de vigilancia marítima, de alerta anticipada y de vigilancia de explosiones.

a) Los satélites fotográficos, aquellos que están provistos de cámaras, pueden reconocer zonas militares, obtener información sobre blancos militares y verificar el acatamiento de tratados en materia de desarme; tienen la capacidad de observar las actividades y la magnitud de las fuerzas militares. Dentro de estos satélites se encuentran los *KH-11* y el *Big bird*.

b) Los satélites de reconocimiento electrónico cumplen la función militar de detectar con precisión, en el territorio del adversario, los sitios donde están emplazados los radares de defensa y sistemas de defensa de misiles.

c) Los satélites de vigilancia marítima se utilizan con el propósito de rastrear y detectar buques militares.

d) Los satélites de alerta anticipada forman parte del sistema de defensa de las grandes potencias, están provistos de sensores que captan la irradiación infrarroja emitida por los misiles del adversario.

e) Los satélites de vigilancia de explosiones nucleares fueron desa-

<sup>1</sup> AXEL, Pex. *Lo que Queremos Saber de la Técnica*, España, Ed. Everest, 1977, pp. 178-180.

<sup>2</sup> BHUPENDRA, Jasani. *El Espacio Ultraterrestre. ¿Una Nueva Dimensión de la Guerra?* Estocolmo, Ed. SPRI, p. 398.

rollados para controlar violaciones al TRATADO DE 1973 que prohíbe explosiones nucleares en la atmósfera y espacio ultraterrestre. Estados Unidos de América ha logrado lanzar doce de estos satélites de los cuales sólo tres siguen operando (Satélites Vela).<sup>3</sup>

Además de estas funciones de reconocimiento, otra área de importancia en materia militar son las comunicaciones. Así en los Estados Unidos de América un 70% de las comunicaciones militares a larga distancia se efectúan mediante satélites que se encuentran ubicados en la órbita geoestacionaria (36,000 Km. de la Tierra).

Nos resta referirnos a los satélites de navegación que dirigen embarcaciones provistas de misiles balísticos estratégicos. Estados Unidos de América cuenta ya con seis de estos satélites colocados en tres órbitas circulares a alturas de más de 20,000 Km. Estos seis satélites forman parte del proyecto *Navstar* que constará de 18 satélites; a su vez la Unión Soviética, desde 1975, ha utilizado un sistema similar con 12 satélites.

### 3. Sistema de transporte espacial reutilizable

Otro de los avances que se han dado en la utilización del espacio ultraterrestre, son los sistemas de transporte espacial reutilizable (taxis espaciales).

Tanto la Unión Soviética como los Estados Unidos de América, se han dedicado a desarrollar este sistema a partir de la década de los 70.

El diseño actual de estos taxis espaciales consiste en un vehículo (*Orbiter*) parecido a un aeroplano, el cual es capaz de planear. Dicho vehículo tiene un tanque exterior de combustible y dos cohetes impulsores, ambos son reutilizables.

Estos transbordadores espaciales pueden realizar diferentes actividades militares, como el colocar objetos con armas láser, sensores infrarrojos para detectar ojivas nucleares, realizar reparaciones de satélites, etcétera.<sup>4</sup>

El interés fundamental de este programa, es realizar las diferentes actividades antes mencionadas en un menor tiempo y con un menor costo económico.

<sup>3</sup> GARWIN. *Prevención de una Carrera de Armamentos en el Espacio Ultraterrestre. Simposio celebrado en la Sede de las Naciones Unidas*, Nueva York, Ed. ONU, 1984. p. 62.

<sup>4</sup> BHUPENDRA, Jasani. *ob. cit.* 1, p. 405.

#### 4. Desarrollo Antisatélite (ASAT)

Dentro de las diferentes actividades militares que se realizan en el espacio ultraterrestre, debe mencionarse el programa ASAT o de destrucción de satélites.

Para este programa se han construido vehículos capaces de destruir otros aparatos espaciales en órbita; el programa consta básicamente de tres métodos diferentes:

a) *Fast fly by*. En este primer método el vehículo del programa ASAT, en adelante denominado INTERCEPTOR, realiza maniobras a fin de entrar en la órbita excéntrica del objetivo (órbita de perigeo del objeto que se pretende destruir), pasa cerca del objetivo y lo hace estallar.

b) En el segundo método, el interceptor, sin ubicarse en la órbita de perigeo de su objetivo, se sitúa en el mismo plano y lo hace estallar. En este caso, el interceptor, es reutilizable, ya que después de cumplir con su función, regresa a la Tierra al recibir una señal determinada.

c) Por último, en el tercer método, el interceptor destruye el objetivo de la misma forma que en el método anterior pero el interceptor, de regreso a la Tierra, se desintegra al hacer contacto con la atmósfera.

Todas estas actividades del programa ASAT, constituyen una agresión directa contra el Estado propietario del satélite u objeto espacial; no pueden ser consideradas como parte de un sistema de defensa sino como actos agresivos y bélicos.

#### 5. El Proyecto Guerra de las Galaxias

Por último nos resta referirnos a otra posible actividad militar en el espacio ultraterrestre, el proyecto Guerra de las Galaxias.

En marzo de 1984 el Presidente Ronald Reagan, solicitó al Congreso la cantidad de veintiséis mil millones de dólares, para el desarrollo del proyecto antes mencionado. Lo anterior ha ocasionado un debate interno en los Estados Unidos de América, especialmente entre científicos, estrategias políticos y académicos.

El proyecto tiene por finalidad destruir los misiles enemigos. Un misil o proyectil balístico es un proyectil sin piloto, lanzado al espacio por uno o más propulsores cohetes. Tiene una parte denominada *vehículo de reentrada*, que lleva la ojiva nuclear; esta es la parte del proyectil que contiene el sistema explosivo.

Los misiles balísticos pueden ser de corto, mediano o largo alcance,

estos últimos también llamados *intercontinentales* alcanzan alturas de más de 5,500 kilómetros.

La realización de esta tarea (destrucción de misiles balísticos) ha sido dividida en tres fases.

La primera de ellas intentaría destruir los misiles durante su fase de lanzamiento *boost phase*, la cual tiene una duración de tres a cinco minutos en los ICBM (misil balístico intercontinental) más avanzados. En esta etapa los misiles son más vulnerables ya que no han liberado las ojivas nucleares.

Para esta primera etapa se proponen tres sistemas: el láser químico, los láser X y el híbrido.<sup>5</sup>

El primer sistema colocaría armas láser de gran energía en plataformas espaciales que girarían alrededor de la tierra, además de varios vehículos de ataque.

Este sistema permitiría una doble forma de ataque, una, mediante los rayos láser y la otra, con los vehículos.

El principal inconveniente de este sistema es la vulnerabilidad de las plataformas espaciales, ya que pueden colocarse explosivos sobre las mismas.

Para evitar este problema se ideó un segundo sistema, el láser X, éste sería disparado después de haber recibido la información del ataque por medio de un misil, el cual se encontraría basado en tierra o en el mar.

El problema en este caso sería la colocación de los misiles que lanzan los rayos láser, ya que tendrían que ser colocados cerca de la Unión Soviética, para poder destruir los misiles enemigos antes de completar su fase de lanzamiento. La contramedida que tomaría en este caso la Unión Soviética sería disminuir la etapa de despegue de sus misiles.<sup>6</sup>

Por último, el tercer sistema, el híbrido, consiste en una arma láser basada en tierra, la cual dirigiría sus rayos a espejos colocados en la órbita geostacionaria y éstos a su vez, redirigirían los rayos hacia los objetivos.

Este sistema requiere por un lado de un amplio sistema óptico y por otro de una longitud de onda corta, necesaria para evitar la difracción y mantener la energía dirigida hacia los blancos. El inconveniente que se daría al utilizar este sistema son las nubes, las cuales podrían absorber la energía de los láser.

<sup>5</sup> BOFFEY, Philip. *Star Wars and Mankind Consequence for Future*. New York Times, 8 de mayo 1985, p. 6.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 1.

Después de terminar la fase de lanzamiento de 3 a 5 minutos, se inicia la etapa conocida como intermedia que dura de 20 a 25 minutos antes de que el misil entre en la atmósfera iniciando la etapa final.

En la etapa intermedia se intentará destruir las ojivas nucleares, los vehículos de reentrada y el proyectil que los conduce. El problema consistirá en destruir varias ojivas, o vehículos de reentrada al mismo tiempo, después de ser liberados por el proyectil.

Los vehículos que se utilizan para realizar dicha tarea, son más conocidos como *Minuteman*, los cuales desprenden ojivas que guiadas por sensores de calor interceptan las ojivas del proyectil balístico.

La respuesta de la Unión Soviética en este caso sería disfrazar las ojivas nucleares, como artificiales en globos.<sup>7</sup>

Finalmente la fase terminal consistirá en interceptar las cabezas nucleares en los dos últimos minutos de su recorrido, después de entrar a la atmósfera.

Durante esta etapa se utilizarán las tecnologías ya conocidas y utilizadas en los últimos 25 años, como las Tecnologías ABM (sistemas de defensa basados en proyectiles antibalísticos).

En esta última etapa el sistema de defensa tendrá que ser 100% efectivo, un 99% sería catastrófico. Se crearía un desastre de mayor magnitud que el de Hiroshima y Nagasaki.<sup>8</sup>

## II. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL QUE REGULAN EL USO MILITAR DE ESPACIO ULTRATERRESTRE

Las disposiciones de derecho internacional existentes en la materia se pueden clasificar en normas de carácter general y normas específicas.

Dentro de las normas generales tenemos a la Carta de las Naciones Unidas. Las específicas pueden a su vez clasificarse en multilaterales y acuerdos bilaterales de limitación de armamento celebrados entre la Unión Soviética y Estados Unidos de América.

### 1. Normas de carácter general

Dentro de estas normas de carácter general y con una aplicación jerárquicamente superior al resto de las normas jurídicamente internacionales, debe mencionarse a la Carta de las Naciones Unidas, dicho

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>8</sup> RUIZ PANIAGUA, Rosalva, *El Proyecto Guerra de las Galaxias Hacia una Nueva Etapa de Militarización del Espacio que Encuentra los Riesgos de un Enfrentamiento Nuclear*, México, S.R.E., p. 14.

instrumento en su artículo 103 establece la prioridad que tiene sobre el resto de las normas internacionales.

Ahora bien, la disposición de la Carta de las Naciones Unidas que tiene relación con el problema del uso militar del espacio ultraterrestre es el artículo 2 párrafo 4, el cual menciona en sus diferentes partes los objetivos primordiales de la organización, de los cuales el principal es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, prohibiendo por tanto el uso de la fuerza armada.

Por la importancia de dicho artículo en el tema tratado me permito transcribirlo: "*Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas*".

Con relación a dicho artículo cabe mencionar, que los usos hasta ahora dados a los diferentes satélites o vehículos espaciales, el que parece ser contrario a dicha disposición es el sistema ASAT (o de destrucción de satélites).

Estas medidas no pueden justificarse como actos de defensa, en base al artículo 51 de la misma Carta siendo inconcebibles, cuando van dirigidos en contra de sistemas no militares como los satélites de vigilancia o de alerta temprana, que se emplean con el fin de verificar el cumplimiento de diferentes tratados de desarme.<sup>9</sup>

Por otro lado, técnicamente el programa ASAT no es necesario, hay muchas formas de interferir a los satélites sin destruirlos o dañarlos, se pueden perturbar sus transmisiones con señales interfirientes o usar señuelos.

Por las razones antes mencionadas, por un lado, la violación directa a una disposición fundamental de la Carta de las Naciones Unidas y por otro la falta de necesidad técnica de recurrir a dicho sistema, se iniciaron negociaciones entre la Unión Soviética y los Estados Unidos de América de 1977 a 1979 a fin de evitar dichas actividades.<sup>10</sup>

Desgraciadamente no se obtuvo resultado alguno por lo que urge un acuerdo que prohíba expresamente dichas actividades.

En cuanto al proyecto Guerra de las Galaxias, el argumento de los

<sup>9</sup> GARWIN, ob. cit. 3, p. 66.

<sup>10</sup> DANIELSON, *Prevención de una Carrera de Armamentos en el Espacio Ultraterrestre*, Simposio celebrado en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, ONU, 1984, p. 70.

norteamericanos es considerarlo como sistema de defensa amparado por el artículo 51 de la Carta.

Parece imposible defender ciudades y poblaciones de docenas, cientos y hasta miles de casi diez mil armas nucleares estratégicas, menos aún cuando hablamos de proyectiles crucero, armas nucleares disimuladas y medios portadores de esas armas. El resultado que podría darse sería totalmente contrario; estimular la carrera armamentista perfeccionando el armamento existente, bien sea disminuyendo la etapa de despegue de los proyectiles balísticos o disfrazando las ojivas nucleares.

Lo más grave es que dicho sistema puede utilizarse también en forma ofensiva, como menciona Philip M. Boffey en su artículo del *New York Times*, violando así el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>11</sup>

## 2. Normas de carácter específico

Estas normas pueden clasificarse como mencionamos en normas multilaterales y bilaterales.

Dentro de las normas multilaterales ubicamos necesariamente el Tratado de 1967 "Sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluso la Luna y otros cuerpos celestes" el cual se firmó el 27 de enero de 1977 y entró en vigor el 10 de octubre del mismo año.<sup>12</sup>

Del mencionado tratado, el artículo 4 ha ocasionado grandes polémicas. Dicho artículo establece:

*Los Estados parte en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares, ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma.*

*La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados parte en el tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares.*

<sup>11</sup> BOFFEY, Philip, *Dark Side of Star Wars: System Could Also Attack*, *New York Times*, 7 de mayo de 1985, pp. 1 y 10.

<sup>12</sup> SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho y Política del Espacio Cósmico*, México, ed. UNAM, 1983, p. 27.

*No se prohíbe la utilización de personal militar, para investigaciones científicas, y para cualquier otro objetivo pacífico. Tampoco se prohíbe la utilización de cualquier equipo o medios necesarios para la explotación de la Luna y de otros cuerpos celestes con fines pacíficos.*<sup>13</sup>

Se ha interpretado el artículo, por un lado, en el sentido de que únicamente prohíbe armas nucleares o de destrucción en masa, sin contemplar por lo tanto la utilización de cualquier otro tipo de armas. Siguiendo este argumento, el programa ASAT y el Proyecto Guerra de las Galaxias serían actividades permitidas por el Tratado de 1967, ya que en estos sistemas no se utilizan armas nucleares.

Adhiriéndose a esta postura, con algunas reservas, el jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega, sostiene que "la legitimidad de estas actividades se desprende directamente del segundo párrafo del artículo 4 del Tratado de 1967 que autoriza la utilización de personal militar, para las investigaciones científicas y para cualquier otro tipo de objetivo pacífico".<sup>14</sup> Para el antiguo presidente del Tribunal Internacional de Justicia, hoy en día parece difícil obtener una desmilitarización más efectiva del espacio ultraterrestre salvo en el cuadro de acuerdos generales en materia de desarme.

Posición contraria es la que defienden entre otros países, México, que afirman que si la prohibición de militarizar el cosmos no es lo suficientemente clara, puede correctamente deducirse de los diversos instrumentos internacionales existentes.

Así el tratado de 1967 dispone que los Estados parte deberán realizar sus actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el derecho internacional incluida la Carta de las Naciones Unidas en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

En estricto derecho hay una obligación categórica de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, ésta no puede coexistir con la expectativa de las potencias para militarizarlo. Tendría que forzarse exageradamente el derecho internacional, para reconocer el derecho de las potencias a utilizar el cosmos con fines estratégicos.

A la renuncia expresa que hicieron Estados Unidos de América y la Unión Soviética a toda pretensión de soberanía en el espacio ultra-

<sup>13</sup> SZÉKELY, Alberto, *Instrumentos de Derecho Internacional Público*, México, ed. UNAM, 1981, p. 1153.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ARECHEGA, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, ed. Tecnos, 1980, p. 304.

terrestre, debe seguir su desistimiento de continuar militarizando el cosmos, como corolario natural.

De lo expuesto puede deducirse la necesidad de ajustar el artículo 4 del Tratado de 1967 a fin de alcanzar el objetivo que pretende, desmilitarizar el espacio ultraterrestre.

En cuanto a los acuerdos bilaterales entre E.U.A. y la U.R.S.S. relacionados con nuestra temática debemos mencionar los Salt I y II (Acuerdos provisionales sobre ciertas medidas relativas a la limitación de las armas ofensivas estratégicas 1972, 1979) y al Tratado ABM (sobre limitación de los sistemas de proyectiles antibalísticos 1972).<sup>15</sup>

Por lo que se refiere a los acuerdos Salt I y II, puede decirse que su objetivo general es disminuir cualitativamente y cuantitativamente los arsenales de armamento; siendo aplicables algunas de sus disposiciones al espacio ultraterrestre.

Entre las limitaciones impuestas, se encuentra la prohibición de ensayo, desarrollo y emplazamiento de sistemas para la colocación en órbita de armas nucleares y de sistemas de bombardeo de órbita fraccional.<sup>16</sup>

Dichas prohibiciones caen en el mismo error del tratado de 1967 (sobre la utilización del espacio ultraterrestre), se limitan sólo a unas clases de armas, las nucleares, y los sistemas de bombardeo fraccional. Esto impide que el objetivo inicial de las disposiciones se realice, ya que se han creado armas distintas a las nucleares, con el mismo poder de destrucción como son las armas láser, base del proyecto Guerra de las Galaxias.

Otra limitación impuesta por dichos acuerdos consiste en la obligación de no interferir y mucho menos destruir los satélites de vigilancia. Esta obligación no ha sido cumplida, al poner en práctica el sistema ASAT, siendo no sólo violados los acuerdos Salt sino también la Carta de la ONU.

Por último el Tratado ABM, tiene por finalidad disminuir la carrera de armamento estratégico,<sup>17</sup> permitiendo en su artículo III a cada una de las partes el desplegar sistemas de defensa, cerca del sitio donde están emplazados los misiles.

Estos sistemas no pueden ser basados en el espacio, según lo establece el artículo V del mencionado tratado.

<sup>15</sup> GUZMÁN AYALA, Juan Alfredo, *Tesis Profesional "Armamento y Desarme"*, ELD, México, 1986, p. 46.

<sup>16</sup> DANIELSON, *Op. cit.*, 10, p. 64.

<sup>17</sup> GUZMÁN AYALA, *Op. cit.* 15, p. 55.

En este sentido resulta claro que el programa Guerra de las Galaxias en su estado actual no viola las disposiciones del Tratado ABM. En caso de efectuarse sería notoriamente violatorio del mismo.

### III. CONCLUSIONES

Puede vaticinarse sin grandes dificultades que de no darse una conciencia política de las potencias, habremos de presenciar cómo se desata un dominio militar en el espacio ultraterrestre.

En la Segunda Conferencia Unispace 82<sup>18</sup> el grupo de los 77 presentó una declaración, condenando las crecientes políticas de militarización del cosmos como algo perjudicial para toda la humanidad.

Puede observarse en esta declaración un avance, por cuanto trata de reivindicar zonas pertenecientes a la humanidad. Ojalá y tenga eco como aquel famoso discurso del embajador de Malta, Arvid Pardo,<sup>19</sup> el cual reclamaba los fondos marinos como pertenecientes a la humanidad.

Urge en esta temática una regulación internacional ajustada a la realidad; son grandes los vacíos, las lagunas que deben cubrirse. Estas lagunas son evidentes en la falta de un acuerdo internacional que prohíba las actividades del programa ASAT, en las prohibiciones del Tratado de 1967 y los Acuerdos Salt I y II las cuales son insuficientes para el tipo de armas que hoy en día se utilizan o puedan utilizarse en un futuro.

Esta regulación internacional además de ajustarse a la realidad deberá servir de instrumento de reclamación de este espacio como perteneciente a la humanidad a fin de salvarlo de su militarización en beneficio de la paz y seguridad internacional.

<sup>18</sup> "Informe de la Comisión Sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos". Asamblea General, Documentos Oficiales. Trigésimo noveno período de sesiones. Suplemento No. 20 (A/39/20), Nueva York, Naciones Unidas, 1984, p. 4.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ARECHEGA, Eduardo, *Op. cit.* 13, p. 265.

## MEDIOS LEGALES DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA PARA COMBATIR LA PIRATERÍA DE MARCAS \*

David RANGEL MEDINA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estudio comparativo de la Legislación Marcaria de América Latina*. 1. *Argentina*. 2. *Bolivia*. 3. *Brasil*. 4. *Colombia*. 5. *Chile*. 6. *Ecuador*. 7. *El Salvador*. 8. *México*. 9. *Panamá*. 10. *Paraguay*. 11. *Perú*. 12. *Uruguay*. 13. *Venezuela*. III. *Conclusiones, Observaciones Generales y Sugerencias*. 1. *Sistema de Registro atributivo*. 2. *La calidad industrial o comerciante de quien pide el registro*. 3. *Capacitación de litigantes y funcionarios de la Administración Pública*. 4. *Creación de tribunales especializados*. 5. *Concentración o codificación de textos legislativos*. 6. *Adopción de instrumentos legales más apropiados*. 7. *El nuevo sistema norteamericano*. 8. *Adopción del Convenio de París*. 9. *El criterio proteccionista indiscriminado a la industria local*.

### I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los derechos intelectuales se entiende por piratería la actividad fraudulenta por virtud de la cual se usurpan los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial. De uno de los componentes de esta última, o sea la marca, la usurpación se realiza tanto por su indebido registro por quien no es su propietario, como por quien, al amparo de dicho registro espurio, lleva a cabo la explotación industrial y comercial del signo registrado ilícitamente. También son conocidos como piratas aquéllos que sin contar con registro alguno de la marca, la usan sin el consentimiento de quien sí la tiene registrada legalmente.

El objeto del presente estudio es conocer los instrumentos legales que se tienen en los países de América Latina para evitar, prevenir y

\* Ponencia presentada a la IV reunión anual de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP), que tuvo lugar en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), para el tema "La Piratería. Falsificación de Productos. Sus Repercusiones para el Derecho de Propiedad Intelectual y su Progreso". Sesión de trabajo 2, el 17 de septiembre de 1985.

combatir los actos de piratería de las marcas, a fin de señalar las repercusiones jurídicas de la piratería de estos signos distintivos.

Para tal efecto, en primer lugar se examinan los preceptos que atañen a cuestiones básicas como las siguientes: fuentes del derecho exclusivo a la marca; signos registrables y no registrables como marcas; nulidad y cancelación de los registros marcarios indebidamente concedidos y autoridades facultadas para decretarlas; infracciones administrativas y delitos; sanciones y penalidades; medidas y diligencias para comprobar las infracciones y providencias para suspender las actividades ilícitas no sólo con motivo de la sentencia condenatoria, sino antes o durante el juicio que culmina con dicha decisión. Para tal exposición han servido de material la mayoría de los textos legales consultables y las opiniones escritas de distinguidos juristas que profesionalmente practican el Derecho de propiedad industrial. Asimismo, se ha considerado de utilidad complementar esas fuentes con una guía bibliográfica de cada país, en torno a los temas tratados.

En segundo término, como resultado de tal actividad comparatista de las legislaciones analizadas, se formulan comentarios, reflexiones, recomendaciones de carácter general y conclusiones que permitirán dejar en claro el modo como repercute el problema de la piratería en el progreso de este sector de la propiedad industrial.

## II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN MARCARIA DE AMÉRICA LATINA

### 1. Argentina<sup>1</sup>

El derecho exclusivo se adquiere mediante el registro de la marca (arts. 4 y 10), sin que puedan registrarse una marca idéntica a otra anteriormente registrada o cuyo registro ya esté solicitado para distinguir los mismos productos o servicios (art. 3, a), ni la que sea semejante a otras ya registradas o usadas para distinguir los mismos productos o servicios (art. 3, b).

El registro es nulo cuando se obtuvo en contravención a la ley, y concretamente cuando el que lo solicitó sabía o debía conocer que ya el signo pertenecía a un tercero (art. 24).

<sup>1</sup> Las principales disposiciones sobre signos distintivos están contenidas en la Ley No. 22362 del 26 de diciembre de 1980, sobre Marcas y Designaciones, publicada en la Gaceta Oficial de 2 de enero de 1981, que entró en vigor el 2 de febrero de 1981, derogó la anterior Ley No. 3975 de 23 de noviembre de 1900. El 8 de abril de 1981 entró también en vigor el Decreto No. 558/81 del 24 de marzo de 1981, reglamentario de la Ley 22362.

La violación de derechos por la falsificación o la imitación fraudulenta de marcas o nombres comerciales, se castiga con prisión de tres meses a dos años, más multa de un millón a ciento cincuenta millones de pesos. Sanción que también se aplica a quien use tales marcas o la que pertenezca a un tercero, sin su consentimiento, lo mismo que a quienes vendan o pongan en venta productos o servicios con la marca registrada, falsificada o imitada fraudulentamente. El Poder Ejecutivo Nacional actualizará anualmente el monto de las multas (art. 31).

La acción penal se ejercita de oficio ante los Tribunales Federales de lo Criminal, en tanto que la civil ante los Tribunales Federales en materia civil y mercantil (arts. 32 y 33).

En caso de existir productos con marcas infractoras, puede recurrirse a un juez en solicitud de su embargo, su inventario y descripción y el secuestro de uno de los objetos de la infracción. El juez podrá requerir caución al peticionario para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho (art. 38).

Además de las señaladas, existen otras, la orden de suspensión y el embargo. En efecto, mediante el llamado incidente de explotación, en los juicios civiles iniciados para obtener la cesación del uso de la marca, el demandante puede pedir la suspensión de la explotación y el embargo de los objetos indebidamente marcados, otorgando fianza. También puede exigirse caución del demandado, para el caso en que éste prefiriese utilizar la marca (art. 35).

Finalmente, aquél en cuyo poder se encuentran objetos en infracción está obligado a informar sobre: a) el nombre y domicilio de quien se los vendió y la fecha en que ello ocurrió, b) la cantidad de unidades vendidas y su precio, y c) la identidad de las personas a quienes ha vendido o entregado tales mercancías, exhibiendo en los tres supuestos las facturas o notas de venta correspondientes (art. 39).

Se considera que dichas medidas previas son suficientes para detectar los ilícitos en materia de marcas, para evitar largos litigios y para concluir que dan una verdadera protección al titular de la marca.<sup>2</sup>

### 2. Bolivia<sup>3</sup>

El derecho exclusivo a la marca se obtiene a través de su registro

<sup>2</sup> Fuente: Informe del 20 de junio de 1984 de Ernesto Aracama Zorraquín, de Marval y O'Farrell; *Situación de la Propiedad Industrial en los países de América Latina*, OMPI, Ginebra, 1981. Bibliografía: ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, "La piratería de marcas ante los tribunales argentinos", en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial*, núm. 7, enero-junio de 1966, pp. 107 y ss.

<sup>3</sup> Por Decreto Ley 19183 de 30 de septiembre de 1982 se aprobó la Ley de

(arts. 4, 5 y 8), sin que puedan usarse como marcas las que inducen a confusión por ser parecidas a otras anteriormente registradas (art. 3).

La nulidad del registro se reclama ante el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial, quien la resuelve. La apelación se decide por el Ministro de Industria, Comercio y Turismo; pero después de seis meses del registro de la marca, su nulidad debe demandarse y resolverse ante el Juez de Partido y la apelación por la Corte Superior del Distrito (arts. 22 y 25).

La acción para indemnización de daños y perjuicios se inicia ante el juez, en tanto que la acción penal ante los jueces competentes de acuerdo con la legislación común (art. 53).

Por lo que toca a medidas previas para impedir infracciones marca-rias, se puede obtener una orden judicial de secuestro; también puede solicitarse la cesación del uso, sin que corresponda pedir caución al demandado.<sup>4</sup>

### 3. Brasil<sup>5</sup>

Adopta el sistema atributivo, pues sólo el que registra la marca es su propietario (art. 59) y el que primero la deposita será el dueño, por diez años prorrogables (art. 85).

No es registrable como marca la imitación o reproducción de marca ajena registrada para distinguir productos o servicios idénticos o semejantes, que haga posible error, duda o confusión (art. 65, fracción 17).

La marca considerada notoria en Brasil, registrada en los términos y para los efectos del Código de Propiedad Industrial, tendrá asegurada una protección especial en todas las clases, contra otra que la reproduzca o imite con posibilidad de que haya confusión en cuanto al origen de las mercancías y servicios que además perjudique la reputación de la marca (art. 67).

Es nulo el registro efectuado contrariando esas disposiciones y la

Propiedad Industrial. Pero por Decreto Ley 19353 de 28 de diciembre de 1982, se pospuso su entrada en vigor y se restableció temporalmente la aplicación de la Ley Reglamentaria de Marcas de Fábrica del 15 de enero de 1918, Decreto Ley n° 9798, del 30 de junio de 1971, que aprueba la *Decisión 24* de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

<sup>4</sup> Fuente: Informe del 20 de junio de 1984 de René Rojas, del Estudio C. R. y F. Rojas, la Paz. OMPI, obra ya citada, pp. 81 a 85.

<sup>5</sup> Las disposiciones reguladoras del derecho de marcas se encuentran consignadas en el Código de Propiedad Industrial, Lei n° 5772 de 21 de diciembre de 1971 y en el Código Penal de 21 de octubre de 1969.

acción de nulidad prescribe a los cinco años de otorgado el registro (art. 98) siendo competentes para ejercitarla tanto el Instituto Nacional de Propiedad Industrial como cualquier persona con legítimo interés (art. 100) y para decretarla, las autoridades judiciales (art. 99).

Los delitos contra la propiedad industrial están previstos en los artículos 169 a 189 del antiguo Código de Propiedad Industrial, Decreto Lei 7.903 de 27 de agosto de 1945, que permanecen aún vigentes hasta que entre en vigor el Código Penal Decreto Lei no. 1.004 de 21 de octubre de 1969.

Se castiga con detención de tres meses a un año y multa de uno a quince mil cruzeiros a los que violen el derecho de la marca por imitación, falsificación (art. 175) previa querrela del ofendido (art. 181).

Se autorizan las diligencias de aseguramiento y comprobación de las infracciones, haciéndose responsable al dueño de la marca de los daños y perjuicios que se ocasionaren al presunto infractor, cuando las diligencias son solicitadas de mala fe o por error o por exceso en la ejecución de dichas medidas cautelares (art. 187).

Independientemente de la acción criminal el dueño de la marca podrá solicitar que se prohíba al infractor la suspensión de la práctica criminal y que se decrete una pena pecuniaria en caso de incumplimiento (art. 189).

En caso de existir infracción de marca se debe recurrir a un juez penal o civil. En el juicio criminal se puede solicitar una orden de investigación y decomiso de los productos con marca infractora, como medida preparatoria de la acción penal. La medida se limita generalmente a algunas muestras del producto falsificado, a fin de que dos peritos nombrados por el juez elaboren un laudo judicial sin notificación a la parte contraria y sin que se exijan condiciones especiales al demandante, sin perjuicio de que se le exijan pérdidas y daños cuando actúa de mala fe, por capricho y sin tener una justificación razonable para realizar la providencia.

Paralelamente se puede pedir al juez civil que condene al infractor a dejar de practicar la infracción y a indemnizar al perjudicado por daños y perjuicios comprobados en el juicio.

Sin embargo, durante el juicio no puede obtenerse una orden para que el infractor se abstenga de usar la marca. Tal orden sólo se tendrá hasta que sea dictada la sentencia si ésta es condenatoria. Ni siquiera puede exigirse una caución al demandado para ordenar la suspensión previa. Lo que sí puede ocurrir es que en la sentencia condenatoria se fije por el juez una multa diaria por cada día que transcurra sin que su sentencia sea cumplida.

En cambio, en el juicio civil, el demandado sí podrá exigir caución al demandante domiciliado en el extranjero, a fin de garantizar el pago de costas, honorarios de abogados y gastos del juicio en caso de que el actor pierda el pleito y no posea bienes suficientes en Brasil para responder a esa carga.<sup>6</sup>

#### 4. Colombia<sup>7</sup>

El derecho al uso exclusivo se adquiere por el registro (arts. 72 y 73).

No podrán ser objeto de registro como marcas las que puedan engañar al público consumidor sobre la procedencia de los productos o servicios (art. 57 a); las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitada posteriormente con reivindicación de prioridad (art. 57 f) y las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares (art. 57 g).

El registro será cancelado por la oficina nacional competente cuando verifique que se ha expedido contraviniendo el artículo 58 del Reglamento (art. 76). La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para conocer y decidir sobre las controversias de cancelación o nulidad (art. 5o. del decreto 1819 de 1964, vigente el 1o. de julio de 1965).

La usurpación de marcas se sanciona con prisión de seis meses a tres años y multa de dos mil a cien mil pesos (art. 236 del Código Penal).

Cuando se dicte sentencia condenatoria por delitos contra la propiedad industrial, se impondrá como pena accesoria la prohibición de ejercer el comercio de dos a diez años (art. 16 del Código de Comercio).

<sup>6</sup> Fuente: Informe del 22 de marzo de 1984, de Hélio Nicoletti, de Pinheiro Neto. Advogados, São Paulo. Bibliografía: TINOCO SOARES, José Carlos, *Código de Propiedade Industrial*, Editora Resenha Tributaria, São Paulo, 1974. SILVEIRA, Newton, *Curso de Propiedade Industrial*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977. TINOCO SOARES, José Carlos, *Crimes contra a propiedade industrial e de concorrência desleal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

<sup>7</sup> Las disposiciones sobre propiedad industrial están principalmente fundamentadas en la *Decisión 85* del Acuerdo de Cartagena, aprobada por decreto colombiano 1190 de 26 de junio de 1978 (D.O. 35054), complementada por las normas sobre competencia desleal del Código de Comercio y por los artículos 236 y 237 del Código Penal. Esta Resolución se denomina "Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial".

Antes del traslado de la demanda el juez decretará las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que se acompañe prueba plena de la infracción y se preste caución para garantizar los perjuicios que se puedan causar al demandado (art. 76 del Código de Comercio).

Aun cuando el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual está vigente en Colombia desde el 4 de mayo de 1980 por virtud de la Ley 46 de 7 de diciembre de 1979 y el Convenio de París fue aprobado por Ley 35 de 29 de diciembre de 1969, su adhesión no ha sido depositada.<sup>8</sup>

#### 5. Chile<sup>9</sup>

El sistema de protección marcaria es mixto, ya que el derecho se adquiere por el uso y por el registro (art. 31, final).

No son registrables las marcas que en forma gráfica o fonética se asemejen o puedan confundirse con otras ya registradas para un mismo grupo de mercancías (art. 23 h) y se produce la nulidad de un registro efectuado contra las prohibiciones legales, conforme a los artículos 1681 y siguientes del Código Civil. Es competente para conocer y decidir sobre las reclamaciones el jefe del Departamento de Propiedad Industrial (art. 5o. del Reglamento de Marcas Comerciales de enero de 1982).<sup>10</sup>

La defraudación de los derechos marcarios se sanciona con multa por un juez criminal, pero en caso de reincidencia se aplica pena corporal. El castigo se aplica no sólo al que use una marca igual o semejante a otra ya inscrita, sino también a quien mediante fraude obtuviere el registro de una marca (art. 32).

Además, el reo será condenado al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño de la marca, en cuyo beneficio serán decomisados los objetos con marca falsificada (art. 33).

En los procesos relativos a la falsificación o imitación de marcas, los tribunales podrán resolver en conciencia, pero antes de emitir su fallo

<sup>8</sup> Fuente: Ramiro Castro Duque, de Brigard y Castro, Bogotá, Informe de 28 de mayo de 1985, Bibliografía: ORTEGA TORRES, Jorge, *Marcas y Patentes*, Cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1960; PACHÓN, Manuel, *La Propiedad Industrial en el Acuerdo de Cartagena*, Editorial Temis, Bogotá, 1975; CAVELIER, Germán, *Leyes vigentes sobre propiedad industrial*, segunda edición, Editorial Kelly, Bogotá, 1989.

<sup>9</sup> El Decreto con Fuerza de Ley 958, de junio de 1931, fija el texto vigente de la Ley de Propiedad Industrial.

<sup>10</sup> Publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, del 8 de marzo de 1982.

se oirá al departamento de Industrias Fabriles, concediéndose acción pública para perseguir las infracciones (art. 40).

En la ley de la materia no vienen consignadas medidas preventivas.<sup>11</sup>

#### 6. Ecuador<sup>12</sup>

Cuando una marca ha sido registrada a pesar de ser confundible con otra notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior, para productos idénticos o similares (art. 58 de la Decisión 85), puede ser solicitada la cancelación de la misma ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (art. 76 de la referida Decisión 85). Por su lado, la Ley dispone que no podrán ser registradas como marcas los signos distintivos ya registrados y usados por otra persona, o semejantes a ellos, destinados a proteger artículos de la misma naturaleza (art. 6) y que cualquiera que se crea perjudicado podrá solicitar la nulidad de la inscripción en juicio ordinario (art. 22).

La imitación de marca original; la venta, ofrecimiento en venta, la compra o almacenamiento de marcas imitadas y el uso de marcas imitadas, poniéndolas en los artículos que elaboren o en las mercaderías con las que comercien, se sancionarán con multa de quinientos a mil sucres y prisión de seis meses a un año (art. 38), así como con el pago de costas, daños y perjuicios a favor de los perjudicados (art. 29). Las marcas imitadoras serán destruidas en presencia del juez (art. 40), en tanto que los productos que contengan esas marcas se venderán en subasta pública, dividiéndose el producto de la venta entre el Fisco y el denunciante (art. 41). El instrumento o maquinaria que se destinen a imitar marcas, se decomisará (art. 49).

De acuerdo con el artículo 45 de la Ley especial sobre Marcas, el cuerpo del delito se comprobará por dos peritos designados por el juez entre especialistas titulados. Lo cual permite que las diligencias en que intervengan dichos expertos podrán llevarse a efecto sin citación del infractor, como diligencias previas, y ya en el curso del juicio puede

<sup>11</sup> Fuente: Informe de 4 de junio de 1985 de Pablo Ruiz-Tagle V., de Claro y Cia., Abogados, Santiago. Informe de Sebastián Obach, de Sargent & Krahn, Santiago, 13 de junio de 1985. También: LARRAGUÍBEL ZAVALA, Santiago, *Derecho de Autor y Propiedad Industrial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

<sup>12</sup> La Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que se declaró vigente en Ecuador por Decreto No. 1.257 de 10 de marzo de 1977, así como la Ley de Marcas de Fábrica de 29 de noviembre de 1972, integran la legislación de este país. Véase Decreto promulgado el 10 de diciembre de 1972, cuyo texto actualizado a febrero de 1984 aparece publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, Ecuador.

obtenerse el embargo de bienes del acusado, lo mismo que después de la sentencia condenatoria.

No se contempla expresamente la orden de abstenerse de usar la marca durante el juicio; pero las diligencias de indagación policial, el reconocimiento preventivo del lugar, la incautación de los objetos que lleven la marca infractora, el depósito de dichos artículos, la destrucción de las marcas imitadas, la detención del presunto infractor para investigar las medidas cautelares sobre sus bienes, implicarían de hecho esa abstención.<sup>13</sup>

#### 7. El Salvador<sup>14</sup>

Con relación a la piratería de marcas no existe ninguna disposición específica, ni instructivos, circulares o políticas gubernamentales para combatirla, no obstante los casos de marcas muy conocidas relacionadas con vestuario y perfumería usurpadas en forma escandalosa. Sin embargo, con el asesoramiento de la OMPI y a nivel Centroamericano, está siendo estudiado un anteproyecto de ley por las diversas Oficinas de Marcas y Patentes del área.<sup>15</sup>

No podrá registrarse la marca ya registrada o usada por otro, o semejante a ella, si estuviere destinada a artículos de la misma naturaleza (art. 30. VII de la Ley).

Si una marca estuviere ya inscrita, quien se considere perjudicado podrá solicitar la nulidad del registro en juicio ordinario (art. 19 de la Ley).

Hay falsificación de marca: cuando se imita la marca original en mercaderías comprendidas en la misma clase que aquéllas; cuando se vendan dichas mercancías o se ofrezcan en venta (art. 29, I, II y III).

Cuando se trate de introducir mercaderías con marcas imitadas, el Administrador de Aduanas las pondrá a disposición de los tribunales correspondientes (art. 31) pudiendo ser decomisada la máquina destinada a imitar la marca (art. 33).

La legislación salvadoreña también contempla diversos delitos contra la propiedad industrial, como los siguientes: defraudación comercial y uso indebido de nombre comercial, que se sancionan con prisión de

<sup>13</sup> Fuente: Informe de René Bustamante Muñoz (13 de junio de 1984) y de Santiago Bustamante Luna, (29 de mayo de 1985), ambos de Pérez, Bustamante y Pérez, Abogados, Quito.

<sup>14</sup> La reglamentación de la materia está en la Ley de Marcas de Fábrica de 20 de julio de 1921, con reformas de 15 de febrero de 1963 y en el Código Penal.

<sup>15</sup> Fuente: Carlos Edmundo Novoa, San Salvador. Informe del 3 de junio de 1985.

seis meses a un año (arts. 358 y 361 del Código Penal); falsificación de signos distintivos comerciales, sancionada con prisión de uno a tres años (art. 362 del Código Penal) y competencia desleal, que se castiga con 100 a 500 días, multa (art. 364 del Código Penal).

#### 8. México<sup>16</sup>

La fuente del derecho sigue el sistema mixto, dado que la exclusividad proviene tanto del registro (art. 88), como del primer uso (arts. 93 y 147, fracciones II y III).

Se prohíbe el registro de la marca que sea idéntica a otra anteriormente registrada; el de la marca que sea semejante en grado de posibilidad de confusión, a otra ya registrada y el de la marca que sea idéntica o semejante en grado de confusión a un nombre comercial aplicado a los mismos o similares servicios que se presten en el establecimiento cuyo nombre comercial se haya usado con anterioridad (art. 91, fracciones XVII, XVIII y XIX). También se deben rechazar las marcas que se consideren notoriamente conocidas (art. 6 bis del Convenio de París).

Cuando la marca se registra contraviniendo los derechos del tercero que la usó o registró anticipadamente, puede reclamarse la nulidad ya sea de oficio o a instancia de parte (art. 151), en un procedimiento ante la autoridad administrativa (arts. 193 a 197) cuya decisión es impugnabile en juicio de amparo ante los jueces federales.

En relación con las marcas se consideran infracciones administrativas:

a) Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada (art. 210, fracción II).

b) Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada como elemento de un nombre comercial o de una denominación social, si dichos nombres están relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca (art. 210, fracción III).

También respecto de las marcas, la ley castiga como delitos:

<sup>16</sup> La reglamentación del derecho marcario se encuentra contenida básicamente en la Ley de Inventiones y Marcas de 30 de diciembre de 1975, publicada en el *Diario Oficial* del 10 de febrero de 1976, así como en el Reglamento de la Ley de Inventiones y Marcas de 4 de febrero de 1981, publicado en el *Diario Oficial* del 20 de febrero de 1981. Igualmente son obligatorias las disposiciones del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, con el texto de Estocolmo (*Diario Oficial* del 27 de julio de 1976).

c) Usar, sin consentimiento de su titular, una marca registrada para distinguir los mismos o similares productos o servicios que aquella proteja (art. 211, fracción IV).

d) Ofrecer en venta o poner en circulación los productos que ostentan una marca parecida, a que se refiere el anterior inciso a) (art. 211, fracción V).

e) Ofrecer en venta o poner en circulación los productos que ostentan la misma marca registrada, a los que se refiere el precedente inciso c) (art. 211, fracción V).

f) Ofrecer en venta o poner en circulación productos protegidos por una marca registrada, después de haber alterado, substituido o suprimido parcial o totalmente dicha marca (art. 211, fracción VI).

Para el ejercicio de la acción penal por los delitos ya mencionados, se requiere que la Oficina de Marcas declare previamente que existe la infracción (art. 213), siendo impugnabile la resolución ante la autoridad judicial.

Aun cuando la imitación no está prevista entre los delitos enunciados por el artículo 211, la aplicación de la sanción administrativa sólo opera previa declaración de confusión por la Oficina de Marcas.

El propietario de la marca infringida puede demandar ante el juez civil el pago de daños y perjuicios y ante el juez penal la reparación del daño (art. 214).

Sin embargo, la orden de abstenerse de usar la marca infractora también forma parte de la sentencia condenatoria civil o penal, sin que esté previsto ningún instrumento legal para ordenar al infractor que suspenda la infracción antes, al inicio o durante el trámite del juicio administrativo.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Bibliografía: NAVA NEGRETE, Justo, *Derecho de las Marcas*, Editorial Porrúa, México, 1985; SEPÚLVEDA, César, *Sistema mexicano de la propiedad industrial*, Editorial Porrúa, México, 1981; ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia tecnológica*, Editorial Porrúa, México, 1979; MAURER ESPINOSA, Luis, *Los delitos de usurpación de marca en el Derecho mexicano*, Universidad Iberoamericana, México, 1973; RANGEL MEDINA, David, "La protección de las marcas notorias en la jurisprudencia mexicana", en *Revista Mexicana de Justicia*, órgano de la Procuraduría General de la República, México, No. 4, Vol. II, octubre-diciembre de 1948, pp. 359 a 391; RANGEL MEDINA, David, "La piratería de marcas en México", Conferencia de 9 de marzo de 1984 en el ciclo *Los avances tecnológicos y el derecho intelectual*, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

9. Panamá<sup>18</sup>

Adopta el sistema de registro con oposición (art. 2006), y prohíbe hacer uso de marcas idénticas o substancialmente parecidas a las que estuvieren registradas, cuando se pretenda amparar con ellas productos protegidos por éstas (art. 2014). La fuente principal del derecho es la explotación del signo, pues el primero que haga uso de una marca será el único que tenga derecho a adquirir su propiedad (art. 2023).

La usurpación, la falsificación y el uso indebido de marcas, se castigarán con multa de veinticinco a doscientos cincuenta balboas o con arresto de uno a tres meses, así como con el decomiso del artículo que será entregado al dueño de la marca (art. 2024), siendo responsables del uso indebido tanto el fabricante como el introductor y el expendedor (art. 2025). En los casos de reincidencia la pena se duplica (art. 2026). La reclamación contra las falsificaciones o imitaciones puede presentarse tanto por el dueño de la marca, como por cualquier competidor o consumidor que se considere perjudicado con ellas (art. 2029).

El uso indebido de marca lo regula el artículo 2032 del Código Administrativo, de acuerdo con el cual, el perjudicado presentará su denuncia ante un funcionario judicial, quien se presentará en el lugar donde se encuentre el artículo a que se haya aplicado indebidamente la marca, para embargarlo hasta que se resuelva el asunto. El denunciante deberá otorgar como garantía una suma igual a la tercera parte del valor de la mercancía, sin cuyo depósito cesará la actuación.<sup>19</sup>

10. Paraguay<sup>20</sup>

El derecho se adquiere mediante el registro de la marca. Pero no es

<sup>18</sup> La legislación de la propiedad industrial está comprendida en el Código Administrativo promulgado en la *Gaceta Oficial* No. 2418 de 7 de septiembre de 1916 y en el Decreto Ejecutivo No. 1 de 1939, por el cual se reglamentan las disposiciones de aquél, promulgado en la *Gaceta Oficial* No. 7987 de 17 de marzo de 1939.

<sup>19</sup> En opinión de un grupo de abogados este artículo quedó derogado con la promulgación del Código Penal y la facultad para perseguir el uso indebido de una marca la contempla el artículo 2055 del Código Judicial. Dado que la Corte Suprema de Justicia no ha definido la vigencia o no del artículo 2032, lo prudente, en la práctica, es realizar el depósito que señala dicho artículo. Fuente: Ricardo A. Cupas F., de Arosemena Noriega y Castro, Panamá. Informe de 3 de junio de 1985. Bibliografía: AROSEMENA ARIAS, Carlos, *Disposiciones vigentes sobre propiedad industrial*, Panamá, 1983.

<sup>20</sup> Ley No. 751 de Marcas, de 20 de julio de 1979.

registrable la marca igual o muy semejante a otra ya registrada en la misma clase (art. 7o.). Respecto de los registros de marcas obtenidos fraudulentamente (art. 15) o con transgresiones a la ley, puede demandarse judicialmente su nulidad dentro de un plazo de dos años, aun cuando no se haya deducido oposición (arts. 48 y 49).

Se castiga con pena de tres a quince meses de penitenciaría al que falsifique o adultere una marca registrada; al que a sabiendas use una marca falsificada; al que imite una marca; al que a sabiendas ponga en venta, venda o haga circular productos con marca falsificada o imitada (art. 73).

Las marcas falsificadas o fraudulentamente imitadas serán destruidas, así como los instrumentos que hubieren servido para la falsificación (art. 77).

La acción penal es pública y prescribe en dos años (arts. 78 y 79).

El nombre comercial no puede usarse para productos o servicios similares a los protegidos por una marca registrada. Tampoco puede registrarse como marca la denominación que corresponde a un nombre comercial (art. 64), aplicándose la misma pena de la usurpación de marcas al que haga uso indebido del nombre comercial (art. 74).

En cuanto a la competencia desleal, se adopta el principio del artículo 10 bis del Convenio de París (art. 69 y 70) y se establece que el productor, industrial o comerciante que pueda ser perjudicado por actos de competencia desleal tiene acción judicial para hacerlos cesar o impedir su repetición y para obtener la reparación de daños y perjuicios, prescribiendo dicha acción en un año de la fecha en que se tuvo conocimiento de los hechos (arts. 71 y 72).

En cuanto a las medidas precautorias o preventivas, el propietario de la marca registrada podrá obtener embargo preventivo, bajo caución, de los objetos que lleven la marca falsificada o imitada (art. 80).

La persona en cuyo poder se encontraren dichos objetos está obligada a dar al propietario toda la información acerca de quien le vendió dicha mercancía (art. 80), pudiendo ser requerida judicialmente en caso de negativa o silencio (art. 81).

También podrá obtener, bajo fianza, que la autoridad judicial haga un inventario de los productos espurios y secuestre un ejemplar de cada especie (art. 82), pero el interesado deberá iniciar la correspondiente acción dentro de los siguientes quince días; de lo contrario quedarán sin efecto el embargo y el inventario (art. 83).

11. *Perú*<sup>21</sup>

No pueden ser objeto de registro las marcas confundibles con otras, registradas o pendientes de registro o notoriamente conocidas en el país o en el exterior (art. 97). Constituyen actos de competencia desleal la apropiación de marcas y su imitación (art. 111).

Cualquier persona puede denunciar a la Oficina de Propiedad y Registro Industrial las infracciones cometidas contra la propiedad industrial (art. 118) y cuando aparezca clara e indubitadamente la existencia de la infracción, la Oficina dictará sin más trámite las medidas necesarias que pongan término a los hechos infractorios, pudiendo disponer el retiro de los artículos del mercado, la cesación de la publicidad, la detención del proceso o manufactura, el decomiso y la destrucción de las marcas o de los productos donde se emplean, el cierre del negocio infractor o cualquiera otra medida apropiada (art. 120).

Los artículos con marca ilegítima que se encuentren en poder del infractor, de sus agentes o de cualquier comerciante serán decomisados y podrán ser destruidos o adjudicados a instituciones de beneficencia o educación, previa la destrucción de marcas ilegítimas que exhiban dichos productos. Las aduanas no permitirán la importación de los artículos infractorios (art. 121).

Sin embargo, éstas no son medidas previas sino consecuencias de la decisión administrativa y si la parte perjudicada ocurre al amparo la precautoria puede suspenderse.<sup>22</sup>

12. *Uruguay*<sup>23</sup>

Se establece que no serán consideradas como marcas las palabras similares a un nombre comercial o a un nombre conocido con relación a productos determinados (art. 2o. inciso 12a.) reconociendo así el principio general de la concurrencia ilícita, que impide el aprovechamiento del crédito industrial o comercial ajeno. Y de modo expreso

<sup>21</sup> Su legislación sobre propiedad industrial está contenida en el Título V del Reglamento de la Ley General de Industrias, Decreto Ley No. 18350, del 27 de julio de 1970, según Decreto Supremo No. 001-71-IC/DS del 25 de enero de 1971; Decreto Ley 18900, de 30 de junio de 1971, que aprueba la *Decisión 24* de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; Decreto Ley 22532, del 15 de mayo de 1979, que aprueba la *Decisión 85* de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

<sup>22</sup> Fuente: Informe de 8 de junio de 1985 de Manuel Olachea, de Estudio Olachea, Lima.

<sup>23</sup> Ley de Marcas de Fábrica, de Comercio y de Agricultura No. 9956, de 4 de octubre de 1940.

también declara no aptas para constituir marcas las palabras, signos o distintivos que hacen presumir el propósito de verificar una concurrencia desleal (art. 2o., inciso 13o.).

Los propietarios de marcas nacionales o extranjeras en uso en el país pero no registradas, así como los propietarios de marcas registradas, podrán oponerse al registro que se intentara de marcas idénticas o semejantes a las suyas o gestionar la anulación de las inscripciones si se hubieren efectuado (art. 10o.).

Si no obstante lo anterior el registro se concede, la Dirección de la Propiedad Industrial decretará su nulidad (art. 12o.).

Los artículos 29 a 47 de la ley uruguaya corresponden substancialmente a los artículos 48 a 67 de la antigua ley argentina No. 3975 de 23 de noviembre de 1900 sobre Marcas de Fábrica, de Comercio y de Agricultura.

En Uruguay se castigan como delitos la fabricación y la imitación de marcas y el relleno de envases auténticos con productos espurios, así como la venta y puesta en venta de esas mercancías (arts. 29, 30, 31 y 32).

En materia de medidas preventivas o precautorias, el régimen uruguayo contempla el decomiso de mercancías con marcas falsificadas (art. 35); la inutilización de las marcas falsificadas (art. 36); la acción por daños y perjuicios contra los autores del fraude (art. 37); el embargo de esas mercancías que se hallen en la Aduana o en el Correo (art. 40), así como la práctica de inventario y embargo de productos que se encuentren con marcas espurias (arts. 41, 42, 43, 44 y 45).<sup>24</sup>

13. *Venezuela*<sup>25</sup>

En este país no podrá adoptarse ni registrarse la marca que se pa-

<sup>24</sup> Fuente: Informe de 29 de noviembre de 1984 de Juan Antonio Pittaluga, de Estudio Jurídico Guyer y Régules, Montevideo. Bibliografía: M. FREITA, Carlos, *Estudio sobre Marcas de Fábrica y Comercio en la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1966; RIPPE, Siegbert, *Régimen de la Propiedad Industrial en Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974.

<sup>25</sup> Las disposiciones legales que regulan y protegen los derechos relativos a las marcas, se encuentran básicamente en la Ley de Propiedad Industrial de 29 de agosto de 1955 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 14 de agosto de 1955) y en el Código Penal, así como en la Decisión 24 del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, aprobada por el Congreso venezolano el 3 de septiembre de 1973 (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, de 1o. de noviembre de 1973). La Decisión 85, titulada "Reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial" que intenta uniformar la legislación sobre la materia en los países miembros

rezca gráfica y fonéticamente a otra ya registrada, ni la que pueda prestarse a confusión con otra ya registrada, o que pueda inducir a error por indicar una falsa procedencia o calidad (art. 33).

El registro de una marca queda sin efecto cuando por fallo de los tribunales competentes se anule por declararlo expedido en perjuicio del mejor derecho de terceros (art. 36). La nulidad podrá ser pedida si el interesado no hubiere hecho la oposición y si ejercita la acción dentro de los dos años de expedido el registro (art. 84).

La ley venezolana castiga con prisión de uno a doce meses al que para perjudicar los derechos o intereses del legítimo poseedor, use, fabrique o ejecute marcas que se confundan con las registradas (arts. 98 y 99).

Por su parte, el Código Penal previene que será castigado con prisión de uno a doce meses el que hubiere falsificado o alterado marcas y el que haya hecho uso de signos así falsificados, aunque la falsedad sea proveniente de un tercero (art. 338). Penalidad también aplicable al que con objeto de comerciar haya introducido en el país y puesto en venta o circulación, productos con marcas falsificadas o alteradas o con signos distintivos capaces de inducir en error al comprador respecto de su origen o calidad, si la propiedad ha sido legalmente registrada en Venezuela (art. 339).

En toda sentencia condenatoria por delito contra la propiedad industrial se ordenará la destrucción de los instrumentos que hayan servido o estuvieren preparados para la comisión del delito, así como los objetos que provengan del mismo (art. 105 de la Ley).<sup>26</sup>

### III. CONCLUSIONES, OBSERVACIONES GENERALES Y SUGERENCIAS

#### 1. Sistema de registro atributivo

La adopción del registro atributivo hace posible la propiedad de

---

del Pacto Andino, no ha sido incorporada en Venezuela a pesar de haber sido aprobada por la Comisión desde 1974. Fuente: Informe del 5 de junio de 1985 de Gloria Bacalao de Azpúrua, del Despacho de abogados Travieso, Evans, Arria y Rengel, de Caracas.

<sup>26</sup> Bibliografía: RONDÓN DE SANSÓ, Hildegart, *Manual Teórico-Práctico de Propiedad Industrial*, Caracas, 1966; *Patentes y Signos Distintivos*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1968; SANSÓ, Benito, e Hildegart RONDÓN DE SANSÓ, *Estudios de Derecho Industrial*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1965; UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano, *Propiedad Industrial*, Casuz Editores, Caracas, 1970; PALACIOS, Leopoldo, *Las Marcas Comerciales en Venezuela*, Ediciones de la Biblioteca, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.

marcas en favor de quienes no tienen ninguna relación con los legítimos propietarios de esas marcas en sus países de origen. En Brasil, por ejemplo, han sido registradas las marcas *Carven*, *Chicco*, *The Gray Line* y *Gucci*, en beneficio de empresas brasileñas que nada tienen que ver con sus verdaderos dueños. El sistema provoca numerosas acciones en trámite ante el poder judicial, sin decisiones definitivas hasta la fecha, como las que se refieren a las marcas *Fila*, *Gucci*, *Paco Rabane*, *Cartier*, etcétera.<sup>27</sup>

Bajo el sistema mixto atributivo-declarativo (México, Panamá, Venezuela) se puede combatir con más eficacia la piratería al serle reconocido un derecho de prioridad al primer usuario.

#### 2. La calidad de industrial o comerciante de quien pide el registro

No siempre el pirata de marcas es industrial o comerciante. En ocasiones no poco frecuentes se trata de un aventurero que sólo registra las marcas ajenas con fines especulativos, bien sea para conceder licencias por su explotación mediante el pago de altas regalías, o bien para negociar su traspaso al verdadero propietario de la marca para la cual el registro pirata constituye un obstáculo en el trámite del registro por él solicitado. En estos casos el impedimento suele ser removido si el usurpador cancela el registro indebidamente obtenido, o lo cede mediante el pago de sumas importantes de dinero. Este tipo de usurpaciones podría reducirse si todas las legislaciones adoptan expresamente la regla según la cual sólo podrán pedir registros de marcas los industriales, comerciantes, agricultores o prestadores de servicios. Quienes no tengan esa calidad no podrán registrar a su nombre una marca, como lo establecen, entre otras, la ley argentina (art. 6), la ley mexicana (art. 89) y la ley uruguaya (art. 30.).

#### 3. Capacitación de litigantes y funcionarios de la Administración Pública

El escaso conocimiento del derecho en general y del de propiedad industrial en particular, es frecuentemente aprovechado por los usurpadores. De ahí que la capacitación jurídica tanto de los litigantes como del personal de las oficinas gubernamentales, podría aminorar el fomento de la piratería. Por ello es aconsejable que las solicitudes

---

<sup>27</sup> Fuente: Informe del 31 de mayo de 1985, de José Carlos Tinoco Soares, de Tinoco Octávio y Perocco, s/c Lda., São Paulo.

de registro de marcas y de nombres comerciales lleven la firma de un abogado, como lo ordena el artículo 90 de la Ley de Registro de Comercio de 15 de febrero de 1973, vigente en la República de El Salvador. También es de recomendarse que en los asuntos sobre propiedad industrial que sean de carácter contencioso, con mayor razón se requiera la intervención de un letrado, como lo establece la ley peruana (art. 54). Al sistema de becas e intercambio de personal de las oficinas de propiedad industrial que desde hace tiempo ha venido operando a través de la OMPI, habrá de agregarse la capacitación de funcionarios judiciales y de abogados postulantes en el sector profesional de la propiedad industrial.

#### 4. Creación de tribunales especializados

La creación de tribunales especializados en Derecho de propiedad industrial, compuestos por personal experto en la materia, evitaría la duración tan larga de los procesos, que hace ilusoria y teórica la protección de las marcas y la represión de la competencia desleal. Con esta innovación, al terminar los juicios se emitirían decisiones correctas y oportunas, que realmente garanticen el respeto de esta propiedad inmaterial.

#### 5. Concentración o codificación de textos legislativos

El análisis comparativo de las legislaciones de los países americanos muestra que las normas protectoras del derecho de propiedad industrial se encuentran dispersas en muy variados ordenamientos, como leyes específicas, códigos civiles, códigos penales, códigos de comercio, códigos administrativos, reglamentos, decretos, etcétera. Sin duda que esta situación influye para que la persecución de los infractores sea menos eficaz. Se estima, por lo tanto, que si la reglamentación del derecho y de los medios precaucionales se concentra en un solo cuerpo legal, llámese ley o código de la propiedad industrial en el que de modo expreso, específico, directo y completo se reúnen todas las normas adecuadas, se evitarían los reenvíos de una ley a otra que suscitan problemas de interpretación y aplicación, debido a la incertidumbre que en ocasiones provoca su vigencia, sea por razones de jerarquía, fecha de promulgación o hasta por las contradicciones que se advierten entre dichos mandamientos legales.

#### 6. Adopción de instrumentos legales más apropiados

Es frecuente que la piratería de marcas no esté reprimida adecuadamente por lo anacrónico de las legislaciones sobre propiedad industrial. Por esta razón se sugiere su reforma con la incorporación de normas eficaces que permitan exigir del infractor la cesación de su conducta ilícita al inicio del juicio. O mejor aún, como un acto preparatorio del mismo o medida previa que impida la continuidad de la infracción, bajo dos condiciones: en primer lugar, que el tribunal ordenador de la suspensión considere que hay elementos de juicio suficientes y, en segundo término, que el legítimo dueño de la marca otorgue la fianza garantizadora de los daños y pérdidas que pudiera ocasionar la suspensión si resulta absuelto el acusado.

Por otra parte, hay que hacer notar que la efectividad de las medidas previstas por las leyes examinadas tienen un valor muy relativo, ya que las providencias son muy tardadas. Esta lentitud beneficia al infractor, quien puede continuar cometiendo la infracción hasta concluir el juicio con la sentencia definitiva. La experiencia indica que las pérdidas y daños sufridos por el actor o dueño de la marca son siempre de difícil comprobación, lo que impide que al final del juicio el infractor sea obligado a pagar la indemnización por el tiempo en que usó indebidamente la marca ajena.

#### 7. El nuevo sistema norteamericano

Esta es la ocasión para recordar que desde el 12 de octubre de 1984, entró en vigor en Estados Unidos de Norteamérica la Ley contra Falsificaciones Marcarias (Trademark Counterfeiting Act). Según esta ley, la venta de productos que ostenten la reproducción de una marca registrada o una imitación de la misma, puede perseguirse como un delito federal con penalidades que incluyen privación de la libertad hasta por cinco años, multas hasta 250,000.00 dólares o ambas penas tratándose de individuos. En los casos que involucren corporaciones o reincidentes, las penas son más severas. También se ha reformado la Ley de marcas americana (Lanham Act) en dos importantes aspectos: a) la introducción de un procedimiento que permite al actor en una acción por usurpación de marca contra un falsificador, obtener una orden de embargo de los productos falsificados sin previo aviso al falsificador, y b) la posibilidad de que el actor recupere tres tantos de las ganancias obtenidas por el infractor.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Fuente: Circular del 12 de diciembre de 1984 de Weiss Dawid Fross Zelnick

Es oportuno mencionar también que dentro del campo de la piratería de marcas se han expedido en Estados Unidos disposiciones novedosas tendientes a su represión en los países en vías de desarrollo. Tal es el caso de la Ley de Comercio y Aranceles (Trade and Tariff Act) firmada el 30 de octubre de 1984. Esta ley proroga por un periodo de ocho años y medio el programa para el Sistema de Preferencias Generalizado (Generalized System of Preferences) en virtud del cual se concede un tratamiento libre de aranceles o impuestos (duty-free treatment) a determinados productos provenientes de países en vía de desarrollo que hayan sido designados como beneficiarios. Según esta ley, entre los aspectos que se toman en cuenta para determinar si un país es designado como candidato a las preferencias mencionadas, se incluye la evaluación sobre si los derechos de propiedad intelectual de los extranjeros son adecuadamente protegidos en el país cuya candidatura esté siendo considerada. Es claro que el objetivo de estas disposiciones no es el de reprimir la piratería de marcas a nivel doméstico, en territorio americano, sino precisamente en jurisdicciones distintas en las que haya nacionales que deseen exportar determinados productos bajo este tratamiento privilegiado. Es evidente que esto, en apariencia, nada tiene que ver con los derechos de propiedad intelectual en los países en vías de desarrollo, como un elemento de presión hacia estos países para superar dichos nivel. Se trata de una figura novedosa en el campo de la represión de la piratería de derechos de propiedad intelectual en general.

#### 8. Adopción del Convenio de París

De las naciones de América Latina sólo son miembros del Convenio de París: Argentina, Brasil, Cuba, República Dominicana, México y Uruguay.

Es de hacerse notar la conveniencia de promover el ingreso de los otros países latinoamericanos, a fin de que se consiga un mínimo de uniformidad en los principios rectores de la protección marcaria, mediante la incorporación de las reglas del Convenio en las legislaciones nacionales, de manera especial las contenidas en los artículos 6 bis y 10 bis, relativas a la protección de las marcas notorias y a la represión de la competencia desleal.

& Lehrman, P.C. de Nueva York, y RANGEL ORTIZ, Alfredo, *The Trademark Counterfeiting Act of 1984*, George Washington University, Research in Public Law, 1985.

#### 9. El criterio proteccionista indiscriminado a la industria local

En ocasiones es decisiva la buena disposición que tienen los juzgadores respecto de la protección exagerada a la industria local, en detrimento de legítimos derechos de terceros, cuando éstos corresponden a empresas extranjeras. Como ejemplo de esta protección exagerada que conlleva un chovinismo injustificable, puede citarse el caso de la marca *Galaxie* registrada en Paraguay por quien presuncionalmente sabía que pertenecía ya a un tercero. Con argumentos de tipo procesal se confirmó la resolución que negó la nulidad del registro, pese a que la demandante, auténtica dueña de la marca, acreditó que su marca previamente había sido registrada en su país de origen y en otras naciones americanas y que en realidad procedía decretar la nulidad.<sup>29</sup>

Creemos que el combate a la piratería de los derechos intelectuales está al margen de poses demagógicas y debe apoyarse en el afán de impedir no sólo el agravio de sus legítimos propietarios, sino también, y de modo preferente, el que sufren los consumidores por el engaño de que son objeto.

<sup>29</sup> Philip Morris, Incorporated c/res. 91/78 y 77/79 del Ministerio de Industria y Comercio. Sentencia número 84 de 30 de abril de 1985, de la Suprema Corte de Justicia. Fuente: Informe del 3 de junio de 1985 de Hugo Berkemeyer, de Berkemeyer & Salomoni, Asunción.

## LA LICENCIA DE USO DE MARCA COMO SUSTITUCIÓN DEL PROPIETARIO DE LA MARCA\*

Horacio RANGEL ORTIZ

SUMARIO: I. *Licencias exclusivas y no exclusivas.* II. *Licencias onerosas y gratuitas.* III. *Sublicencias.* IV. *La licencia de marcas como negociación de los derechos del propietario de la marca.* V. *Control de Calidad.* VI. *Registro del contrato de licencia.* VII. *Marcas No registradas-Licencias.* VIII. *La autorización de uso de marcas en el Derecho Mexicano.* IX. *El sistema de la L.P.I. de 1942.* X. *Las leyes sobre traspaso de tecnología y la aparente duplicidad de inscripciones.* XI. *El sistema de la L.I.M. de 1976.* XII. *Los mecanismos de control de calidad y su posible confusión con las llamadas cláusulas restrictivas.* XIII. *Elementos de presión o de coerción de posible aplicación ante el incumplimiento de las disposiciones sobre control de calidad en la L.I.M.*

Cuando se dice que el dueño de una marca registrada goza del derecho al uso exclusivo del signo nuestra atención suele centrarse en dos aspectos básicos de la protección y la exclusividad marcaria, a saber: I) el derecho que tiene el propietario a usar directamente su marca y II) el derecho del propietario a perseguir a terceros por usos no autorizados de la marca.

De estos dos presupuestos básicos de la exclusividad marcaria se desprenden otras manifestaciones propias del ejercicio del derecho a la marca como es la prerrogativa del propietario consistente en determinar quién o quiénes pueden compartir el derecho a la marca con él. Este derecho se manifiesta concretamente a través de las autorizaciones de uso que concede el propietario de la marca a terceros interesados en usar ese signo ya reservado anteriormente por el propio titular. A este tipo de autorizaciones se les conoce como licencias de marca.

Ya quedó dicho que de los presupuestos básicos mencionados se desprenden otros derechos como es el de conceder licencias para el uso de la marca. Efectivamente, la licencia de marcas implica una renuncia por parte del titular a ejercitar el derecho consistente en perseguir a terceros por el uso no autorizado de la marca, pues el derecho

\* "X Aniversario de la Ley de Invenciones y Marcas", UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado. 6 de marzo de 1985.

a perseguir administrativa y judicialmente a terceros se apoya en la ausencia de una autorización por parte del titular de la marca. Por lo tanto, el propietario de una marca al contratar una licencia de uso, entre otras cosas estará haciendo una promesa de no demandar al tercero durante la vigencia del pacto.

Este tipo de pactos incluyen dos figuras: la del licenciante y la del licenciatario. El primero, propietario o dueño de la marca, quien concede la autorización; el segundo, usuario de la marca, quien recibe la autorización, también conocido como usuario autorizado.

Es característica de la licencia de marcas que el propietario o licenciante conserva la plena propiedad de los derechos sobre el signo. Es decir, en contraste con las cesiones, en la licencia no se da una transmisión de propiedad de los derechos sobre el signo.

Las negociaciones que tienen como objeto una autorización de uso de marca ordinariamente son documentadas a través de un convenio o contrato celebrado entre el licenciante y el licenciatario.

#### I. LICENCIAS EXCLUSIVAS Y NO EXCLUSIVAS

El contrato por el que se autoriza el uso de una marca puede involucrar una licencia exclusiva o no exclusiva.

La licencia será exclusiva cuando el licenciante se comprometa a no otorgar licencias adicionales. Técnicamente hablando, la licencia exclusiva no sólo implica una promesa del titular a no conceder licencias adicionales, sino que excluye al propio licenciante del derecho a usar la marca durante la vigencia del contrato. Esto es lo que significa la exclusividad. Conviene distinguir la licencia exclusiva de la *licencia única* ("sole license")<sup>1</sup> en donde el licenciante también se compromete a no otorgar licencias adicionales pero no ofrece exclusividad, pues el derecho al uso de la marca, esto es, el uso mismo de la marca, lo comparten licenciante y licenciatario.

La exclusividad en una licencia puede involucrar modalidades en su objeto. Por ejemplo, el licenciante podrá otorgar una licencia exclusiva para la totalidad de los productos amparados por una marca registrada, o bien sólo para determinado producto. Esto significa que una marca registrada puede ser dada en licencia a diversos licenciataros, independientes el uno del otro, y todos ellos gozar de exclusividad en

<sup>1</sup> G. BRUNSVOLD, Brian, y P. O'REILLEY, Dennis, "Basic Principles of Licensing" en: *The Law and Business of Patent and Know-How Licensing*, 5th Edition. Editado por Brian G. Brunsvold y Dennis P. O'Reilley, Wash., D. C., 1981, p. B-5.

cuanto a la aplicación de la marca a los productos especificados en la licencia.

En relación con la licencia no exclusiva basta señalar que en este caso el licenciante no ofrece exclusividad y se reserva el derecho a conceder licencias adicionales.

#### II. LICENCIAS ONEROSAS Y GRATUITAS

Otro criterio de clasificación de las licencias es el de *onerosas* y *gratuitas*.

La licencia onerosa implica una contraprestación o pago del licenciatario al licenciante por el derecho a usar la marca. En este caso la contraprestación puede pactarse de diversos modos siendo la más usual la que establece la obligación de pagar una cantidad llamada regalía. Esta contraprestación normalmente se fija con base en un porcentaje sobre las ventas netas del licenciatario. Es de importancia establecer claramente en el contrato la definición del concepto de ventas netas, pues los criterios para establecer la cantidad contra la cual se aplicará el porcentaje que constituye la regalía pueden variar y provocar complicaciones en la administración de la licencia. El precio neto de ventas normalmente consistirá en el precio de venta del producto marcado menos el costo o el valor de los gastos de ciertas partidas que, como se dice, conviene especificar.<sup>2</sup>

Entre las partidas específicas que las partes han de negociar o incluir en la sustracción figuran descuentos, impuestos y gastos de diversa índole, aspectos estos que justifican la presencia no sólo de asesores legales sino también de profesionales contables y administradores en el manejo adecuado de las operaciones de licencia. En el manejo de estos conceptos conviene tener presentes ciertas reglas y recomendaciones de las que ahora no nos ocuparemos pero que de modo general quedan ilustradas en la Guía de Licencias para los países en desarrollo, documento preparado y publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual al que los remito para mayores referencias sobre estos aspectos.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Frente al concepto de ventas netas o precio neto de venta existe el precio bruto de venta, concepto que también varía de empresa a empresa y de país a país. El precio bruto de ventas normalmente no involucra la deducción de partidas específicas aun cuando en algunos países se exige que ciertas partidas sean deducidas para los efectos del cálculo de regalías. Véase OMPI, *Guía de Licencias para los países en vías de desarrollo*, publicación OMPI N° 620 (s), 1977, pp. 101 y 102.

<sup>3</sup> OMPI, *Guía de Licencias...*, p. 100 y ss.

Además del sistema de contraprestación a través del pago de regalías contra las ventas del licenciatarlo se usa también el sistema de pago inicial independientemente de las ventas; o bien ambas modalidades.

Dentro de este mismo criterio de clasificación de las licencias de marcas se encuentran las licencias gratuitas que se caracterizan por la ausencia de una cláusula contractual que establezca pagos o contraprestaciones a favor del licenciante por el uso de la marca dada en la licencia.<sup>4</sup>

### III. SUBLICENCIAS

El derecho a usar una marca bajo licencia normalmente se limita al goce del mismo directamente por el licenciatarlo o usuario autorizado. Sin embargo, las partes pueden pactar en el contrato que el licenciatarlo podrá a su vez conceder licencias a terceros al amparo de la licencia original. Las licencias concedidas por el licenciatarlo son llamadas sublicencias. Una sublicencia no debe incluir mayores derechos que los que se han pactado en la licencia original como tampoco debe oponerse a las estipulaciones contractuales fijadas en la licencia básica.

Por ahora sólo he querido referirme a los criterios más generales relativos a la clasificación de las licencias. Sin embargo, existen otras modalidades en materia de licencias teórica y prácticamente posibles, tantas como las necesidades y el resultado de las negociaciones de las partes contratantes lo ameriten.

### IV. LA LICENCIA DE MARCAS COMO NEGOCIACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA MARCA

Hasta aquí he tratado de explicar algunas de las características generales de las licencias de marcas. De las anteriores observaciones encontramos que el derecho a conceder licencias, lo mismo que la negociación y documentación de las mismas implica una negociación de los derechos del titular de la marca, de manera que el licenciatarlo pasa a *sustituir* al propietario al serle dada la marca en licencia.

La noción apuntada en el sentido que las licencias de marcas implican una negociación de los derechos del propietario de la marca, esto es, de los derechos que se derivan de la marca, la encontramos ilustrada en la Ley-Tipo sobre marcas, nombres comerciales y competencia des-

<sup>4</sup> Esta modalidad de las licencias se llega a presentar cuando la empresa licenciante tiene una participación importante en el capital de la empresa licenciatarlo.

leal (BIRPI). El artículo 24 de la Ley-Tipo establece la nulidad de las cláusulas de los contratos de licencia y relativas a ellos que impongan al licenciatarlo limitaciones, en el plano industrial o comercial, *que no se deriven de los derechos conferidos por el registro de la marca o que no sean necesarias para salvaguardar sus derechos*. Ahora bien, la idea de que el licenciatarlo de una marca puede en rigor sustituir al dueño de la marca en lo que ve al uso de la misma ha sido objeto de discusiones similares a las que se han planteado con motivo de las cesiones y transmisiones de la marca.<sup>5</sup> No es sino hasta después de la Segunda Guerra mundial que las licencias de marcas comienzan a tener mayor aceptación y por lo tanto pasan a ser objeto de reglamentación en las leyes de marcas.<sup>6</sup> Se decía que el cumplimiento de las funciones propias de la marca, particularmente la de ser un indicativo de procedencia, se estaría distorsionando al permitirse que un tercero distinto al propietario usara la marca. Todo esto con apoyo en la noción clásica de la función de indicación de origen o procedencia. Sin embargo, hoy en día es generalmente aceptado que esta función ya no la cumplen las marcas en el contexto de la vieja teoría que postulaba que una marca representaba para el consumidor la fuente u origen de los productos marcados. Ello se debe en parte al hecho de que tal fuente es con frecuencia desconocida por los consumidores y también porque el origen de que se habla es incierto y variado. Las marcas las encontramos en productos que pudieron haber sido fabricados en su totalidad por un productor o en partes por varios productores o subcontratistas. Viendo las cosas con mayor realismo encontramos que al consumidor le preocupa más la calidad del producto que adquiere y la garantía de calidad de la marca.

Cuando en nuestros días se habla de la función de indicación de procedencia efectivamente se está especificando que la marca es un indicativo del origen de los productos o servicios; sin embargo, esta indicación se refiere a un origen anónimo.<sup>7</sup> Por tanto, para que se verifique

<sup>5</sup> En relación con dichas discusiones pueden consultarse los siguientes trabajos: MARTIN ACHARD, Edmond, *La cession libre de la marque*, Librairie de l'Université, Gèneve, 1946; RANGEL MEDINA, David, "La libre transmisión de la marca", *El Foro*, cuarta época, nos. 22-23, México, julio-diciembre, 1958; RONDÓN DE SANJO, Hildergart, "La Cesión de la marca", *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, Año III, enero-junio 1965, no. 5, México, pp. 77 y ss.

<sup>6</sup> Véase P. LADAS, Stephen, *Patents, Trademarks and Related Rights*, National and International Protection, Vol. II, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1975, p. 1128.

<sup>7</sup> Véase J. MCCARTHY, Thomas, *Trademarks and Unfair competition*, Vol. 1, The Lawyers Co-operative Publishing Co., Rochester New York, 1973, pp. 86 a 90.

esta función no es necesario que el consumidor conozca la identidad del fabricante de los productos marcados. La marca cumple la función de indicación de procedencia cuando ésta se aplica a una serie de productos de manera que el consumidor encuentra que los productos de la serie tienen un elemento en común: la marca; de ahí que el consumidor legítimamente suponga que todos los productos que ostentan la marca tienen un origen o procedencia común. Esto último, a pesar de que dicha procedencia sea anónima.

En vista de lo anterior, parece ser que el buen desempeño de estas funciones no requiere la participación directa del propietario de la marca en la fabricación de los productos o en la prestación de los servicios en tanto que el propietario ejercite un adecuado control sobre los licenciatarios con el fin de asegurar que el consumidor obtendrá una calidad constante en los productos o servicios a los que se aplica la marca dada en licencia.

#### V. CONTROL DE CALIDAD

Como ya quedó dicho, en la actualidad, el concepto de la función indicadora del origen que desempeñan las marcas, ha pasado de una noción de procedencia física a otra de procedencia común o "patrocinio". Conforme se va reconociendo que las marcas funcionan también como indicadores de cierta calidad constante de los bienes y servicios a que se aplican, la mayoría de las legislaciones han admitido en general las licencias de marcas, siempre que se mantenga alguna vinculación entre licenciante y licenciatario de modo que se asegure una procedencia común, en sentido amplio, y un nivel razonablemente constante de la calidad de los bienes y servicios vendidos bajo la marca objeto de la licencia.<sup>8</sup>

El establecimiento de medidas controladoras de la calidad de los productos o servicios vendidos al amparo de una marca licenciada tiene un origen doble. Por un lado existe el interés del propietario de la marca en que los licenciatarios se adecuen a las características y al nivel de calidad de los productos o servicios a que se ha aplicado la marca originalmente por el propio titular. Este interés por parte del propietario obedece normalmente a la implantación de programas bien

<sup>8</sup> Véase OMPI, *Aspectos de la Protección del Consumidor relacionados con la propiedad industrial* (proyecto de memorándum revisado y preparado por la oficina internacional) BIG/260, marzo, 1981, p. 33. Véase también WIPO *The Role of Industrial Property in the Protection of Consumers*, WIPO PUBLICATION No. 648 (E), Geneva 1983, pp. 28 a 32.

estructurados cuyo objeto es precisamente la conservación y el mantenimiento de la marca como tal. Al hablar aquí de conservación y mantenimiento de la marca quizá convenga distinguir entre el registro de la marca en su acepción legal y el signo en su acepción comercial. En este caso no me refiero a la conservación del registro de la marca sino a la conservación y mantenimiento de la imagen y del prestigio de que goza la marca. La conservación de esos elementos que rodean y constituyen a la marca es lograda entre otras cosas gracias a la calidad que ha quedado impresa en un determinado producto o servicio y que se ha dado a conocer a través de la comercialización del bien marcado. Existe pues una asociación entre el signo como tal y las características del producto o servicio, misma que debe conservarse a través de las medidas que aquí se mencionan. En la medida en que dicha asociación sea conservada, en esa misma medida se mantendrá la propia marca. Esta es una cuestión elemental normalmente comprendida y practicada por todo aquel que fabrica y vende productos o servicios al amparo de una marca de su propiedad y por lo mismo los niveles de calidad de los productos o servicios del propio titular de la marca tienden a conservarse sin mayores dificultades que las que se requieren en cualquier negociación bien dirigida y administrada. Sin embargo, la situación puede o no ser la misma cuando la marca es dada en licencia. En este caso, la fabricación de los productos o la prestación de los servicios está normalmente fuera de control del dueño de la marca, existiendo la posibilidad de que el usuario autorizado desprestigie la marca al no conservar los niveles de calidad con que los productos o servicios marcados se han dado a conocer en el mercado. De ahí que exista un legítimo interés por parte del dueño de la marca en que los licenciatarios la apliquen únicamente a aquellos productos o servicios que han alcanzado el nivel de calidad de los productos o servicios originales.

Existe por otra parte, un interés igualmente legítimo por parte de los consumidores en que los productos o servicios que son ofrecidos bajo una determinada marca reúnan efectivamente las cualidades y características con que anteriormente han sido comercializados en los mercados nacionales e internacionales. Al adquirir el producto o servicio el consumidor puede estar apoyando su decisión de compra guiado por la marca que ostenta el producto o bajo la cual se ofrecen los servicios, misma que para el consumidor es suficiente garantía de que el bien adquirido reúne determinadas características. Cuando el consumidor adquiere un producto o servicio de calidad inferior a la que él esperaba —y decíamos aparentemente garantizada— se presenta

una forma de engaño o defraudación que el propio consumidor puede o no sancionar repudiando el producto y absteniéndose de patrocinar al prestador de servicios, cierto; mas sin embargo el engaño y el fraude quedaron consumados. Fraude que puede repetirse tantas veces como adquisiciones o compras se efectúen por consumidores que guiaron su compra apoyados en el signo.

En atención a este doble interés y a los riesgos visibles a que antes me referí, las legislaciones de diversos países han establecido sistemas obligatorios de control de calidad de productos y servicios vendidos al amparo de una marca dada en licencia.

Se ha pensado que no sería razonable exigir una identidad en todo sentido en cuanto a niveles de calidad en los productos o servicios vendidos u ofrecidos por el licenciario dado que existen factores de diversa índole que dificultan dicha exigencia, incluidos aquí los problemas legales, aduanales, de adquisición de materia prima, de mano de obra, etc. Sin embargo, parece razonable la exigencia de que los productos o servicios del licenciario sean de calidad equivalente y elaborados o prestados de acuerdo con las especificaciones dadas por el licenciante para la fabricación del producto o la prestación del servicio.

Los sistemas obligatorios de control de calidad están destinados a impedir que el licenciario rebaje la calidad de los productos o los servicios con los que se usa la marca. Este sistema ha sido recomendado por los redactores de la Ley-Tipo para los países en desarrollo sobre marcas, nombres comerciales y competencia desleal (BIRPI) que establece en el artículo 23 la nulidad del contrato de licencia cuando entre el titular de la marca y el licenciario no existan relaciones o disposiciones que aseguren un control efectivo, por parte del titular, de la calidad de los productos o servicios para los que se usa la marca.

En América Latina algunos países tales como Brasil, Honduras, Paraguay y México tienen disposiciones expresas de control de calidad en licencia de marcas. También en América Latina, los países sujetos al régimen de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena podrían interpretar el artículo 82<sup>9</sup> para la aplicación de controles de calidad en las licencias de marcas. En Colombia además se ha expedido un decreto<sup>10</sup> con disposiciones legales que se refieren a la calidad de los productos. A pesar de que las normas del decreto no se refieren directamente a las

<sup>9</sup> El artículo 82 de la Decisión 85 establece que todo contrato de licencia debe contener estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios prestados por el beneficiario de la licencia.

<sup>10</sup> Decreto no. 3466 de 3 de diciembre de 1982 en *Revista de Información y Consulta -legislación económica-* febrero 15/85. No. 728. Colombia, p. 24.

licencias, son aplicables a productos o servicios fabricados o prestados bajo licencia.

Un caso de interés y actual es el de la marca "Sanforizado"<sup>11</sup> propiedad de la compañía Cluett Peabody. El proceso se refiere a la fabricación de ropa de manera que ésta no encoja al ser lavada. Este proceso estuvo patentado y se concedieron licencias en muchos países. Los licenciarios autorizados a utilizar el proceso estaban en condiciones de fabricar ropa que no encogiera, con lo que sus ventas se vieron incrementadas. Los consumidores por su parte ya podían adquirir prendas de vestir que no encogerían.

Además del proceso las licencias incluían una autorización de uso de la marca "Sanforizado" de modo que las prendas fabricadas de acuerdo con el proceso fueran distinguidas con esta marca. La marca se volvió famosa.

La propietaria de la marca estableció un sistema de control de calidad que incluía un laboratorio de control de calidad donde se probaban muestras de las prendas fabricadas por los licenciarios con el objeto de asegurarse que los licenciarios habían aplicado correctamente las especificaciones y normas del proceso.

Estas operaciones provocaron que con el tiempo los consumidores compraran prendas de vestir que ostentaban la marca "Sanforizado" con la confianza de que no encogerían después de lavarse.

Después de algunos años las patentes del proceso cumplieron su término natural de vigencia, pero la marca y las licencias continuaron. La marca todavía era muy valiosa. Aunque todos podían utilizar el proceso no podían usar la marca "Sanforizado" sin autorización. La marca "Sanforizado" constituía una garantía de calidad de la prenda. Si la prenda no ostentaba esta marca el consumidor no estaba seguro sobre si encogería o no y prefería adquirir aquella que le daba una garantía de calidad. Actualmente el programa de licencias de la marca "Sanforizado" continúa en muchos países alrededor del mundo.

Algunos economistas creen que la compañía propietaria de la marca debiera dejar de serlo y que ésta debiera corresponder a los licenciarios o a nadie, de modo que todo el mundo pudiera usarla sin necesidad de pagar regalías. En el mundo real lo que ocurriría es que no faltaría quien quisiera ahorrar dinero en la fabricación de las prendas comercializándolas bajo esta marca sin haber aplicado el proceso o

<sup>11</sup> Véase O. BLAIR, Homer, *Understanding Patents, Trademarks and other Property Assets and Their Role in Technology Transfer and Licensing*. The Practical View. 10 Maguire Road, Lexington, Massachusetts 02173, U.S.A., 1978, pp. 8 y ss.

bien habiéndolo aplicado incorrectamente. Esto provocaría un auténtico engaño a los consumidores que adquirieran estas prendas con la marca "Sanforizado" bajo la creencia de que las mismas no encogerían.

Aun en el caso de que la propiedad de la marca pasara a los licenciarios no faltaría quien insistiera en ahorrar buscando las ventas por el prestigio intrínseco de la marca, con el consecuente engaño a los consumidores.

Esta operación de licencia ilustra con claridad el efecto del establecimiento de controles de calidad cuando una marca es dada en licencia. A la fecha, la marca se conserva y los licenciarios continúan enviando muestras de las prendas a las que se aplica el proceso para ser examinadas y aprobadas previa su comercialización bajo la marca "Sanforizado".

#### VI. REGISTRO DEL CONTRATO DE LICENCIA

La inscripción de contratos de licencia de marca tiene como antecedente la figura conocida como "usuario registrado". El usuario registrado es precisamente el registro del usuario autorizado ante la oficina de marcas para dejar constancia de que se ha dado una autorización de uso a un tercero distinto al propietario de la marca registrada.

En América Latina, Brasil y México fueron algunos de los primeros países con el sistema de usuario registrado. En el resto del mundo fue Gran Bretaña; por eso algunos autores como el Dr. Stephen P. Ladas identificaron a este sistema como el "sistema inglés". Aún cuando la presentación del contrato de licencia es necesaria para practicar dicha inscripción, es el usuario y no el contrato lo que constituye el objeto de la inscripción, esto es, del usuario registrado.

Sin embargo con el paso del tiempo algunos países han adoptado sistemas de inscripción del contrato que en ciertos casos constituye un requisito previo a cumplir para practicar el registro del usuario autorizado.

En algunos sistemas el contrato carece de toda validez legal si éste no ha sido inscrito. En otros, el contrato surte efectos entre las partes, pero no frente a terceros. En uno y otro caso la inscripción del contrato puede tratarse de una formalidad no sujeta a aprobación, en tanto que en otras modalidades de la inscripción el contrato debe ser examinado por la autoridad antes de proceder a la inscripción.

Sea como requisito para practicar el registro del usuario o bien para

que la operación tenga validez legal, los países que han adoptado sistemas de inscripción del contrato de licencia —con las modalidades señaladas—, atribuyen a la inscripción o registro ciertos efectos de interés para el dueño de una marca registrada.

En ciertos casos, dependiendo de la modalidad del sistema que se haya adoptado, la inscripción resulta un elemento indispensable para que el uso efectuado por el usuario autorizado le beneficie al dueño de la marca. En América Latina éste puede ser un aspecto importante si consideramos que las leyes de doce países de la región contienen disposiciones de uso como requisito para evitar la caducidad del registro o para permitir su renovación.<sup>12</sup> En los sistemas que sancionan la falta de inscripción del contrato con la ausencia de efectos de la autorización, o bien con nulidad, el uso que haga el usuario autorizado no podría ser reclamado en favor del licenciante, sino probablemente sólo por el propio licenciario que es quien realizó directamente el uso. Por contra, la inscripción impide que el licenciario pretenda tener algún derecho sobre la marca en virtud del uso que hace de ella.

Cuando la falta de inscripción del contrato de licencia no afecta la validez del pacto, lo usual será que la operación no surta efectos frente a terceros. Si se inscribe la licencia y, por tanto, se hace efectiva frente a terceros, las consecuencias resultantes podrán ser, entre otras, las siguientes:

- La licencia inscrita seguirá siendo válida incluso después de que el que ha concedido la licencia ceda el registro de la marca a otra persona o a otra empresa;
- Si la licencia es exclusiva las licencias posteriores serán nulas;
- En determinados casos el licenciario podrá iniciar acciones legales contra terceros, usurpadores de los derechos sobre la marca.<sup>13</sup>

#### VII. MARCAS NO REGISTRADAS - LICENCIAS

Usualmente el licenciante ya cuenta con un registro de la marca antes de conceder una licencia de uso. Por lo tanto, el objeto de la licencia será la autorización de uso de una marca registrada. Sin embargo, se llegan a presentar casos de licencias que tienen como objeto

<sup>12</sup> Véase: OMPI, *Situación de la Propiedad Industrial en los Países de América Latina*. Publicación OMPI No. 873(s), Ginebra 1981.

<sup>13</sup> *Ibid.*

la autorización de uso de una marca cuyo registro aún está pendiente. Es decir, de una solicitud de registro. En estos casos el objeto de la autorización en general quedará perfeccionado sólo hasta que se decida sobre la concesión del registro. Sin embargo no sería prudente afirmar que la operación carece de objeto si la marca no está registrada pues la determinación de los derechos que se tengan sobre una marca de hecho, es decir, no registrada, es una cuestión que puede manejarse con distintos criterios. Por un lado habría que analizar el carácter atributivo o declarativo del registro y determinar si efectivamente la negativa final para el registro de la marca elimina la posibilidad de que subsistan derechos sobre el signo. Efectivamente la negativa final de registro se traduce en la carencia de derechos exclusivos, pero es probable que se conserven otros derechos derivados del uso de la marca aun no habiendo exclusividad. Si tales derechos efectivamente son independientes del registro, en el sistema legal de cada país habrá de encontrarse la respuesta sobre si tales derechos únicamente puede disfrutarlos quien los engendró o bien si el ejercicio y disfrute de los derechos sobre la marca de hecho pueden ser el objeto de una autorización de uso. En un caso así, ni licenciante ni licenciario gozarían de exclusividad como tampoco podrían iniciar acciones contra usurpadores de la marca, pero probablemente puedan compartir los derechos legítimamente adquiridos por el uso efectuado por el licenciante a través de operaciones de licencia similares a aquellas que involucran una marca registrada. La cuestión implica el tratamiento de aspectos controvertidos que por ahora me abstengo de tratar en detalle pero cuya solución ameritaría el análisis de los términos en que se redactó y se pactó la operación, así como de otros aspectos que apenas han sido aquí anunciados. Todo esto, antes de concluir válidamente que únicamente las marcas registradas pueden ser dadas en uso en los sistemas donde la exclusividad se obtiene con el registro.

Sin embargo es mi opinión que si el objeto de la licencia era una marca registrada y nada más, y las partes contrataron apoyadas en la existencia de los derechos exclusivos adquiridos por el licenciante a través del registro, al desaparecer el registro desaparece el objeto del contrato. Situación muy distinta a aquella en la que los entendimientos contractuales de las partes no se apoyan en un registro marcario sino en derechos legítimamente adquiridos sobre una marca no registrada.

Finalmente es pertinente aclarar que estas observaciones no se hacen en el contexto de los sistemas de uso donde la cuestión quizá sea

menos debatible, sino en los sistemas de registro en donde sólo la marca registrada tiene exclusividad pero que también admiten la existencia de efectos jurídicos de diversa índole cuya fuente es precisamente el uso. Esto es, en el contexto de los sistemas mixtos.

#### VIII. LA AUTORIZACIÓN DE USO DE MARCAS EN EL DERECHO MEXICANO

Las primeras leyes que regularon la materia de marcas no contemplaban la posibilidad de que el signo protegido pudiera ser usado por persona distinta a su propietario.

El primer antecedente legislativo de que se tiene noticia en materia de autorización de uso de marcas está representado por la ley de marcas inglesa de 1938 que en su artículo 28 incluye disposiciones específicas sobre los términos y condiciones en que una marca puede ser dada en licencia por su propietario. En esta ley encontramos por primera vez la figura del *usuario autorizado*, posteriormente adoptada por otras legislaciones como es el caso de México.

En México, las leyes de marcas de 1889, 1903 y 1928 no incluían regulación alguna sobre licencias de marcas. El primer antecedente legislativo sobre esta materia lo encontramos en la Ley de la Propiedad Industrial de 1942 que en sus artículos 160 a 166 reproducía una parte importante del "sistema inglés" a través de la figura del usuario autorizado o registrado.

#### IX. EL SISTEMA DE LA L.P.I. DE 1942

El artículo 160 L.P.I. establecía que cuando existan entre personas físicas o morales distintas, convenciones que aseguren, por el empleo de los mismos procedimientos o fórmulas técnicas, la equivalencia de los productos fabricados, se permitirá a los diversos afiliados el empleo o uso simultáneo de la misma. En su segundo párrafo este artículo indicaba que "los productos que se vendan en éstas deberán ser fabricados según los mismos procedimientos o fórmulas técnicas en tal forma que su aspecto y su naturaleza sean equivalentes".

El artículo 164, L.P.I. disponía que para inscribir a una persona en el Registro a título de usuario autorizado de una marca, esta persona y el propietario de la marca debían solicitarlo por escrito al que se acompañarían los documentos o informes necesarios en relación con: II. las relaciones industriales y comerciales que existan entre el propietario y el usuario, suministrándose informes del grado de vigilancia

o de control que el propietario ejerciera sobre el empleo autorizado de la marca y IV. las limitaciones y restricciones que se estipulen en relación a las características de los productos, al modo y al lugar del empleo o uso autorizado.

En el artículo 165 L.P.I. la autoridad quedaba facultada para rechazar la inscripción del usuario autorizado si después del examen de los documentos consideraba que el empleo de la marca por el usuario autorizado era susceptible de originar confusión entre el público. En el artículo 166, L.P.I. se autorizaba a la autoridad para que ya fuera de oficio o a petición de parte se procediera a la cancelación de la inscripción de un usuario autorizado: "I. Cuando el usuario registrado haya utilizado la marca de una manera diversa de la autorizada, o de manera tal que haya originado errores o confusiones entre el público".

Finalmente los artículos 161 y 162 L.P.I. imponían la regla en el sentido que el empleo de una marca registrada por el usuario autorizado se consideraría como uso o empleo autorizado, siempre que el uso se ajustara a las condiciones o restricciones a las cuales estaba sometido el registro del usuario. De acuerdo con esto último, el uso autorizado de una marca se asimilaba al efectuado por el propietario de la marca para todos aquellos efectos para los cuales ese uso tuviera importancia en virtud de la ley.

Es de hacerse notar que una reglamentación tan detallada como la que se contenía en la antigua ley de la propiedad industrial sólo se encuentra en las leyes de marcas de países como Canadá (Ley de Marcas de 1953, artículo 49), Australia (Ley de Marcas parte 9, secciones 73 a 81), Israel (Ley de Marcas de 1972, artículo 50) y naturalmente Inglaterra (Ley de Marcas de 1938, artículo 28).

#### X. LAS LEYES SOBRE TRASPASO DE TECNOLOGÍA Y LA APARENTE DUPLICIDAD DE INSCRIPCIONES

Hasta el año de 1972 las licencias de marcas eran consideradas como convenciones privadas, mismas que gozaban de legitimidad siempre y cuando se adecuaban al esquema del usuario autorizado establecido en la Ley de la Propiedad Industrial de 1942. El carácter privado de este tipo de operaciones fue eliminado al entrar en vigor la primera ley que reguló el traspaso de tecnología en nuestro país: Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas<sup>14</sup> (LTT de 1972), que en su artículo 2 contenía

<sup>14</sup> Diario Oficial de 30 de diciembre de 1972.

la obligación de inscribir ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT) los contratos relativos a "la concesión del uso o autorización de explotación de marcas". Esta inscripción no era automática, pues la ley facultaba a la autoridad a examinar las condiciones económicas de contratación y a oponerse a la inscripción si el pacto violaba alguno de los 14 criterios enumerados en el artículo 7 de dicha ley. Los convenios no inscritos no producirían ningún efecto legal y, en consecuencia, no podrían hacerse valer ante ninguna autoridad y su cumplimiento no podría ser reclamado ante los tribunales nacionales (artículo 6). Con algunas modificaciones, estos mismos criterios se conservan en la actual Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y explotación de Patentes y Marcas<sup>15</sup> (LCRTT de 1982).

En virtud de la implantación del esquema anterior llegó a considerarse que las licencias de marcas en nuestro país quedaban sujetas a un régimen de doble inscripción. Al entrar en vigor la Ley de Inventiones y Marcas (LIM) de 1976 (que abrogó a la Ley de la Propiedad Industrial de 1942) se exigió que para inscribir a una persona a título de usuario autorizado ante la Oficina de Marcas las partes debían acompañar a la solicitud correspondiente una constancia expedida por el RNTT acreditando que la marca en relación con la cual se solicita la inscripción de usuario autorizado se encuentra comprendida en un acto, convenio o contrato inscrito en el RNTT.

Aquí debe mencionarse que esta duplicidad de inscripciones es sólo aparente en virtud de que los objetivos perseguidos con una y otra inscripción son distintos. La inscripción del contrato ante el RNTT ha perseguido más bien el permitir a la autoridad el examen de las condiciones económicas de contratación (de acuerdo con los criterios contenidos en los artículos 15 y 16 de la LCRTT de 1982) y particularmente el enterar a la autoridad sobre si las transacciones incluyen o no las llamadas cláusulas restrictivas. En cambio, la inscripción del usuario autorizado (mas no del contrato) ante la Oficina de Marcas ha buscado (al menos bajo el régimen de la abrogada ley de la propiedad industrial) el comprometer a las partes para que los productos o servicios vendidos por el licenciatario o usuario autorizado sean de calidad, naturaleza y forma equivalentes a los vendidos por

<sup>15</sup> Diario Oficial de 11 de enero de 1982. La LCRTT de 1982 abrogó a la LTT de 1972.

el dueño de la marca.<sup>16</sup> La inscripción del licenciatario como usuario registrado también tiene como objeto el que el uso realizado por el licenciatario se equipare al efectuado por el titular de la marca para todos aquellos efectos a que haya lugar. En virtud del carácter público que tiene el Registro de la Oficina de Marcas se considera que la inscripción del usuario autorizado sirve también para que la licencia pueda hacerse efectiva frente a terceros.

Por lo anterior, creemos que las inscripciones que deben practicarse ante el RNTT y ante la Oficina de Marcas no constituyen una duplicidad real pues se trata de dos gestiones distintas que guardan sólo relaciones accidentales.

#### XI. EL SISTEMA DE LA LIM DE 1976

Al entrar en vigor la LIM se incluyeron en este ordenamiento disposiciones relativas a la inscripción del usuario autorizado en los artículos 134 a 138 LIM. Aunque esta ley conserva en términos muy generales un esquema parecido al sistema inglés, debe destacarse la ausencia de disposiciones expresas tendientes a la implantación de sistemas de control de calidad del tipo de las que se contenían en los artículos 160, 164, 165 y 166 de la antigua ley de la propiedad industrial. Sorprende por ejemplo, el que hayan sido eliminados los mecanismos a que se refiere el artículo 160 L.P.I. para asegurar la equivalencia de los productos vendidos por el licenciatario en relación con los fabricados por el dueño de la marca. Tampoco puede uno explicarse por qué la Ley de Invenciones y Marcas ya no requiere a las partes el que proporcionen los informes a que se refería el artículo 164, II y IV, L.P.I. en relación con el grado de vigilancia sobre el empleo autorizado y sobre las limitaciones o restricciones estipuladas sobre el uso autorizado. Sorprende también el que la cancelación a que se refiere el artículo 166, L.P.I. no se haya tomado en cuenta para sustituirla con un equivalente adecuado en la LIM cuando el usuario registrado haya utilizado la marca de una manera diversa de la autorizada, o de manera tal que haya originado errores o confusiones entre el público.

En armonía con la ausencia de disposiciones detalladas en materia de control de calidad, la Ley de Invenciones y Marcas incluye las licencias obligatorias en materia de marcas (artículo 132). Las licencias obligatorias en materia de marcas estaban suficientemente desprestigia-

<sup>16</sup> Véase también artículo 62 del Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas. Diario Oficial de 20 de febrero de 1981 y 1o. de septiembre de 1982.

das en el mundo jurídico mucho tiempo antes de que se redactara la LIM por considerarse que atentan contra la esencia misma de la institución marcaria. Al tratar los contratos de autorización de uso de marcas la Ley-Tipo revela que las licencias obligatorias en esta materia son perjudiciales para el público ya que éste corre el peligro de comprar u obtener con la misma marca productos o servicios de calidad diferente. Situación diferente a las licencias obligatorias en materia de patentes que bajo ciertas circunstancias (distintas a las previstas en la Ley de Invenciones y Marcas) se ha pensado que pueden ser necesarias a fin de que las invenciones sean explotadas en el país mismo. En el caso de las marcas no existe esa necesidad ya que los productos y los servicios pueden siempre llevar otra marca.

#### XII. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE CALIDAD Y SU POSIBLE CONFUSIÓN CON LAS LLAMADAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

Es posible que la ausencia de disposiciones claras y específicas en la LIM como las que se contenían en la Ley de la Propiedad Industrial se deba a la falta de información o comprensión sobre el papel que juegan los controles de calidad en las licencias de marcas. Es evidente que para ubicar al dueño de la marca en condiciones que le permitan vigilar y controlar la calidad de los productos y servicios a los que el licenciatario aplica la marca debe permitírsele la implantación de mecanismos tendientes a la observancia de los procedimientos correspondientes.

Todo parece indicar que esta eliminación se debe a una confusión de estos mecanismos con las llamadas cláusulas restrictivas normalmente prohibidas por las leyes que regulan el traspaso de tecnología. Parece ser que los procedimientos referidos en los artículos 160 y 164, II y IV, L.P.I. fueron tomados en el contexto de las cláusulas restrictivas que permiten al proveedor intervenir directa o indirectamente en la administración del receptor (V. gr. artículo 7, III LTT de 1972 o artículo 15, I, LCRTT de 1982) y por tanto se optó por su eliminación en el capítulo de usuarios autorizados en la LIM.

Esta posible equiparación de controles de calidad con cláusulas restrictivas tampoco justifica la ausencia de controles adecuados en la LIM pues es bien sabido que cuando tales controles o intervenciones guardan relación con una autorización de uso de marca las autoridades deben permitir su implantación. Aun en los sistemas que de manera rigurosa prohíben este tipo de cláusulas se ha considerado que el carácter restrictivo de las mismas queda diluido cuando con ellas se

persigue vigilar y controlar adecuadamente la calidad de los productos o servicios vendidos por el licenciataria.<sup>17</sup>

Quizá una reflexión de quienes han tenido a su cargo la redacción de ordenamientos legales sobre la materia provocó una revisión de estos criterios a través de la inclusión de disposiciones de excepción en el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y Explotación de Patentes y Marcas (Reglamento LCRTT).<sup>18</sup> Existen tres disposiciones específicas en el Reglamento LCRTT que confirman los *correctivos* impuestos. Se trata de los artículos 42, II; 45, III y 51, I, Reglamento LCRTT en relación con las fracciones I, III y VI del artículo 15, LCRTT respectivamente. Con todo acierto estas disposiciones reglamentarias dejaron claro que las cláusulas normalmente consideradas como restrictivas y por lo tanto prohibidas en los términos del artículo 15, I, III y VI LCRTT debían de aceptarse cuando con su inclusión en el contrato se pretendiere dar cumplimiento a las disposiciones sobre control de calidad que hasta aquí hemos venido tratando.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Véase Ley-Tipo *op. cit.*, artículo 24, pp. 57 y 58. En Venezuela existe el Decreto 746 de 11 de febrero de 1975 que en su artículo 1, apartado d) considera como cláusulas restrictivas y en consecuencia de obligatoria eliminación, aquellas que impongan la obligación de utilizar un determinado sistema de control de calidad como medio de sometimiento para el beneficiario de la licencia. A pesar de esto último, aun en países como Venezuela existe la posibilidad de implantar soluciones paralelas que establezcan la inclusión de estos controles.

<sup>18</sup> Diario Oficial: 25 de noviembre de 1982.

<sup>19</sup> Artículo 15, LCRTT. La Secretaría no inscribirá los actos, convenios o contratos a que se refiere el Artículo Segundo de esta Ley en los siguientes casos:

- I. Cuando se incluyan cláusulas, por las cuales al proveedor se le permita regular o intervenir directa o indirectamente en la administración del adquirente de tecnología;
- III. Cuando se impongan limitaciones a la investigación o al desarrollo tecnológico del adquirente;
- VI. Cuando se prohíba el uso de tecnologías complementarias.

Artículo 41, Regl. LCRTT. Para la aplicación de lo dispuesto en la fracción I del artículo 15 de la Ley no se inscribirán los actos, convenios o contratos en los que el adquirente pueda contraer la obligación de ceder en forma parcial o total su administración al proveedor, ni en los que dicho proveedor pueda asumir la facultad de adopción de decisiones en áreas que no se refieran al objeto del acuerdo.

Artículo 42, Regl. LCRTT. Se exceptuará la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior en los siguientes casos:

- II. Cuando el acto, convenio o contrato, involucre uso de marcas y la obligación se oriente únicamente a mantener niveles adecuados de calidad y prestigio de los productos.

Artículo 45, Regl. LCRTT. Se considerará que existe adecuación al supuesto previsto por la fracción III del artículo 15 de la Ley, en los siguientes casos:

### XIII. ELEMENTOS DE PRESIÓN O DE COERCIÓN DE POSIBLE APLICACIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE CONTROL DE CALIDAD EN LA LIM.

Un análisis estático del artículo 137 LIM sugiere que esta disposición tiene las características de una norma *imperfecta*, pues de la lectura de esta disposición no se desprende sanción alguna como consecuencia de su incumplimiento. Sin embargo, del análisis dinámico de esta disposición —en relación con otras disposiciones de la LIM— resulta ya una norma *perfecta* con una sanción clara para el caso de que el mandato ahí contenido no sea observado por el licenciataria. Esto es así en virtud de lo dispuesto por el artículo 210 a) LIM que establece que son infracciones administrativas todas las violaciones a la LIM. Por lo tanto, habiéndose determinado una violación al artículo 137 LIM *automáticamente* queda violado el artículo 210 apartado a) LIM y consecuentemente procederá la aplicación de alguna de las sanciones a que se refiere el artículo 225 <sup>20</sup> LIM.

Otro posible elemento de presión para procurar la observancia del mandamiento incluido en el artículo 137 LIM lo encontramos en el párrafo segundo del artículo 150 de la propia ley, mismo que ha sido tomado del artículo 77 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena. El artículo 150 párrafo segundo LIM dispone que el registro de una marca podrá ser cancelado por la Secretaría cuando su titular especule o *haga uso indebido* en el precio o *calidad* de un producto o servicio amparado por la marca *en detrimento del público* o de la economía del país.<sup>21</sup>

- III. Cuando se condicione o limite en forma injustificada la incorporación de mejoras o desarrollos producidos por el adquirente, en particular, cuando no se involucren derechos marcarios.

Artículo 51, Regl. LCRTT. Constituyen excepción de lo señalado en la fracción VI del artículo 15 de la Ley, los siguientes casos:

- I. Si el acuerdo involucra la autorización del uso de una marca propiedad del proveedor.

<sup>20</sup> Artículo 255. Las infracciones administrativas a esta ley o demás disposiciones derivadas de ella, serán sancionadas con:

- I. Multa de cien a cien mil pesos. En caso de que persista la infracción podrán imponerse multas por cada día que transcurra sin que se obedezca el mandato respectivo, siempre que no exceda del máximo correspondiente.
- II. Clausura temporal hasta por 60 días.
- III. Clausura definitiva.
- IV. Arresto administrativo hasta por 36 horas.

<sup>21</sup> En relación con las críticas que han surgido por la inclusión de este artículo en la LIM por razón de utilizar un código de propiedad industrial como instrumento

Finalmente debe recordarse que cuando la LIM exige al titular de un registro comprobar el uso efectivo de la marca para conservar su vigencia,<sup>22</sup> esta obligación —a cargo del titular del registro— puede cumplirse aportando pruebas de uso realizado directamente por el titular o bien por un usuario autorizado debidamente registrado en los términos del título cuarto, capítulo V LIM (Artículos 134 a 138) —y no en otros distintos—. Hasta ahora, se ha considerado que esta inscripción formal es suficiente para que los efectos a que se refiere el artículo 136 LIM sirvan como sustituto del uso que dejó de realizarse por el titular del registro,<sup>23</sup> sin que la autoridad verifique si el usuario autorizado ha aplicado la marca dada en licencia a productos equivalentes a los fabricados por el licenciante en lo que ve a calidad, forma y naturaleza (artículo 137 LIM).<sup>24</sup> Requisito este último para que proceda la equiparación a que se refiere el artículo 136 LIM, en virtud de lo mandado por el artículo 134, LIM: "El titular de una marca registrada podrá autorizar a una o más personas como usuarios de la marca... siempre y cuando se ajuste el contrato o convenio a lo dispuesto en los artículos siguientes". En vista de que el artículo 137 está incluido dentro de los dichos "artículos siguientes", de ello se sigue que el incumplimiento del artículo 137, LIM se traduce en la ausencia de un elemento necesario para integrar completamente la fi-

---

para regular o controlar materias ajenas a la propiedad industrial, esto es, la materia de precios (en oposición a *calidad*) véase RANGEL MEDINA, David, "Las Marcas en el nuevo régimen mexicano de propiedad industrial", en *Problemi Attuali di Diritto Industriale*, Giuffrè Editores, 1977, p. 914; RANGEL ORTIZ, Horacio, *El Uso de la Marca y sus Efectos Jurídicos*, Editorial Libros de México, S.A., México, 1980, pp. 99 y 100.

<sup>22</sup> Artículo 117, LIM. El titular de una marca deberá demostrar a satisfacción de la Secretaría, el uso efectivo de la misma, cuando menos en alguna de las clases en que se encuentre registrada, dentro de los tres años siguientes a su registro. De no demostrarlo, se considerará extinguido de pleno derecho el registro correspondiente.

Artículo 140, LIM. La renovación del registro de una marca sólo procederá si el interesado comprueba en forma fehaciente su uso efectivo y continuo, es decir, no interrumpido en su aplicación a los productos o servicios que ampare.

Si una marca se encuentra registrada para proteger dos o más clases de productos o servicios, bastará, para que proceda la renovación de todos los registros, que se demuestre el uso efectivo e ininterrumpido por lo menos en alguna de dichas clases.

<sup>23</sup> Incluida aquí por supuesto la inscripción a que se refiere el artículo 135 último párrafo LIM en relación con la constancia del RNTT que debe acompañarse a la solicitud de inscripción de usuario autorizado.

<sup>24</sup> No se tiene noticia de que este tipo de actividades de inspección y vigilancia sean practicadas de oficio en algún otro país. Los desafíos en esta materia surgen en los litigios.

gura del usuario autorizado en el contexto de este capítulo de la ley y por lo tanto el uso realizado por el licenciario no podrá considerarse como el del usuario autorizado o registrado para los efectos a que se refiere el artículo 136 LIM. Esta teoría no ha sido puesta a prueba en nuestra jurisprudencia, ni ha servido de apoyo a la autoridad para objetar la validez del uso realizado por el licenciario. Sin embargo, esta situación no excluye la posibilidad de que este conjunto de disposiciones así interpretadas, se hagan valer en una contienda marcaria; interpretación que a nadie debe sorprender pues de la simple lectura de la parte final del artículo 161 y 162, L.P.I. se llegaba a la misma conclusión sin necesidad de un manejo de las disposiciones correspondientes como el que aquí ha quedado expuesto.

## LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES \*

Carlos SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO

In memoriam: Roberto L. MANTILLA MOLINA

El tema que en este estudio voy a desarrollar es uno que no está ni reglamentado expresamente por el derecho positivo mexicano, ni comentado por los tratadistas y estudiosos nacionales de la materia mercantil, salvo por lo que se indica en la nota al pie de esta página,<sup>1</sup> pero que, por necesidades de la realidad económica del país, sí se ha hecho sentir en la práctica.

No pretendo, de manera alguna, el agotar el tema, ni que mis comentarios sean la última palabra sobre el mismo, ni dar soluciones definitivas a los problemas que apuntaré. Este trabajo es más bien una revisión general, panorámica, de los problemas que se presentan con relación a la escisión en las sociedades mercantiles.

Creo que, en términos generales, los problemas que apunto y las conclusiones a las que llego son válidas para todo tipo de sociedad mercantil, pero en aras de la claridad y la sencillez en la exposición, mi examen estará enfocado únicamente hacia la sociedad anónima.

En concreto, me interesa dilucidar si es posible que una sociedad se escinda en ausencia de reglamentación legislativa expresa.

Como en todo análisis lógico de cualquier tema, empezaré por preguntar ¿qué es la escisión? El diccionario define el concepto como

---

\* Conferencia pronunciada el 13 de Octubre de 1984, en la ciudad de Guanajuato, Gto., en la "XIII Convención Anual y Seminario 1984 de Actualización del Abogado de Empresa", de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C. (ANADE).

<sup>1</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto, en su *Derecho Mercantil*, p. 453, inciso 640-a, 8a. ed. Editorial Porrúa, México, 1965, menciona que se da el fenómeno de la escisión, y lo define, mas no lo examina. ABASCAL ZAMORA, José María, en su tesis profesional, *Fusión de Sociedades Anónimas en Derecho Mexicano*, p. 14, UNAM, México, 1960, también hace mención de la figura, sin analizarla. BARRERA GRAF, Jorge, hace un breve comentario sobre el tema en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol. IV, pp. 85-87, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A. Primera Reimpresión, México, 1985.

"rompimiento, desavenencia", y dice que "escindir" es "cortar, dividir, separar".<sup>2</sup>

Es decir, escisión es la separación o división de un ente, de una entidad autónoma, en dos o más nuevas entidades también autónomas.

Así, aplicada esta definición a la materia de sociedades, tenemos que escisión es la división de una sociedad, que puede desaparecer o no, en dos o más sociedades nuevas que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propios.

Definido el concepto *a contrario sensu*, y recurriendo a una figura ampliamente conocida en la legislación y en la práctica forense nacionales, una escisión es lo contrario de una fusión. En efecto, con motivo de una fusión, dos o más sociedades se reúnen en una sola, preexistente o nueva, denominada fusionante, desapareciendo la o las otras denominadas fusionadas.

Lo contrario sucede con motivo de una escisión, ya que con motivo de la misma una o varias sociedades nuevas nacerán como consecuencia de la división de una sociedad ya existente.

Decía yo párrafos arriba que las necesidades de la realidad económica del país hacen que la escisión se haga sentir en la práctica.

Ya me permití esbozar un concepto general de lo que es la escisión, concepto referido a lo gramatical y a la forma. Trataré también de encuadrar el fenómeno dentro de esa realidad económica a la que me referí.

Como es claro, las situaciones cambiantes de la vida económica hacen necesario el que las sociedades se adapten a tales situaciones. Como es bien sabido, las instituciones mercantiles están en constante evolución y por tanto el derecho mercantil es costumbrista, es reactivo, más que proactivo, pues tipifica o reglamenta situaciones o instituciones que el uso, la costumbre, la práctica han convertido en hecho común en la vida del comercio.

Los autores extranjeros que consulté en la preparación de este trabajo, encuadran la escisión dentro del fenómeno de concentración de empresas. Esto, obviamente, no es enteramente correcto.

"La escisión no constituye directamente un fenómeno de concentración de empresas. La apariencia es incluso la contraria, pues la unidad patrimonial de la sociedad escindida desaparece, parcelándose en unidades formalmente independientes, y asimismo, en los

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, p. 558, decimoviena edición, Madrid, 1970.

supuestos más característicos de la escisión la sociedad escindida desaparece también. Un centro de decisión económica que era la sociedad dividida se ha transformado —después de la división en alguna de sus modalidades— en varios centros de decisión...

"Ahora bien, la división es, en todo caso, un 'excelente medio de redistribuir las actividades de una empresa o de varias'. La división de sociedades es así, por lo tanto, un medio de descentralización empresarial, y, al mismo tiempo, un medio de especialización, y ulterior y eventualmente, de especialización en sociedades distintas de las actividades que, antes de la división, estaban gestionadas por un conglomerado pertenecientes a una sociedad única o a un grupo de sociedades.

"Los motivos de este tipo de descentralización no son siempre los mismos. Con frecuencia se encuadrarán en procesos de racionalización económica, pero pueden también imputarse a la ejecución de una política (en términos generales) anti-monopolística."<sup>3</sup>

Específicamente, en este México de hoy ¿qué motivos puede haber para que una sociedad se escinda?

Por un lado, el ya apuntado de racionalización económica, y por otro, triste es decirlo, ante el abandono, el desdén de nuestro gobierno por el estado de derecho, de los principios de legalidad, del imperio de la ley, el de protección del patrimonio de los particulares en contra de las depredaciones expropiatorias de los gobernantes.

Al inicio de mis comentarios decía yo que ningún autor mexicano se ha ocupado de estudiar a fondo este fenómeno de la escisión. Decía yo también que el derecho mercantil es reactivo. Pues bien, esto viene al caso porque mi interés por este fenómeno —sin considerarme autoridad ni en la figura de la escisión, ni en derecho mercantil— es precisamente como reacción a dos casos de no propiamente escisión, pero sí de desgajamiento de la empresa a la que presto mis servicios, así como a un caso de, según entiendo, una verdadera escisión de una institución de crédito que, con visión profética, separó sus activos bancarios de los no bancarios y así pudo salvar a éstos de caer en manos del gobierno con motivo de la indebida, ilegal y antieconómica expropiación de los bancos privados mexicanos.

Desgraciadamente, no he podido obtener acceso a los documentos de esta escisión, y por ello mi exposición, necesariamente, quedará coja.

<sup>3</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "La Escisión de Sociedades", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*, p. 131, Ed. Cibitas, S.A., Madrid, 1978.

Otra posible razón para una escisión puede ser el constituir

"una solución a problemas internos de la sociedad escindida. La existencia de dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos, o con valoraciones contradictorias, de lo que puede ser el interés social en un momento determinado, puede superarse mediante una escisión a través de la cual se atribuya el activo social a dos nuevas sociedades, en cada una de las cuales están agrupados los socios con intereses homogéneos o con una postura semejante con relación al desarrollo de los negocios sociales. Las sociedades nuevas... tendrían por socios un grupo de intereses homogéneos. La situación conflictiva existente en la sociedad escindida habría desaparecido, distribuyéndose los socios, después de la escisión, en cada una de las nuevas sociedades creadas por la sociedad escindida".<sup>4</sup>

Ahora bien ¿qué formas reviste una escisión? Desde mi punto de vista, una escisión se puede dar de tres formas distintas.

En primer lugar, una sociedad se puede dividir en varias, desapareciendo totalmente la sociedad originaria y naciendo a la vida jurídica las nuevas sociedades en las que la primera se dividió. A esta forma de escisión me he permitido llamarla "escisión pura", o "escisión plena", o "escisión en sentido estricto".

Dentro de la escisión pura contemplo dos situaciones. Conforme a la primera, todos los socios de la sociedad escindida participarán en el capital social de todas las nuevas sociedades en las mismas proporciones que en la sociedad escindida. Esta sería una escisión pura perfecta. Conforme a la segunda, la participación de los socios en las nuevas sociedades podría ser distinta a la participación que tenían en la sociedad escindida. Esta sería una escisión pura imperfecta.

Permitaseme dar ejemplos de estas dos modalidades. El caso de una escisión pura perfecta sería el de una sociedad con diez socios, con igual participación accionaria cada uno, que se escinde en dos sociedades nuevas y en ambas participan todos y cada uno de los socios en igual proporción. Por decir, si cada socio tenía el 10% de la sociedad escindida, tendrá entonces el 10% de cada una de las nuevas sociedades. El caso de una escisión pura imperfecta sería el de la misma sociedad de diez socios con partes iguales que también se escinde en dos sociedades nuevas, pero en este caso en cada una de las nuevas sociedades participarán únicamente cinco socios, con el 20% de cada sociedad cada uno. Como es obvio, en el caso de escisiones

<sup>4</sup> DUQUE, *op. cit.*, p. 132.

puras imperfectas las combinaciones de socios y participaciones son innumerables.

La segunda forma de escisión, que es la que en la legislación y doctrina francesas se denomina "fusión-escisión", ya que participa de las características de ambas figuras, se da en dos modalidades. Una, cuando con la escisión no se produce la constitución de nuevas sociedades independientes, sino la absorción por otras sociedades ya existentes de las partes en las cuales se divide la sociedad escindida. Esta figura se conoce como "fusión-escisión por absorción". Y la segunda, más compleja, cuando otras sociedades aportan la totalidad de su patrimonio y la sociedad escindida aporta sólo una parte del suyo, a una nueva sociedad constituida al efecto. Esta figura se conoce como "fusión-escisión por combinación".

Finalmente, en tercer lugar, una sociedad se puede escindir parcialmente, mediante la segregación de parte de ella para formar con esta parte una nueva sociedad, subsistiendo la sociedad originaria con las partes no escindidas. A esta forma de escisión me he permitido llamarla "escisión parcial".

Hay autores que a esto que yo denomino "escisión parcial" lo llaman segregación.

"Entre los conceptos de segregación y de escisión existe, sin embargo, una coincidencia solamente parcial. La escisión en cualquiera de sus manifestaciones comporta la disolución de la sociedad que se escinde. La segregación, por el contrario... puede acarrear o no la disolución de la sociedad; en otros términos, la sociedad cuya fracción se segrega puede continuar existiendo o desarrollando su objeto a través de la parte de su patrimonio no segregado. En este sentido, puede decirse que entre las nociones de segregación y de escisión existe una relación de género a especie."<sup>5</sup>

No creo que se pueda hablar de una escisión propiamente dicha en el caso de que una sociedad existente desee convertirse de operadora en tenedora o "holding", mediante la transmisión a una o más sociedades nuevas de la totalidad de su patrimonio, recibiendo a cambio las acciones o partes sociales emitidas por las nuevas sociedades a cambio de la aportación. En la doctrina francesa esto se conoce como "aportación parcial de activos". Para que en verdad exista una escisión, sería necesario que la tenedora distribuyera entre sus accionistas

<sup>5</sup> URÍA, Rodrigo, conjuntamente con GARRIGUES, Joaquín, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 740, t. II, 3a. edición, Madrid, 1976.

o socios dichas acciones o partes sociales. La escisión será pura si se distribuye la totalidad de las acciones o partes sociales nuevas entre los accionistas o socios, quedándose por tanto la sociedad original sin patrimonio y desapareciendo como resultado. Y será una escisión parcial si se distribuyen nada más la totalidad de las acciones o partes sociales de cuando menos una de las nuevas sociedades.

Cabe señalar que, por contra de lo que sucede en la fusión, o en el caso de la "fusión-escisión", que requieren de la previa existencia de dos o más sociedades, una escisión pura y una escisión parcial no requieren más que de la existencia de una sola sociedad, que es la que se dividirá en dos o más nuevas sociedades.

Analicemos ahora qué problemas presenta una escisión pura.

Conceptualmente, no veo problema alguno en ello, máxime si todos los socios o accionistas están de acuerdo con la medida.

Sin embargo, la ausencia de una reglamentación legal específica sí crea ciertas complicaciones y dificultades para las cuales no hay una solución fácil.

Ahora bien, cabe sostener que conforme al principio del estado de derecho de que "todo lo que no está expresamente prohibido a los particulares, les está permitido", sí sería posible llevar a cabo una escisión pura, aun en ausencia de reglamentación específica.

La respuesta la habremos de hallar en definitiva en el concepto clásico del derecho privado de la "autonomía de la voluntad", que no es más que llevar a la práctica el principio del estado de derecho enunciado en el párrafo que antecede.

Es de explorado derecho que en materia de contratos privados —tanto civiles, cuanto mercantiles— las partes tienen plena libertad para obligarse, con la sola limitación de no ir en contra de las leyes de orden público o las buenas costumbres.<sup>6</sup>

Dentro de este orden de ideas, una sociedad puede modificar su estructura a fin de adaptarla, como antes decía, a las situaciones cambiantes de la vida económica, para hacer frente oportuna y eficazmente a los retos que un mercado y competencia vigorosos le arrojan.

"La escisión es una modificación de carácter evolutivo, cuya trascendencia para los socios y los acreedores sociales no es superior a la que tienen otras transformaciones de la estructura social expresamente admitidas... como pueden ser la fusión y la transfor-

<sup>6</sup> Vide, Art. 1830, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

mación. La mención expresa de estas modificaciones de estructura no significa que otras semejantes estén excluidas."<sup>7</sup>

Por otra parte, al tratar de definir lo que es la escisión, decía yo que dicho fenómeno es lo contrario de una fusión. Partiendo de esta base, considero que la escisión está implícita en la fusión. En efecto, suponiendo que los acuerdos de fusión de dos o más sociedades fueren revocados, al dar marcha atrás, la sociedad fusionante necesariamente habría de separarse en lo que fueron las fusionadas. Así, resulta que estamos frente a una escisión, que aunque la ley no la contemple, es dable plenamente. Y llevando este razonamiento a sus últimas consecuencias, se debe admitir que también es dable una escisión, aun cuando la sociedad a escindir no haya resultado, no provenga de una fusión previa.

"Al haberse reconocido la fusión en el sistema legal, la escisión —que en el fondo es, como se ha dicho, una fusión al revés— 'está contenida implícitamente en la misma fusión por el necesario contacto lógico y continuidad lógica entre contrarios, ya que la una constituye la imagen especular de la otra.' "<sup>8</sup>

Habiendo sentado en principio que conforme a la doctrina de la autonomía de la voluntad sí es dable una escisión, aun en ausencia de reglamentación legal específica, y que las partes pueden obligarse libremente siempre y cuando no vayan en contra del orden público y no afecten derechos de tercero, es necesario, como siguiente paso de este estudio y para determinar si no hay infracción a dicho orden público o afectación a derechos de terceros, el examinar los problemas que suscitan tanto los derechos y protecciones de las minorías y de los acreedores, cuanto ciertos aspectos de orden público.

Examinemos pues algunos de estos problemas.

En primer lugar, como ya dijimos, habiendo unanimidad en la voluntad de los socios no se presentarán, como es obvio, problemas de minorías. Pero ¿qué sucede en caso de que haya socios diferentes? ¿Y en caso, bien de una oposición total por parte de una minoría, o de una oposición parcial, que estando de acuerdo con la escisión en sí, no lo están en cuanto a detalles de la misma?

<sup>7</sup> DUQUE, *op. cit.*, p. 150.

<sup>8</sup> SIMONETTO, *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca. Della società, Trasformazione e fusione della società*, Bologna-Roma, 1971, pp. 133-134. Citado por Duque, *op. cit.*, p. 150.

En principio, debemos recordar que en materia del gobierno interno de sociedades, en particular en el caso de las anónimas, hacia las cuales se concentra este examen, rige el principio de mayorías. Esto es, en términos de lo que dispone el artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), "las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley".

Por tanto, cabría concluir, conforme a este principio, que una resolución sobre escisión obligaría a los disidentes, de igual forma que los obliga una resolución sobre fusión, pues en ambos casos desaparecerá una sociedad y subsistirán otra u otras.

Pero, al mismo tiempo, surge la interrogante. En un caso como el que se contempla ¿pueden los socios mayoritarios imponer su voluntad sobre los disidentes?

Para tratar de resolver este problema nos referiremos al caso, si reglamentado, de la fusión.

El artículo 206 de la LGSM concede a los disidentes el derecho de separarse de la sociedad en los casos de cambio de objeto, cambio de nacionalidad o transformación de la sociedad. Pero no se otorga este derecho en los casos de fusión.

Ante esta situación cabe preguntar por qué para estos tres casos sí se concede el derecho de retiro, mas no para los casos de fusión, siendo que en algunos casos una fusión es de mayor trascendencia que una mera transformación, como por ejemplo, el caso de transformación de sociedad de capital fijo a sociedad de capital variable.

Rodríguez y Rodríguez se refiere expresamente a este problema y apunta:

"Es cierto que la hipótesis de fusión, a la que expresamente se refiere la fracción VII (del artículo 182), no ha sido citada en el artículo 206, pero no es menos cierto que esta exclusión no puede interpretarse como negativa legal. En primer término, porque lógicamente no puede negarse para el caso de fusión lo que expresamente se concede para el caso de transformación, que con frecuencia tiene menos trascendencia jurídica; sistemáticamente porque si han de aplicarse a la transformación de sociedades las normas sobre fusión, parece normal la proposición contraria (art. 228), y porque siendo un caso evidente de laguna legal, la interpretación extensiva es completamente adecuada.

"Por consiguiente, parece indiscutible que los socios de la anónima tienen también un derecho de separación cuando hubieren votado

en contra del acuerdo de fusión. Así se les reconoce de un modo expreso en el Anteproyecto de Código de Comercio Mexicano."<sup>9</sup>

Por otra parte, cabe también un argumento de orden constitucional. Nuestra Ley Fundamental garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, entre otras, la libertad de asociación. Corolario necesario de la libertad de asociación es la libertad de no asociarse. Por tanto, si yo soy socio de tal o cual sociedad, lo soy precisamente porque me interesa o me conviene ser socio de esa sociedad y precisamente de esa sociedad y no de ninguna otra. Así, si los socios mayoritarios acuerdan una fusión, como resultado de la cual yo habré de devenir socio en una o más sociedades nuevas, con quizá otros socios con quienes no me interese o no me convenga asociarme, debo estar en libertad de retirarme de la sociedad y de que se me liquide mi aportación. Es decir, no se me puede obligar a mantenerme asociado en contra de mi voluntad y por tanto, tendré derecho de retirarme libremente y sin perjuicio para mi patrimonio.

Ahora bien ¿qué validez jurídica tienen los argumentos arriba señalados, el de interpretación, que ofrece el doctor Rodríguez y Rodríguez, y el constitucional, que arriba expongo? Creo que lógicamente se puede sostener que en los casos de fusión sí debe existir un derecho de retiro. Pero en la práctica, dentro del ámbito del derecho positivo, creo que no se puede sostener la existencia de tal derecho.

Es cierto que el artículo 228 de la Ley dispone que "en la transformación de sociedades se aplicarán los preceptos contenidos en los artículos anteriores de este capítulo", que se intitula, precisamente, "De la fusión y transformación de sociedades". Pero el hecho de que la norma disponga que para un determinado caso —la transformación— se apliquen las disposiciones relativas a otra situación —la fusión— no quiere decir que inversa y automáticamente las disposiciones específicas que sí se hayan dado para el primer caso —la transformación— se deban aplicar también al segundo —la fusión—, sobre todo en un asunto tan delicado como lo es el derecho de retiro de los socios. Dicho de otra forma, las disposiciones relativas a fusión son supletorias en caso de transformación; pero ese carácter supletorio no hace que recíprocamente las disposiciones expresas relativas a la materia suplida deban ser a su vez supletorias de la primera. La suple-

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, t. II, p. 526, 5a. edición, revisada y actualizada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Editorial Porrúa, México, 1977.

toriedad se da siempre por disposición expresa de la ley y nunca puede ser inferida.

Tampoco obsta lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional. Si bien este precepto permite que en materia civil se acuda a la interpretación jurídica de la ley, primeramente se debe estar a la letra de la misma, sobre todo cuando la letra es clara. Si la LGSM permite el derecho de retiro para ciertos casos, mas no para otros, la única conclusión válida es que el legislador no quiso incluir casos diversos dentro del derecho de retiro; de haberlo querido, lo habría incluido. Que sea o no una más o menos clara laguna de la ley no es, en mi opinión, fundamento para su validez jurídica.

Ahora, por lo que toca al argumento constitucional, si bien en principio es válido, el mismo no es aplicable al caso. Sostener lo contrario equivaldría a sostener que cualquier socio podría exigir su retiro en cualquier caso en que se modificara la situación original de la sociedad, ya que ello implicaría una modificación a su voluntad inicial de asociación. Se podrá alegar que esto implica una violación a una norma constitucional, que es de aplicación preferente sobre cualquier norma secundaria emanada de ella. Pero no hay tal violación. La Ley reconoce que en ciertos casos no es dable exigir unanimidad en las resoluciones de los socios, sobre todo en sociedades de capital, en las cuales el número de socios llega a ser sumamente grande. Por tanto, los socios aceptan, como condición de la asociación, que en ciertos casos deberá prevalecer la voluntad de las mayorías. Esta aceptación no implica una renuncia a una garantía constitucional, que por otra parte no es renunciable. Esta aceptación es una libre expresión de la voluntad de la persona al asociarse, en la cual acepta, en ejercicio de su libertad de asociación, que tal asociación será regida precisamente por tales o cuales reglas, que son las señaladas sea en la Ley, sea en la escritura constitutiva y en los estatutos de la sociedad.

Lo anterior me lleva a otra pregunta. ¿Es aplicable este análisis, hecho en función de la fusión, al caso de la escisión? Creo que la respuesta debe ser por la negativa. En efecto, por lo que toca al derecho de retiro, si bien el argumento lógico nos indicaría que al igual que en el caso de la fusión, sí se debería reconocer esta facultad, por la trascendencia que la escisión implica para la vida social, si la figura es desconocida para nuestro derecho positivo, malamente se le puede invocar para reglamentar algo que para la ley no existe.

Por lo que toca al argumento constitucional, creo que el mismo tampoco resulta aplicable, sobre todo en el caso de la escisión pura

perfecta, ya que el disidente no sufrirá merma alguna. Seguirá siendo socio de sus mismos y anteriores socios, respecto de los mismos negocios, en las mismas proporciones, pero en vez de que éstos queden bajo la sombra de un solo paraguas corporativo, serán ahora dos o más nuevos paraguas los que amparen sus intereses.

Ahora bien, examinando las dos modalidades contempladas para una escisión pura, la perfecta y la imperfecta, considero que se debe tener en cuenta otro principio básico, rector, en materia de sociedades anónimas, que es el que se refiere a la igualdad de los socios. Este principio encuentra expresión en el artículo 112 de la LGSM, que dispone que "las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos". Esta disposición se encuentra reforzada por lo previsto en el artículo 17 de la propia Ley, que dice que "no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias".

Conforme a este principio de igualdad, considero que una escisión pura perfecta será válida, ya que todos los socios participan por igual en todas las sociedades resultantes. Pero la solución puede variar, en el caso de una escisión pura imperfecta, en función de cómo se distribuya el patrimonio de la sociedad escindida. Para esto hay que tomar en cuenta dos criterios.

Uno, el monetario, referido únicamente al valor en dinero de las participaciones resultantes de los socios. Se podría argumentar, conforme a este criterio, que si la participación de un socio en una o más de las sociedades resultantes es de igual valor monetario a la de su participación en la sociedad escindida, no habrá sufrido perjuicio alguno y que, por tanto, la escisión debe tenerse por válida.

El segundo criterio estará referido a la calidad de los activos que integrarán el patrimonio de las sociedades resultantes. No es lo mismo, aunque tengan en libros el mismo valor monetario, el ser dueño de una cartera de clientes de dudosa recuperabilidad, por muy alto que sea su monto, a ser dueño de un inmueble de igual valor, o de títulos con valor de rescate garantizado, o de efectivo. Conforme a este criterio, para que la escisión sea válida, deberá procurarse obtener que la calidad de los activos asignados o aportados a cada una de las sociedades resultantes sean de igual o muy semejante calidad. De lo contrario, se afectarán adversamente los intereses de los socios que participen en la sociedad que reciba los activos de menor calidad relativa y esto hará improcedente la escisión.

La siguiente situación que se presenta es la relativa a la protección

de acreedores. Creo que este problema, aun en ausencia de reglamentación legal específica, es de fácil solución, mediante la aplicación al caso de las disposiciones semejantes aplicables a la fusión (artículo 225 de la LGSM). O se obtiene el consentimiento de los acreedores para la escisión, o se liquidan los créditos de los que se opongan. En este caso tiene importancia también lo que arriba se apuntó respecto de la igualdad de los socios en su participación en el patrimonio de las nuevas sociedades. Creo que igual trato se debe dar a los acreedores que a los accionistas. Si todos los acreedores bien participan en igual medida y proporción en todas y cada una de las nuevas sociedades, o bien resultan acreedores de sólo una de ellas pero con garantía de su crédito de todas las demás, conjunta y solidariamente y de mancomún, no habrá problema en cuanto a la garantía de los adeudos. Pero si se pretende que un acreedor determinado lo sea solamente de una de las nuevas sociedades, puede darse una afectación adversa a los intereses del acreedor en función de la calidad de los activos que respalden su crédito. Y sobre el particular cabe advertir que también se deberá dar amplia publicidad a la decisión, para así garantizar que todos los posibles afectados puedan externar su parecer.

Bien, ya vimos qué efectos tiene una escisión respecto de los acreedores de la sociedad escindida. Veamos ahora los efectos de una escisión respecto del patrimonio, de los accionistas y de los trabajadores de la sociedad escindida; respecto de la sociedad escindida misma; así como respecto del fisco.

En primer lugar, tenemos, en el caso de una escisión pura, una transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad escindida. Y se habla de patrimonio porque la transmisión incluye tanto activos, cuanto pasivos; es decir, la universalidad de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad escindida. En segundo lugar, y precisamente por transmitirse la totalidad del patrimonio, tenemos que la transmisión se hace a título universal. En tercer lugar, si bien la transmisión se hace a título universal, la misma consiste en una serie de aportaciones o transmisiones a título particular, ya que las varias sociedades resultantes de la escisión recibirán tan sólo una parte de la universalidad del patrimonio escindido. En cuarto lugar, la transmisión tiene lugar simultáneamente. Y en quinto lugar, salvo el caso obvio del dinero, la transmisión se hace en especie.

El siguiente punto a examinar es el relativo a los efectos sobre la sociedad escindida misma. Según la modalidad, si es una escisión plena, una fusión-escisión, o una escisión parcial, el efecto será otro.

En los dos primeros casos —de escisión plena y de escisión-fusión— la sociedad escindida desaparecerá. Es decir, quedará disuelta.

Por contra, en el caso de la escisión parcial, la sociedad escindida permanece, continúa; con un patrimonio reducido, ya que el resto se habrá transferido a una o más sociedades resultantes de la escisión. En este caso, habrá una liquidación parcial de la sociedad escindida, mas no habrá una disolución pues, como digo, ésta continúa en existencia.

Considero que este problema de la disolución de la sociedad escindida presenta dificultades especiales, ya que ni obviamente la escisión, por no estar reglamentada, ni alguna otra forma similar, como lo podría ser una cesión global del patrimonio, están contempladas como causas de disolución en la LGSM. Por tanto, podría pensarse que, en principio, no puede desaparecer la sociedad escindida si no se da alguno de los supuestos de disolución que señala la Ley.

Examinando el artículo 229 de la LGSM, me ocurre pensar que hay tres causas que dan fundamento a la disolución legal de la sociedad escindida.

En primer lugar, conforme a la fracción II, porque al haber transmitido la sociedad escindida la totalidad de su patrimonio a las sociedades resultantes quedará la primera imposibilitada de seguir realizando el objeto social.

En segundo lugar, conforme a la fracción III, porque al tomar los socios el acuerdo de escisión, acordarán también, simultáneamente, la disolución de la sociedad escindida.

Y en tercer lugar, conforme a la fracción IV, porque al dejar los accionistas de ser socios de la sociedad escindida, para pasar a serlo de las sociedades resultantes, el número de socios de la primera habrá caído por debajo del mínimo legal.

En términos de ley, al haberse disuelto una sociedad, procede liquidarla. Creo que esto no ofrece problema en el caso de la escisión, ya que conforme al artículo 240 de la LGSM, "la liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato social o a la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad".

Así, el acuerdo de escisión prevendrá la manera de liquidación, al disponer qué bienes y obligaciones en particular se deben asignar o aportar y a cuál de las sociedades resultantes. Con esto se cumple con lo dispuesto por el artículo 240 de la ley.

Veamos ahora qué sucede con los accionistas.

— Ya analicé algunos efectos al hablar del principio de igualdad de los socios. Creo que esto cubre básicamente las consecuencias de naturaleza mercantil.

Pero hay que también prever los efectos fiscales, tal y como pudiera ser el que por importar la escisión la disolución y liquidación de una sociedad, el fisco reputara causado el impuesto sobre la renta sobre utilidades retenidas o sobre utilidades capitalizadas en el pasado.

Me limito a señalar estos posibles efectos, sin ahondar en ellos.

Finalmente, aunque sale del ámbito propiamente dicho del derecho mercantil, debo también mencionar, aunque sea brevemente, los efectos de la escisión respecto de los trabajadores de la sociedad escindida y respecto del fisco.

Por lo que toca a los primeros, a los trabajadores, creo que conforme a nuestra legislación laboral vigente las sociedades resultantes de la escisión serán patrones substitutos, con todas las obligaciones que para la especie impone la ley. Habrá que examinar qué posible oposición podrían presentar los trabajadores a la escisión, ya que si las obligaciones laborales de la sociedad escindida estaban respaldadas por la masa universal del patrimonio de ésta, al dividirse dicho patrimonio entre las dos o más sociedades resultantes, la masa patrimonial que garantice las obligaciones laborales de éstas será abviamente menor, lo que, en un momento dado, podría considerarse lesivo a los intereses de los trabajadores. Quizá la solución radique —en ausencia del patrón sustituido, que desapareció— en que la obligación solidaria que por seis meses la Ley Federal del Trabajo impone a éste, al patrón substituido, se asuma solidaria y mancomunadamente, por el plazo de seis meses que señala la ley, por todas las sociedades resultantes.

Y por lo que hace al fisco, como la escisión importa una enajenación de activos, será necesario obtener de la autoridad una autorización especial para que no se haga una estimativa, que podría hacer tan onerosa la escisión, sobre todo en épocas de gran inflación monetaria, que la misma resultara incosteable.

Finalmente, lo que sí parece inevitable, conforme a la legislación actual, es la causación del impuesto al valor agregado.

Por último, me quiero referir a un problema de orden público, que es el relativo a la personalidad jurídica de las sociedades nuevas resultantes de una escisión.

El problema consiste en determinar si es posible la creación de las sociedades resultantes de una escisión a través del mero acuerdo corporativo de la sociedad escindida, o si bien es necesario sujetarse a

un procedimiento formal, como el señalado en los artículos 5o., 89, 90, 91 y demás relativos de la LGSM.

Primeramente, las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica en función de lo dispuesto, por una parte, por la fracción III del artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que dice: "Son personas morales: . . . III. Las sociedades civiles o mercantiles"; y por otra parte, por el artículo segundo de la LGSM, que estatuye que "las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios".

Por otra parte, el artículo 2o. de la LGSM dice que también "las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica". Estas son las sociedades conocidas como irregulares.

¿Qué diferencia hay, pues, entre una sociedad regular y una irregular, si las dos tienen personalidad jurídica? Que "quienes realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados".<sup>10</sup>

Finalmente, el artículo 4o. de la propia LGSM establece que "se reputarán sociedades mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta ley".

Como artículo previo habrá que determinar cuál es el camino, desde el punto de vista corporativo, que se debe seguir para una escisión. Creo que la respuesta se debe basar en la LGSM y que por tanto la misma no es difícil. Al igual que otras decisiones trascendentes en la vida de una sociedad, y por afectar una decisión sobre escisión los intereses primordiales tanto de la sociedad misma, cuanto de sus socios, creo que la decisión sobre la escisión corresponde tomarla a una asamblea general extraordinaria de accionistas. La asamblea deberá resolver si la sociedad debe o no escindirse y en caso positivo, los detalles de la escisión misma: número de sociedades resultantes, forma de integración y monto del capital social de las mismas, estatutos que habrán de gobernarlas, y demás detalles que por regla general corresponden a la escritura constitutiva de una sociedad. Dicho de otra forma,

<sup>10</sup> Artículo 2o., LGSM.

el acuerdo de escisión se convertirá en la escritura constitutiva de las sociedades resultantes y, por tanto, deberá contener las menciones que, en nuestro derecho positivo, exige la LGSM para la constitución de sociedades.

¿Es suficiente este acuerdo de asamblea, que contenga todas las menciones y referencias que la LGSM exige para la constitución de una sociedad y que esté debidamente protocolizado para dar origen a las sociedades resultantes de la escisión?

En mi opinión, la respuesta debe ser en la afirmativa. Suponiendo que se reúnen los requisitos administrativos previos (permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; en su caso, autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, etc.), considero que un acuerdo de asamblea de escisión, protocolizado ante Notario basta para dar origen a las nuevas sociedades, siempre y cuando el acuerdo de escisión contenga las menciones y requisitos que señalan los artículos 6o. y demás relativos de la LGSM; y que las sociedades así formadas tendrán personalidad jurídica, a la luz de las disposiciones del Código Civil y de la LGSM arriba transcritas.

En efecto, el acuerdo de escisión deberá mencionar los nombres, nacionalidad y domicilio de las cuando menos cinco personas que serán los accionistas de las nuevas sociedades. Estos son los mismos accionistas de la sociedad escindida. Y contendrá también todas y cada una de las menciones que se exigen en la ley, así como el detalle de qué derechos y obligaciones, qué partes del patrimonio social original se transfieren y a cuál de cada una de las sociedades resultantes. Sus propios estatutos serán los de las nuevas sociedades. Y una vez protocolizado el acuerdo, el mismo se inscribirá en el Registro Público.

Es obvio que este procedimiento es distinto, atípico del que normalmente se sigue para constituir una sociedad. Pero cabe señalar que la ley no exige más que el que la sociedad se constituya ante notario, requisito que se reúne al protocolizarse el acuerdo de escisión, y que la escritura constitutiva contenga las menciones que señalan los artículos 6o., 89 y 91 de la LGMS, menciones que se incluirán en dicho acuerdo de escisión.

Se podrá alegar que es necesaria la comparecencia ante el notario de los accionistas. No creo que la ley exija esto. Lo que se exige es que haya cinco socios cuando menos, y que los nombres, nacionalidades y domicilios de cada uno de ellos se mencionen en la escritura constitutiva. Obviamente, deberá constar la expresión de voluntad de los socios, en el sentido de desear constituir la o las nuevas sociedades.

Esta voluntad se manifiesta al votar en la asamblea de la sociedad escindida en favor de la escisión. Y el delegado de la asamblea para protocolizar el acuerdo de escisión será el mandatario de los accionistas de la sociedad escindida en cuanto a la comparecencia ante notario.

Así, pues, en conclusión, repito la pregunta que me formulé al inicio de esta plática.

¿Es posible —conforme al derecho positivo mexicano— que una sociedad se escinda en ausencia de reglamentación específica?

Creo que la respuesta es ya aparente de lo expuesto. A pesar de no haber disposición legal alguna que de manera expresa reglamente una escisión, sí es posible llevarla a cabo legalmente.

Espero haber sido claro en mi exposición y mis razonamientos. Por el honor y la cortesía de su atención, a todos ustedes, amigos de ANADE, muchas gracias.

## LAS CODIFICACIONES DEL DERECHO PRIVADO MEXICANO EN EL SIGLO XIX

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.* II. *Antecedentes históricos.* III. *La codificación civil.* IV. *La última dictadura de Santa Anna.* V. *La codificación procesal.* VI. *La codificación mercantil.*

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Hablar de la codificación representa un esfuerzo tal que rebasa por mucho los límites de un sencillo trabajo como este: varios volúmenes serían necesarios para tan colosal empresa. Sin embargo, si queremos estudiar el fenómeno de la codificación en México, debemos mencionar sus antecedentes, pues de lo contrario difícilmente lo entenderíamos; en efecto, la codificación representa muchas cosas en la historia del derecho y no únicamente una nueva técnica legislativa del siglo XVIII: significa el triunfo de la razón, del principio del Estado de derecho, de la democracia y de la burguesía; de ahí que comencemos revisando los antecedentes históricos de la codificación moderna. Después de ello pasaremos a tratar dicho fenómeno histórico-jurídico en el siglo XIX.

En estricto sentido solamente tendríamos que hablar del mismo en el campo del derecho civil y del derecho mercantil; no obstante ello, hemos considerado oportuno tratar también la materia procesal por dos razones: primera, porque la concepción iuspublicista del derecho procesal es muy reciente, de muy avanzado el siglo XX (recuérdese el Plan Gayo) y, segunda, porque cuando se planteaba la legislación del derecho sustantivo, concomitantemente se hacía del derecho adjetivo, de tal suerte que es impensable un código adjetivo sin referirlo a su correspondiente código sustantivo y viceversa, e incluso la materia mercantil y la procesal mercantil quedaron comprendidas en un solo código, el de Comercio. Así pues, esas son las razones por las que hemos decidido incluir un inciso de la codificación procesal.

Por último, antes de pasar al fondo del trabajo, queremos destacar el hecho de que hemos destinado un inciso especial a la legislación de

la última dictadura de Santa Anna, por la importancia que ésta tuvo en nuestra historia jurídica del siglo pasado, ello no porque trascendiera, sino porque fue un periodo muy breve —dos años— en que se produjo una legislación intrínsecamente muy valiosa.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No es exagerado afirmar que los antecedentes de la codificación, en cuanto técnica jurídica, hunden sus raíces hasta la Escuela de los Glosadores de los siglos XI a XIII. En efecto, la influencia de la Escolástica, con su método inductivo y el principio de los universales, impulsó a los grandes maestros de Bolonia, que tenían que trabajar con el casuismo del derecho justiniano, a tratar de desentrañar los conceptos generales o universales que informaban las grandes enseñanzas contenidas subyacentemente en el *Digesto* y demás compilaciones bizantinas; tendencia que fue refrendada por el pragmatismo de los posglosadores o comentaristas.<sup>1</sup>

Ahora bien, la idea de la codificación como tal surge en Alemania en el siglo XVII con la señera figura de Gottfried Wilhelm Leibniz en su obra *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* de 1667, en que un genio de la matemática, que supo dar un fin trascendente a la concepción mecánica del universo, planteó una nueva técnica legislativa, profundamente lógica y revolucionaria,<sup>2</sup> el cual, a su vez, supo recoger toda la tradición del jusnaturalismo racionalista.

Para entender mejor lo que fue el jusnaturalismo racionalista tenemos que partir del pensamiento aristotélico-tomista y sus avatares hasta el siglo XVII, así como la filosofía racionalista de ese mismo siglo, antecedentes inmediatos de aquél.

El pensamiento aristotélico-tomista alcanza su máximo esplendor con la Escolástica de los siglos XII y XIII, iniciando su decadencia a partir del XIV, debido principalmente al nominalismo y al voluntarismo, para renacer en el siglo XVI en España<sup>3</sup> en las personas de Vitoria, Molina,

<sup>1</sup> Cfr. MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 2ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1983, pp. 136-141.

<sup>2</sup> Cfr. WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. F. Fernández Jordon, Madrid, Aguilar, 1957, p. 293.

<sup>3</sup> Como antecedente podemos citar a la llamada Escuela Dominica de principios del siglo XVI, en donde destacan el cardenal Cayetano (Tomás de Vio) y Ferrara (Francisco Dei Silvestri), ambos generales de la Orden de Predicadores; los que indiscutiblemente van a influir en otro dominico: Vitoria. También tenemos que mencionar al cardenal Roberto Belarmino, como un antecedente de esta segunda Escolástica. Cfr. GIACON, Carlo, "La Segunda Escolástica siglos XVI-XVII" en *Historia*

Soto, Suárez y Vázquez de Menchaca, como más sobresalientes: lo cual se debió en gran medida a las siguientes causas: la polémica sobre la justificación de la penetración española en América;<sup>4</sup> al ambiente del Siglo de Oro español, que evidentemente transpiraba cultura por todos los poros,<sup>5</sup> y al movimiento de Contrarreforma que tuvo un grandísimo sostén en la península ibérica.

El jusnaturalismo de corte tradicional aristotélico-tomista tuvo al principio de la Edad Moderna una fuerte oposición en los países del norte de Europa, fundamentalmente por su adición a la Reforma protestante, lo que se originaba en dos vías: el rechazo al tomismo por parte de Lutero, y posteriormente de Calvino, así como por el hecho de que la doctrina tradicional del derecho natural estaba estrechamente vinculado a la teología moral católica.

Primero Vázquez de Menchaca, pero sobre todo el holandés Hugo Grocio, intentan salvar estos obstáculos confesionales, buscando un derecho natural aceptable por todas las religiones, dando inicio a lo que ha sido calificado como "secularización" de lo que se llamó el derecho natural laico,<sup>6</sup> para resaltar su emancipación de la teología moral.

Por otro lado, no olvidemos que el siglo XVII fue el inicio del racionalismo, según la formulación de Descartes, por lo que tenemos que considerar que aquellos aspectos teológicos sustraídos a la doctrina del derecho natural tradicional fueron suplidos por el racionalismo, o más precisamente por la razón, con su búsqueda de una imagen unitaria y monotética de la naturaleza y de la sociedad, cognoscible por la mera utilización de la razón, exenta de autoridades, según ha descrito con toda precisión Franz Wieacker.<sup>7</sup>

de la *Filosofía*, obra colectiva bajo la dirección de Cornelio Fabro, trad. G. Termenón Solís, Madrid-México, Rialp, 1965, pp. 557-605.

<sup>4</sup> Sobre el tema de la justificación de la penetración española en Indias hay una abundantísima y excelente bibliografía; en nuestro medio los trabajos más completos y brillantes corresponden indiscutiblemente a don Silvio Zavala, entre los que podemos destacar: *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, 2ª ed., México, Porrúa, 1971, 621 p.; y en ámbito internacional el más reciente es el de Paulino Castañeda Delgado: *Los memoriales del poder Silva sobre la predicación pacífica y los repartimientos*, Madrid, CSIC, 1983, pp. 1-213.

<sup>5</sup> Las expresiones culturales del Siglo de Oro español fueron amplísimas no sólo en el terreno literario o en el filosófico sino además en las artes plásticas, recuérdese a Velásquez y El Greco. Fue la época de los grandes místicos como Santa Teresa de Jesús y San Juan de la Cruz y por supuesto fue el tiempo de las conquistas indianas.

<sup>6</sup> Cfr. VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de M. de la Cueva, reimpresión, México, UNAM, 1983, p. 205 y ss.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 202.

Es en Alemania donde se perfeccionará este "derecho de la razón" ya emancipado de la teología moral; es decir, los filósofos alemanes de los siglos XVII y XVIII van a lograr esta síntesis entre un jusnaturalismo laico y el racionalismo, en lo que se llamó el *iusnaturalismo racionalista*, el cual tiene dos postulados principales: fundamentar el derecho natural en la razón y buscar la estructuración del sistema jurídico siguiendo los más genuinos métodos de las ciencias exactas y más concretamente de las matemáticas.

El padre del jusnaturalismo racionalista fue Samuel Pufendorf (1632-1694), el genio de esta escuela fue Leibniz (1646-1716) y el gran constructor lo fue Christian Wolff (1679-1754); tercia de intelectuales alemanes creadores y realizadores de esa corriente iusfilosófica que el mundo contemporáneo tanto le debe (constitucionalismo, derechos humanos, derecho internacional, codificación y un largo etcétera) que vinieran a constituir la "ilustración jurídica".

Como apuntamos antes, para entender el valor de la codificación en la época contemporánea tenemos que contemplar cuáles eran las técnicas legislativas en el Antiguo Régimen, y particularmente tratándose del derecho privado. Si en una palabra pudiéramos sintetizar esa situación sería precisamente "desorden". En efecto, el mundo jurídico del Antiguo Régimen se veía dominado por unos jueces que más que aplicadores eran verdaderos creadores del derecho, cuyas sentencias no encontraban más límites que sus propias conciencias, no se fundaban en una ley sino en una autoridad (doctrina), ni siquiera en los precedentes, pues las orientaciones legislativas constituían un conjunto abigarrado y multiforme de "leyes", contradictorio y heterogéneo, cuya máxima expresión de orden eran las "recopilaciones", florilegio ampuloso, reiterativo y retórico, que trataban de todo, que más se preocupaban de acumular que de ordenar, y con una sistematización muy primitiva.<sup>8</sup>

El siglo de la razón no podía aceptar lo irracional de este sistema; por ello, para contrarrestarlo se propuso hacer códigos.

Ahora bien, ¿qué es un código en sentido moderno?

Podemos afirmar que un código es una ley que regula toda una rama del derecho, de manera homogénea, sistemática y articulada, con un lenguaje breve y preciso.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 500 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. PESET, Mariano, "Una interpretación de la codificación española" en: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 665-686.

Explicemos esta definición. Pero antes de ello recordemos que entre los principales postulados de la Ilustración estaban el Estado de derecho, la división de poderes, el principio de la legalidad y el de la igualdad de todos los hombres, que era el triunfo de la burguesía y consecuentemente la implantación de los valores burgueses, principalmente el de la "seguridad". En este orden de ideas, era muy importante la función de la ley, como expresión de la "voluntad general"<sup>10</sup> y garantía de igualdad y de seguridad de los particulares en sus relaciones con el mundo jurídico.

Por ello, el código era una acción del legislativo, como exponente genuino de la nación, que en un solo acto lo expedía: a partir de ese momento se acababa la anarquía jurídica anterior y los jueces se veían constreñidos a aplicarlo exactamente; es decir, que de creadores pasaban a ser aplicadores del derecho, lo cual acarrea una enorme seguridad jurídica, tan cara para la burguesía en esos momentos —fines del XVIII y principios del XIX— en que se hacía cargo de la situación.

La estructuración de los códigos modernos: libros, títulos, capítulos y artículos, junto con la utilización de un lenguaje claro, sencillo y preciso, van a hacer de estos nuevos cuerpos legales verdaderas piezas de la ingeniería racionalista.

Igualmente diremos que en los códigos siempre se vio la cristalización práctica de un derecho justo.

Por otro lado, en esta misma época surgen las constituciones modernas, siendo la primera la norteamericana de 1787, las cuales no son otra cosa más que la síntesis de todas las ideas políticas de la Ilustración, tales como la democracia, la división de poderes, el reconocimiento de los derechos humanos, el Estado de derecho, etcétera. Ahora bien, ¿qué es la constitución sino un modo de codificación, o sea la codificación del derecho político, pero no de cualquier derecho político, sino de aquel que pugnaba por la implantación de esos principios fundamentales?, por ello el constitucionalismo moderno no es otra cosa que el triunfo de esos principios políticos, recogidos por una ley suprema y fundamental, o mejor dicho código supremo y fundamental.

La codificación y el constitucionalismo fueron las dos aportaciones jurídicas más importantes de la Ilustración; por ello al triunfo de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y principios del XIX,

<sup>10</sup> En el concepto de J.J. Rousseau. Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, 6a. Ed. Madrid, Alianza Editorial, 1978, t. II, p. 264.

las mismas fueron partes fundamentales de los proyectos liberales, ya que el liberalismo fue la concreción fáctica en el campo político de las ideas de la Ilustración.

Indiscutiblemente el primer gran código de derecho privado en el mundo fue el de los franceses o *Code Napoléon* de 21 de marzo de 1804, seguido del *Code de procedure civil*, del *Code de Commerce*, del *Code d'instruction criminelle* y finalmente del *Code penal* de 1810; sin embargo no fueron los primeros, ya que anteriores a éstos fueron los códigos bávaros y prusianos.

En efecto, fue Bavaria el primer país en tener códigos en sentido moderno. En 1751 apareció el *Codex Juris Bavarici Criminalis*; en 1753 el *Codex Juris Bavarici Judiciarii*, y finalmente en 1786 el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, los cuales se debieron a un discípulo de Wolff: nos referimos a Von Ickstatt.

Posteriormente, en 1791 se publicó el *Allgemeines Gesetzbuch für die PreuBischen Staaten* (AGB), que traducido literalmente podría ser "Código General para los Estados Prusianos", el cual no pudo entrar en vigor, sino después de otra revisión con algunas modificaciones; se promulgó bajo el título *Allgemeines Landrecht* (ACR) que se puede traducir como "Derecho común del territorio", entrando en vigor en toda Prusia el 1o. de junio de 1794.<sup>11</sup>

Después de haber visto brevisísimamente los antecedentes históricos del trascendental fenómeno histórico jurídico de la codificación pasemos a analizar cómo surgió y se desarrolló en el derecho privado mexicano del siglo XIX.

### III. LA CODIFICACIÓN CIVIL

En cierto sentido podemos decir que la Constitución de Cádiz representó el triunfo de la burguesía en el imperio español, triunfo muy exiguo ya que primero duró dos años y posteriormente otros tres, sin embargo fue la adopción oficial de los principios jurídico-políticos de la Ilustración en España y sus colonias.

Lógicamente la Constitución de Cádiz estableció la codificación como modo de formulación del derecho. Así fue como en el artículo 258 de esa ley suprema se establecía que: "El Código Civil y Criminal y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía", con lo cual se excluía a la materia procesal, lo que explica que actualmente en

<sup>11</sup> Cfr. MOLITOR-SCHOLESSE, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*; trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 62-66.

España no tengan códigos de procedimientos, sino leyes de enjuiciamiento tanto civil como criminal, las cuales, dicho sea de paso, mucho influyeron en México.

Así como nadie discutió la conveniencia de elaborar una constitución o de establecer la democracia como forma de gobierno, al alcanzar México su independencia, tampoco nadie dudaba de la necesidad de codificar el derecho por lo que, desde un principio, se lo propusieron; desafortunadamente la inestabilidad política y las constantes guerras, tanto internas como externas, impidieron que se realizara prontamente ese propósito. Por otro lado, al adoptarse el federalismo, la cuestión de la codificación quedó encomendada a las entidades federativas.

María del Refugio González nos informa que en enero de 1822 se nombró una comisión para redactar el Código Civil, pero que la misma no cumplió su cometido.<sup>12</sup>

El primer código de nuestra patria, y no sólo de ella sino como acertadamente señala el ilustre maestro Raúl Ortiz Urquidí<sup>13</sup> de toda Iberoamérica, fue el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828.<sup>14</sup> Posteriormente el Código Civil de Zacatecas de 1829. En Jalisco publicaron la primera parte de lo que debía ser su Código Civil en 1833. Durante la primera república federal en el Distrito Federal no se trabajó en esta cuestión.

Después de esto tenemos que dar un salto hasta la aplicación de la Constitución de 1857; entonces el presidente Juárez encargó a don Justo Sierra Sr. la elaboración de un proyecto de Código Civil, quien lo terminó para 1860, el cual fue impreso y distribuido para su discusión por los profesionales del foro.

El proyecto Sierra fue adoptado por el estado de Veracruz según Decreto de 5 de diciembre de 1861, en que se promulgaba dicho Código Civil.

Por su parte el gobierno federal comisionó a los distinguidos juristas

<sup>12</sup> Cfr. "Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México" en: *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, 1981, p. 89.

<sup>13</sup> Cfr. *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974, pp. 3-110.

<sup>14</sup> Al adoptarse en México el centralismo, el Código Civil de Oaxaca tuvo que ser abrogado en 1837; el gobernador Juárez lo volvió a poner en vigencia cuando se regresó al federalismo en 1847 y el propio Juárez inició una revisión de ese cuerpo legal, lo que propició un nuevo Código Civil de Oaxaca, el cual se concluyó en 1852 y cuando debería entrar en vigor —1o. de abril de 1853— la dictadura santannista suprimió el régimen federal y por Decreto de 27 de julio de 1853 anuló la resolución del Congreso Local de Oaxaca que aprobaba el Código de 1852.

José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Méndez para que revisaran el proyecto de don Justo Sierra, trabajo que fue suspendido por la intervención francesa.

Curiosamente, Maximiliano pidió a esos mismos juristas que continuasen esa labor, a lo cual accedieron dada su filiación conservadora. De los cuatro libros que constaba el citado proyecto, los dos primeros fueron promulgados el 6 y 20 de julio de 1866, respectivamente; el tercero estaba listo para ser impreso y al cuarto le faltaba la corrección de estilo, cuando cayó la capital en poder de las fuerzas republicanas.<sup>15</sup>

El gobierno de la República Restaurada pidió los documentos elaborados por la comisión revisora del proyecto Sierra, los cuales fueron entregados por el licenciado Méndez. Con base en ellos siguió trabajando la nueva comisión, integrada ahora por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte y Rafael Dondé, los que terminaron el trabajo y redactaron, con base en el anterior, el proyecto definitivo de Código Civil, el cual fue aprobado por el Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870, rigiendo a partir del 1o. de marzo del año siguiente en el Distrito Federal y territorio de la Baja California.

Como apunta la misma profesora González,<sup>16</sup> el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 prácticamente fue adoptado en su integridad por todos los estados de la República.

El presidente Manuel González nombró en 1882 una comisión para que revisara los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, que regían la capital de la República, trabajo que fuera a su vez revisado por una segunda comisión. El Congreso facultó al Ejecutivo para hacer las reformas del caso, con lo cual se promulgó un nuevo Código Civil el 21 de mayo de 1884, el cual rigió en el Distrito Federal y territorio de Baja California hasta 1932.

#### IV. LA ÚLTIMA DICTADURA DE SANTA ANNA

Con motivo del triunfo del Plan del Hospicio, suscrito en el local del orfanatorio Cabañas de la ciudad de Guadalajara el 20 de octubre de 1852, que pugnaba por la destitución del presidente de la República, general Mariano Arista, éste renuncia al cargo el 6 de enero de 1853, por lo que es designado en su lugar el general Antonio López de Santa Anna el 17 de marzo de ese mismo año, tomando posesión el

<sup>15</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *op. cit.*, p. 106.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 111.

20 de abril, iniciando con ello su última y más pintoresca dictadura; para esto llamó a colaborar con él a los más distinguidos conservadores de la época: Lucas Alamán, José M. Tornel, Antonio Haro y Tamariz y Teodosio Lares. Este singular periodo va a terminar el 9 de agosto de 1855 con la salida de Santa Anna de la capital y consecuente abandono del poder, lo cual no era otra cosa más que el triunfo del Plan de Ayutla de los liberales mexicanos.

Independientemente de cualquier consideración política, es importante destacar la impresionante labor legislativa de este periodo, la cual se debió al genio de uno de los más destacados juristas mexicanos de mediados del siglo pasado, a quien la historia desafortunadamente no ha hecho justicia debido a su filiación conservadora, santannista e imperial, nos referimos a don Teodosio Lares,<sup>17</sup> ministro de Justicia de la última dictadura de Santa Anna.

Del bienio 1853-55, son cuerpos legislativos tan importantes como: la *Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, de 16 de diciembre de 1853; la *Ley para el Arreglo en lo Judicial, Gubernativo y Administrativo en los Negocios de Minería*, de 31 de mayo de 1854; *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo*, y su *Reglamento*, ambos de 25 de mayo de 1853; la *Ley sobre Extranjería y Nacionalidad de los Habitantes de la República* de 30 de enero de 1854, y de manera fundamental el *Código de Comercio* de 16 de mayo de 1854.

Son muchas y muy importantes estas leyes para un espacio de tiempo tan corto como lo fueron dos años. Desafortunadamente esta legislación nació con un pecado de origen: Ser leyes de la dictadura; por ello los liberales, al triunfo de la Revolución de Ayutla, las desconocieron, por lo cual, salvo el gobierno conservador de 1857 a 1860 y el II Imperio, no volvieron a ser aplicadas ni trascendieron a la República Restaurada.

De la ingente obra legislativa de don Teodosio Lares destacan dos cuerpos fundamentales: La *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo*, y su *Reglamento*, y el *Código de Comercio*, mismos que

<sup>17</sup> Recientemente han aparecido los siguientes trabajos: "Prólogo" a la reimpresión de las *Lecciones de derecho administrativo* (tomada de la de Ignacio Cumpido, México, 1852. 307 p.). México, UNAM, 1978, elaborado por Antonio Carrillo Flores; así como el de Andrés Lira: "El contencioso administrativo y el poder judicial en México a mediados del siglo XIX. Notas sobre la obra de Teodosio Lares" en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 621-634. No podemos dejar de mencionar la excelente tesis que presentó el licenciado Joaquín Blanes Casas, para obtener el título de abogado en la Escuela Libre de Derecho.

no hemos querido dejar de descartar, aunque de forma modesta, en este párrafo, ya que por un lado se trata del primer código mercantil que rigió en nuestra patria, y por otro, un esfuerzo muy interesante por establecer el contencioso administrativo, lo cual no se logró, y de forma imperfecta, sino hasta 1936, debido a que el papel de ese medio de impugnación de los actos de la autoridad lo desarrolló y lo sigue desarrollando en México el juicio de amparo.

#### V. LA CODIFICACIÓN PROCESAL

Durante la primera mitad del siglo XIX se dieron una serie de leyes para el arreglo de la administración de justicia<sup>18</sup> las cuales no eran otra cosa más que una mezcla de disposiciones orgánicas para los diversos tribunales del país, así como normas adjetivas; dentro de todas éstas destaca la *Ley que Arregla los Procedimientos Judiciales en los Negocios que se siguen en los Tribunales y Juzgados de Distrito y territorios* expedida por Comonfort el 4 de mayo de 1857, que pudiéramos calificar como más procesal que orgánica. Casi un código de procedimientos civiles en 181 artículos.

Como hemos indicado antes, al triunfo de la República en 1867, en que fueron definitivamente derrotados los conservadores e intervencionistas, el país entró en una relativa calma, con lo cual se imponía como una necesidad perentoria el expedir un verdadero derecho nacional y más concretamente los códigos que rigieran la vida jurídica de la nación.

A mayor abundamiento, una vez expedido el primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, en 1870, resultaba fundamental expedir el correspondiente Código de Procedimientos Civiles, lo cual se logró el 13 de agosto de 1872, para entrar en vigor el 15 de septiembre del mismo año. De este Código no contamos con exposición de motivos, sino una breve nota explicativa firmada el 13 de mayo de 1872 por José María Lafragua y Mariano Yáñez, los cuales muy probablemente integraron la comisión redactora junto con Luis Méndez, Pablo Zayas y Manuel Dublán.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Empezamos por el *Reglamento* que el 9 de octubre de 1912 aprobaron las Cortes de Cádiz; seguidas por la legislación centralista, en donde destaca la *Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común* de 23 de mayo de 1838; la de Santa Anna de 16 de diciembre de 1853, antes citada; y, finalmente, la primera de las liberales, o sea la *Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios*, de 23 de noviembre de 1855.

<sup>19</sup> Cfr. GARCÍA MICHAUS, Carlos, "Código de Procedimientos Civiles de 1872" en: *Revista jurídica veracruzana*, Jalapa, 1971, no. 2, p. 57.

Sin embargo, con relación al Código de Procedimientos de 1872, encontramos una obra doctrinal, que es mucho más que su exposición de motivos, nos referimos al *Tratado elemental de procedimientos en el ramo civil* de Pablo Zayas,<sup>20</sup> el cual es tan importante para entender ese cuerpo legal que ambos van indefectiblemente unidos.

En la práctica judicial se encontraron muchas fallas al Código antes mencionado, por lo cual tuvo que ser sustituido por el de 15 de septiembre de 1880, que lógicamente vino a abrogar al anterior, sin embargo el Código de 1880 no representó más que una serie de "reformas, aclaraciones, supresiones y adiciones más o menos importantes, pero sin cambiar lo esencial" del Código del 72, según nos dicen Pina y Castillo Larrañaga.<sup>21</sup>

Respecto al Código de 1880 se publicó una Exposición de Motivos firmada por el ilustre José María Lozano,<sup>22</sup> la cual, junto con el libro de Jesús López Portillo,<sup>23</sup> vienen a constituir el soporte doctrinal del mencionado Código del 80.

Como apuntamos antes, en 1884 se promulgó un nuevo Código Civil. Lo que hizo que nuevamente se planteara la elaboración de un nuevo Código de Procedimientos Civiles que estuviera en consonancia con el nuevo ordenamiento sustantivo, lo cual ocurrió el 15 de mayo de 1884, mismo que tuvo una vigencia hasta 1932 en que entraron en vigor nuevos códigos, tanto civil como de procedimientos civiles, para el Distrito y Territorios Federales, a lo cual no entramos a estudiar pues rebasa los límites cronológicos de este trabajo.

#### VI. CODIFICACIÓN MERCANTIL

La codificación del derecho mercantil en México sufrió la misma suerte que la del derecho civil y la del procesal.

Curiosamente durante la sesión del 28 de abril de 1834 de la Cámara de Senadores, se propuso adaptarse el Código de Comercio español de 1829 que redactara el jurista hispalense Pedro Sainz de Andino,<sup>24</sup> y decimos que curiosamente pues si bien se seguía aplicando la legis-

<sup>20</sup> México, Neve Hermanos Impresores, 1872, 2 t.

<sup>21</sup> Cfr. *Instituciones de derecho procesal civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1961, p. 37.

<sup>22</sup> *Exposición de motivos de las reformas, adiciones y aclaraciones hechos al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de Baja California, en Cumplimiento al Decreto del 1o. de junio de 1880*, México, 1980.

<sup>23</sup> *El enjuiciamiento civil conforme al Código de Procedimientos Civiles del estado*, Guadalajara, Pérez Verdia, 1883.

<sup>24</sup> Cfr. *Curia filípica mexicana*, (edición facsimilar tomada de la de 1850 con prólogo de José Luis Soberanes), México, UNAM, 1978, p. 638.

lación española en nuestra patria los primeros años de vida independiente, siempre se hizo la salvedad de que hubiese sido promulgada antes de 1821 y el Código de Sainz de Andino es de 8 años después. Sin embargo, tal propuesta nunca prosperó.

Ya hemos hablado del Código de Comercio de Lares, expedido en 1854 durante la última dictadura de Santa Anna, el cual fue derogado por los liberales, volviéndose entonces a aplicar, en materia mercantil, la legislación española, particularmente las *Siete Partidas* y las *Ordenanzas de Bilbao*.

En 1869 se presentó un Proyecto de Código Mercantil para el Distrito Federal, del cual nos dice Barrera Graf,<sup>25</sup> era un texto sumamente largo y difuso compuesto de 1,875 artículos, los cuales contrastaban con los 422 del Código Lares.

Por reforma constitucional de 14 de diciembre de 1883 se reservó para la Federación la facultad de legislar en materia de comercio. Posteriormente el Congreso de la Unión facultó al presidente Manuel González, el 15 de diciembre de 1883, para expedir un Código de Comercio, lo cual hizo el 20 de abril de 1884, bajo la denominación de *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, mismo que empezó a regir a partir del 20 de julio de ese mismo año.

Ese Código fue sustituido por el de 1889 que entró en vigor el 1 de enero de 1890 y que teóricamente continúa en vigencia hoy día, pero de tal manera cercenado y reformado que prácticamente no queda casi nada de lo que fue.

Así, pues, llegamos al final de este modesto trabajo en que hemos pretendido dar una visión sucinta, pero lo más completa posible del importante a la vez que apasionante fenómeno de la codificación del derecho privado en el México decimonónico. Ojalá hayamos logrado nuestro objetivo.

<sup>25</sup> Cfr. "Historia del derecho de sociedades en México", en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1984, p. 146.

## CONCEPTO JURÍDICO DE LOS VOCABLOS "LICENCIADO" Y "ABOGADO"

Por Felipe TENA RAMÍREZ

La palabra "licenciado" denota el género al cual pertenecen todos aquellos profesionistas que necesitan *licencia* de la autoridad correspondiente para poder ejercer cada cual su respectiva profesión. En cuanto al vocablo "abogado", se refiere a una sola entre esas diversas clases de profesionistas, o sea la que requiere de sus miembros la licencia a fin de poder litigar, cuando son *llamados para* (*ad-vocatus*) defender en juicio; denota, pues, una especie dentro del género "licenciado".

Nuestros antecedentes gramaticales y jurídicos así lo confirman. Gramaticalmente el *Diccionario de Autoridades* (ed. 1726) ofrece la siguiente acepción del término "licenciado": "Usado como sustantivo, se toma por el que ha sido graduado en *alguna* facultad, dándole *licencia* y permiso para poder ejercerla". Dicha definición podía aplicarse desde luego a los médicos, ya que entonces como ahora necesitaban licencia para hacer uso de su profesión, según se infiere del sentido que el referido diccionario da a la palabra "protomedicato": "El Tribunal en que asisten y concurren los protomédicos y examinadores, para reconocer la suficiencia y habilidad de los que se quieren *aprobar de médicos*, y darles *licencia* para que puedan curar".

Al igual que el médico, el abogado necesitaba ser aprobado para desempeñar su profesión. La voz "abogado" se explica así por el mismo diccionario: "El letrado que está *aprobado* por el Consejo Real, o Chancillería, para defender en juicio causas civiles o criminales".

Si el abogado, a semejanza del médico, necesitaba ser *aprobado* para ejercer su profesión, lo que fundaba la expedición de *la licencia*, quiere decir que uno y otro merecían en buena lógica el nombre de licenciados, como especies que eran del mismo género. A título de curiosidad obsérvese que el *Diccionario de Autoridades* alude, en la anterior definición de abogado, a la aprobación sin mencionar *la licencia*, expresión esta última que sí consta expresamente en la relativa al médico. Evi-

dentamente los dos profesionistas necesitaban licencia; pero de confrontarse en su estricta literalidad ambas definiciones, habría de concluirse que, conforme a ellas, más merecería ser llamado licenciado el médico que el abogado, puesto que sólo en cuanto al primero se habla de licencia. Señalo esta diferencia literal sin otro propósito que reforzar la tesis al principio expuesta, en el sentido de que la clase de los *abogados* es sólo una especie dentro del género de los *licenciados*.

Hasta aquí nos hemos situado en el siglo XVIII, utilizando textos gramaticales que sustancialmente eran los mismos en la metrópoli española y en su colonia de Nueva España. Nos corresponde ahora continuar nuestro estudio en el país independiente, relacionando asimismo lo gramatical con lo jurídico.

En la edición de 1842 del *Diccionario* de Escriche, que como es sabido tiene por objeto explicar el sentido jurídico de los vocablos y de las locuciones, hallamos la siguiente definición de *abogado*: "El profesor de jurisprudencia, que con *título* legítimo defiende en juicio por escrito o de palabra". Adviértase que en tal definición aparece la palabra *título* en lugar de *licencia*, origen esta última de la palabra *licenciado*; pero nótese, sobre todo, en concordancia con lo anterior, que en la susodicha edición no se registra la voz *licenciado*, debido a que, si bien a tal vocablo le había correspondido lugar apropiado en un diccionario general como era el de *Autoridades*, ya no estaría igualmente justificado en un diccionario dedicado exclusivamente a la materia jurídica según era el de Escriche, por tratarse de una denominación general, susceptible de aplicarse a todos los profesionistas que necesitaren licencia para el ejercicio de su profesión y no sólo a los abogados. De este modo el *Diccionario* de Escriche, en la edición mencionada, cuidó de señalar el uso idóneo de la palabra *abogado*, con exclusión del término *licenciado*.

La edición de 1842 llegó a México procedente de la editorial de Madrid, con la acepción correcta que todavía se daba aquí como allá al vocablo registrado. Pero entre las numerosas ediciones posteriores del propio diccionario que ya sin intervención del autor aparecieron en España y en Hispanoamérica, hubo una hecha en México en 1885 (Librería de Ch. Bouret), ampliada en cuanto a noticias de legislación y jurisprudencia, así como modificada en la denotación de algunos términos conforme al uso de que eran ya objeto en nuestro lenguaje jurídico de la época. Tocante al de "abogado", no sólo se mantuvo íntegramente su denominación tradicionalmente auténtica, sino que se le dedicó extenso estudio en siete partes, sin que en ninguna de ellas

se hubiera llegado a utilizar el nombre de "licenciado". Mas a manera de transacción con el uso desviado de que empezaba por entonces a ser objeto dicho término, reapareció en la citada edición de Escriche de 85 la voz proscrita en la edición de 42, pero ello con la acepción común de *licenciado* que había consagrado un diccionario general, no especializado en Derecho, según lo hizo el *Diccionario de Autoridades*: "El que ha obtenido el grado de licenciado en *alguna* facultad".

Ya para entonces se podía advertir una escisión entre los juristas mexicanos por lo que hacía al uso de uno u otro de los dos vocablos. Como muestra elocuente de esa discrepancia de criterios, puede señalarse la que aparece en la carátula del *Novísimo Sala Mexicano* (México, 1870), donde tres de nuestros destacados jurisconsultos, al referirse a las notas de que fueron autores, se identificaron del siguiente modo: "Sr. Lic. Don J. M. de Lacunza... Señores Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez, *Abogados* de los Tribunales de la República".

La doble corriente siguió su curso, hasta llegar a nuestra época, en la que parece haber triunfado entre nosotros el término de "licenciado" sobre el de "abogado". Pero ese cambio o desvío ha ocurrido en México, no así en España, cuyo diccionario oficial del idioma (ed. 1970) distingue en la voz "licenciado" siete acepciones, de las cuales la más cercana a nuestro estudio es: "Tratamiento que se da a los abogados", con lo cual el *Diccionario de la Academia* no pretende sin duda acoger la mutación de nombre del abogado, sino solamente registrar una manera o costumbre de tratarlo.

Es llegado ya el momento de afirmar que todo lo expuesto en torno a la variedad idiomática y legal de los vocablos que nos ocupan, debe ceder ante el lenguaje de la Constitución, único prevaleciente cuando de diferentes usos se trata. Y al respecto es preciso asentar que la actual sinonimia no está aceptada por el texto de nuestra vigente ley suprema, la cual consagra para el letrado en Derecho el nombre de *abogado* y no el de *licenciado*. En efecto, nuestras Constituciones de 1824 (Art. 125) y de 1857 (Art. 93) señalaban para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia, entre otros requisitos el de "estar instruido en la ciencia del Derecho", a juicio de las legislaturas de los Estados según la primera, a juicio de los electores según la otra. No se necesitaba, pues, el título profesional comprobatorio de la condición de abogado, por lo que los textos constitucionales de entonces no tuvieron que preferir ninguna de las dos denominaciones después de boga. Pero la Constitución de 1917 sí exigió el siguiente requisito para el cargo de ministro: "Poseer el día de la elección, con la antigüedad

mínima de cinco años, título profesional de *abogado*, expedido por la autoridad o corporación legalmente facultada para ello" (Art. 95, frac. III). Esa disposición estuvo vigente en sus términos hasta el año de 1934, en que fue modificada según el texto todavía en vigor: "Art. 95, III. Poseer título profesional de *abogado*, expedido por la autoridad o corporación legalmente facultada para ello".

La reforma de 34 ratificó de ese modo la preferencia que en el año de 17 otorgó la Constitución al vocablo "abogado" sobre el de "licenciado". Considero indebido, por ello, que una ley secundaria, según es la Reglamentaria del ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, de 1944, hubiere alterado el léxico de la ley suprema que para fines legales y no académicos, había cerrado el antiguo debate al preferir el vocablo *abogado*. El debate académico puede prolongarse cuanto se quiera, pero de esa libertad no cabe que participe la ley secundaria en contra de la ley suprema, máxime cuando en el caso esta última goza de superioridad no sólo jurídica (suficiente por sí misma para imponerse), sino de acuerdo también con una tradición secular que alimenta sus raíces en el origen etimológico, ideológico, gramatical y jurídico del sustantivo "abogado".

Todo abogado es licenciado, pero no todo licenciado es abogado. Esta frase, que suena a simple aforismo de escuela, trasciende a la realidad de nuestros días. En efecto, la acabada de citar Ley Reglamentaria de Profesiones no sólo consagró oficialmente el nombre de *licenciado* aplicado al *abogado* ("licenciado en Derecho" lo llama en su Art. 2o.), con lo que incurrió en la reiteración ya conocida del empleo inapropiado del vocablo, sino que además introdujo la novedad de ampliar el mal uso de la misma palabra a otra profesión, como es la del economista, al que llama "licenciado en economía". Con esto último la Ley incurrió en el grave error de autorizar implícitamente la aplicación del nombre de "licenciado" a todo aquel que dice haber obtenido título para ejercer cualquiera de las nuevas actividades que con el nombre de "licenciaturas" han proliferado en los últimos años.

Antes de la Ley sólo el abogado era conocido con el nombre de licenciado, así lo fuera impropriamente. En la actualidad "licenciado" se ha convertido en palabra-comodín, aplicable a las más diversas actividades profesionales, con tal de presuponer la existencia de un título, que lo mismo puede emanar de respetables centros de estudios superiores que de academias de mero lucro. Ninguno de los titulados acostumbra expresar, ni está obligado legalmente a hacerlo, a cuál profesión se refiere su título de "licenciado". Nadie antepone a su

nombre propio el de "licenciado en Derecho", "licenciado en Economía", "licenciado en Administración de Empresas", etc. Es suficiente anteponer la abreviatura "Lic." al nombre de la persona para ostentarse como profesionista, el cual, a falta de toda otra explicación, suele entenderse que es "abogado", palabra que nos hemos acostumbrado a usar como sinónimo de "licenciado". De este modo la auténtica profesión de abogado, que con el tiempo se significó como la de licenciado por antonomasia, ha venido a parar en todo lo contrario, esto es, en el prestanombre de *abogado* para toda clase de licenciados.

Si se quiere rescatar el significado de nuestra profesión, hay que comenzar por insistir en que *abogado* sólo es una especie dentro del género de licenciado, desvaneciendo así la primitiva confusión en que hemos visto se incurrió. Con ello se nos devolverá nuestro título en la acepción única que le corresponde y se evitará que el abogado sea confundido con la variedad cada vez más creciente de profesionistas que, sin ser abogados, ostentan el nombre de licenciados.

Como solución al problema anfibológico que ha quedado descrito, me adhiero con antigua convicción a la sugerencia formulada por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, en circular de 21 de agosto del corriente año, en el sentido de que "al Licenciado en Derecho se le designe legalmente como Abogado".

De acuerdo con lo que llevo expuesto, me permito opinar que las reformas concretas a la *Ley Reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal*, deben afectar al Art. 2o. de la mencionada Ley en los siguientes puntos:

1. En lugar de "Licenciado en Derecho": *Abogado*.
2. En lugar de "Licenciado en Economía": *Economista*.

Por lo que hace al Art. 3o. de la misma Ley, conviene que sea adicionado con el siguiente o parecido párrafo: "Se prohíbe a las escuelas a que se refiere el presente artículo que en los títulos que expidan empleen como denominación profesional la de licenciado u otra cualquiera diferente a la propia de la actividad que ampara el título".

La sugerencia de dicha adición incluye no sólo a la rama de la abogacía, sino a todas las que ameritan título para su ejercicio, cada una de las cuales conviene que sea identificable mediante denominación específica.

Ciudad de México, septiembre de 1980.

## HACIA UN JUSNATURALISMO HISTÓRICO

Jesús Antonio de la Torre Rangel

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Analogía y el ser del Derecho*. III. *La Justicia*. IV. *Jusnaturalismo histórico*.

### I. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente quince años, siendo maestro de novicios de la Fraternidad del Evangelio —congregación religiosa inspirada en la vida y las enseñanzas del padre Charles de Foucauld—, el sacerdote italiano Arturo Paoli escribió, en el desierto de Suriyaco (La Rioja, Argentina), este diagnóstico de nuestra actual civilización:

“Aquí, en este cuadro, pienso en mi tiempo, en mi cultura, en la generación protagónica. En nuestro tiempo eficaz y estéril, estetizante e incapaz de contemplar la belleza; violentamente empeñado en la liberación, e incapaz de salvación. Tenso hacia el porvenir y amenazado en el presente. Un tiempo que parece sin esperanza porque carece de *gracia*. Es el epílogo de la época ‘patriarcal’, para la cual ‘vida’ significa reproducción: el ideal es poner una semilla en el vientre de una mujer, o en el vientre de la tierra, o en el vientre de un banco, para que se multiplique. La vida, el crecimiento, es número, multiplicación cuantitativa”.<sup>1</sup>

El panorama que Paoli nos describe se va agravando con el correr del tiempo. Nuestro mundo está lleno de descubrimientos científicos que, por su número y calidad, nos han hecho perder ya nuestra capacidad de asombro, y sin embargo el hombre no es más humano, no ha crecido en su capacidad de acogida al hermano; el tiempo está lleno de eficacia material y de esterilidad en el amor. Es un mundo con grandes proyectos a futuro —la conquista del espacio—, pero ahora más que nunca amenazado de destrucción total —la paradoja: militarización del espacio—. La vida es crecimiento, multiplicación cuanti-

<sup>1</sup> PAOLI, Arturo, *La perspectiva política de San Lucas*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 1974, pp. 9 y 10.

tativa, pero a costa de la persona, de la destrucción del hombre y de la propia naturaleza.

"La cultura económica no podía tener otro epílogo que la cosificación de la persona. El ritmo del hombre económico es acumular —distribuir— construir, mientras que el ritmo del amor es darse, perderse para crecer y reencontrarse".<sup>2</sup>

La mayoría de los seres humanos padecen hambre y no tienen acceso a las decisiones. El poder económico y político, tanto en el Este como en el Oeste, en el Norte y en el Sur, han alienado pueblos y personas. Han hecho de los hombres, cosas, objetos alienables.

Este es el diagnóstico de nuestro tiempo. Y este es el cuadro que se le ofrece al jurista para pensar el Derecho y utilizarlo.

¿Qué es el Derecho? ¿Para qué sirve? ¿De quién es instrumento? ¿Es el Derecho portador de alienación? ¿Es lo jurídico, por el contrario, útil para la liberación? ¿El Derecho coadyuva a la construcción de la persona, concibiendo al hombre como hacedor de sí mismo? ¿O es el Derecho un pertrecho más, dentro de los instrumentos que lo aniquilan?

El Derecho está inmerso en todas las cuestiones fundamentales que caracterizan nuestro mundo: en la destrucción del hombre con las armas, con la explotación de su trabajo y con el hambre; en la destrucción de la naturaleza, con la explotación inmoderada de sus recursos; en el poder político concentrado en manos de autócratas o en totalitarios estatolátras; en la riqueza diferenciante o relativa, acumulada en pocas manos a costa del hambre y miseria de los muchos. Pero también, hay que decirlo —de ahí nuestra esperanza—, el Derecho está en los anhelos de justicia y en la lucha por la dignidad de la persona. Pues como diría Bloch, la pregunta de qué sea lo justo no puede esquivarse, por muy abstracto que parezca a veces el pensamiento jusnaturalista que es el que la aborda, porque "allí donde todo se ha alienado, se destacan de modo muy especial los derechos inalienables".<sup>3</sup>

## II. LA ANALOGÍA Y EL SER DEL DERECHO

Efraín González Morfín nos propone<sup>4</sup> acceder al ser del Derecho

<sup>2</sup> *Idem, supra*, p. 19.

<sup>3</sup> BLOCH, Ernest, *Derecho natural y dignidad humana*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. IX.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Analogía, Ser del Derecho y Ser de la Sociedad", en *Jurídica* No. 6, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, junio de 1974, p. 304.

por medio del conocimiento análogo, es decir, por la analogía. Y esto en virtud de que el Derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que se abstrae la realidad Derecho por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da "analogon", esto es, según la relación de un ser con otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos. "Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico".<sup>5</sup>

Así el Derecho es un término que se predica en forma análoga de varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, el ideal ético de justicia y la ciencia del derecho.

Hemos dicho que la analogía en el orden del conocimiento es una manera humana de conocer. Por lo tanto, la analogía en el orden del ser es un descubrimiento subordinado a la analogía en el orden del conocimiento humano. Ahora bien, lo que es primero en el orden del ser no necesariamente es primero para el conocer. "Debemos pues, distinguir —nos dice González Morfín— dos aspectos del problema de la analogía en el derecho: primero, cuál es el analogado principal para el conocimiento humano, es decir, la realidad jurídica que, por la relación que tiene con otras realidades jurídicas, nos lleva a conocerlas en un proceso que va de lo más conocido a lo menos conocido o desconocido. En segundo lugar, cuál es el analogado principal en el orden del ser, es decir, aquella realidad jurídica en la que se da propiamente la esencia del derecho y que influye realmente en los analogados secundarios, si se trata de analogía intrínseca, o por lo menos fundamenta su denominación jurídica, si la analogía es extrínseca".<sup>6</sup>

Estamos de acuerdo con González Morfín, que sostiene que el analogado principal para el conocimiento humano, es el derecho objetivo; es la realidad jurídica que descubre o conoce primeramente el ser humano. No conoce el hombre primero la norma, ni lo justo objetivo, ni mucho menos la ciencia jurídica. Su primer descubrimiento es en cuanto a sus derechos elementales, aunque sólo los balbucee, los intuya, es decir, aunque no pueda bien decirlos y ni sistemáticamente explicarlos.

<sup>5</sup> *Idem, supra*, p. 283.

<sup>6</sup> *Idem, supra*, p. 287.

"...la vivencia del derecho del ser humano común, desde su infancia, apunta hacia el derecho como facultad de cada quien sobre lo suyo, y hacia la justicia como respeto recíproco de esa facultad..."<sup>7</sup>

Existen quienes afirman que el analogado principal es la norma jurídica. Esta consideración trae como consecuencia toda una concepción del hombre y de lo jurídico, en la cual la vida humana se subordina al Derecho y éste se convierte en una serie de principios racionales o de expresiones normativas de razones de Estado. Las formaciones sociales individualistas, tienen en Kelsen el exponente máximo de una racionalización normativista que deshumaniza el Derecho. Y las formaciones sociales del socialismo real, tienen en Visinsky el sistematizador normativista de la razón de Estado estaliniana.

Tampoco lo justo objetivo es el analogado principal. La objetividad de lo jurídico como expresión de la justicia deviene de la facultad o potestad de la persona, "única capaz de exigir auténticamente algo a otra persona".<sup>8</sup>

"Si se ha de sostener la concepción equilibrada del derecho en el orden del conocimiento y en el orden del ser, hay que decir que la realidad original o analogado principal es la facultad o potestad moral de la persona sobre lo suyo, con toda la amplitud que corresponde a esa expresión tan breve: se trata no sólo de bienes físicos o materiales, sino de todo el repertorio ontológico de que puede disponer el ser humano para desplegar sus capacidades y alcanzar su fin".<sup>9</sup>

Al establecer que el ser del Derecho, como realidad original, es la facultad de la persona para exigir lo que le pertenece, se está aceptando implícitamente el ser individual y social del hombre, así como el ser individual y social del Derecho. El Derecho es así una facultad de la persona individual que exige que se le dé lo suyo, y esa exigencia está dirigida a los otros; a su vez, quien exige está obligado a dar a los demás lo suyo de los otros, estableciéndose, entonces, relaciones recíprocas entre los hombres, esto es, relaciones sociales.

"Al afirmar tanto la personalidad individual como la socialidad de cada persona humana, se establece el fundamento incommovible del orden jurídico natural y positivo en la sociedad. La persona humana, como fin en sí que no puede ser medio de nadie, es por sí misma la razón básica para sostener que el derecho es ante todo la facultad de la persona social sobre sus propios bienes; si esto no se acepta, la persona

<sup>7</sup> *Idem, supra*, p. 288.

<sup>8</sup> *Idem, supra*, p. 290.

<sup>9</sup> *Idem, supra*, pp. 292 y 293.

deja de ser fin en sí y se convierte en medio a través de las normas jurídicas que le exigen sumisión incondicional".<sup>10</sup>

"El derecho es determinada manera de existir como persona en sociedad a partir de la naturaleza capaz de desarrollarse y obligada a hacerlo en una convivencia justa, mediante el ejercicio responsable de los derechos subjetivos y el cumplimiento del derecho objetivo, bajo la inspiración de la justicia. En la unión orgánica de estos elementos, se dan relaciones fundamentales, que deben analizarse con toda precisión científica".<sup>11</sup>

Así pues, por medio de la analogía, y siguiendo a González Morfín, hemos tratado de explicar el ser del Derecho. La esencia de lo jurídico la encontramos en la facultad del hombre de exigir el otorgamiento de lo que es suyo (analogado principal), siendo este atributo de la persona el que fundamenta la normatividad, lo justo objetivo y el conocimiento científico de lo jurídico.

De tal manera que el Derecho es una realidad cuya esencia radica en el hombre mismo, como un ser individual y social. El orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos, entendiendo como tales no sólo la serie de libertades clásicas que por ellos se ha entendido, sino algo más profundo que va a la esencia misma del hombre, a la constitución de su ser como persona, y diríamos de una vez a su ser "el otro".

Las normas, la objetividad del Derecho y la ciencia de lo jurídico, como analogados secundarios, se les atribuye lo relativo al Derecho en la medida que se ordenan al servicio del hombre que tiene la facultad de exigir lo suyo como persona individual y social, como *el otro*.

### III. LA JUSTICIA

Como se concluye de lo hasta ahora escrito, hemos aceptado la corriente jusfilosófica del jusnaturalismo. Nos hemos inscrito en ella y desde sus principales postulados entendemos lo jurídico.

Y, como escribe Antonio Hernández Gil: "Conforme al jusnaturalismo, decir derecho es decir justicia".<sup>12</sup> De la justicia, como tema fundamental de nuestras reflexiones, hablaremos ahora.

Vayamos abriendo el camino de la reflexión acerca de la justicia

<sup>10</sup> *Idem, supra*, p. 293.

<sup>11</sup> *Idem, supra*, p. 295.

<sup>12</sup> En el prólogo del libro de ROBLES, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, ed. Pirámide, Madrid, 1982, p. 17.

con dos afirmaciones de la más pura cepa jusnaturalista. De Francisco Suárez:

"Digo pues, en primer lugar, que al concepto y a la esencia de la ley pertenece que mande cosas justas. Esta tesis no sólo es cierta según la fe, sino además clara según la razón natural...".<sup>13</sup> Y Miguel Villoro: "...la justicia es el *finis operis* o fin intrínseco, inmediato y esencial del Derecho. En otras palabras, así como un arma de fuego que no dispara no puede propiamente ser llamada arma de fuego aunque tenga la apariencia de tal, el Derecho que no tiene como fin la justicia no merece el nombre de Derecho. La justicia es, pues, la piedra de toque que nos permite reconocer al Derecho".<sup>14</sup>

El Derecho lo es tal si es justo. Sólo la justicia nos dirá lo que es el Derecho; ella nos permitirá conocer el Derecho.

Pero ¿Qué es la justicia?

Aunque requiere de una bien fundada explicación, considero que es válida la vieja definición del poeta Simónides respecto de la justicia: "dar a cada quien lo suyo". Mismo concepto que reformulara Ulpiano, el famoso jurista romano, con estas palabras: "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"<sup>15</sup> (la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo). Lo que importa resolver es el núcleo de la cuestión: qué es lo suyo de cada quien.

Antes de tratar de responder lo relativo a lo que a cada uno corresponde, me interesa ligar este concepto genérico de justicia a lo que hemos aceptado anteriormente relativo al ser del Derecho. Dijimos que el analogado principal en el campo de lo jurídico era el derecho subjetivo como la facultad de cada quien sobre lo suyo. El Derecho así entendido, en un primer momento, es la relación entre lo "suyo" de alguien y el respeto de los demás hacia ese "suyo" del otro, lo que es recíproco. Y la justicia es, precisamente, el guardar, el respetar, el dar, lo "suyo" a cada quien; entendido lo "suyo" como aquello que es del otro distinto de mí. Como líneas arriba, al citar a González Morfín, decíamos que la realidad original de lo jurídico es la potestad moral de la persona sobre lo suyo, y esto, precisamente, es la esencia de la justicia.

"La persona requiere la actualización de sus bienes propios, de lo suyo, para vivir ordenadamente en sociedad mediante un conjunto de

<sup>13</sup> SUÁREZ, Francisco, *Tratado de la Ley y de Dios legislador*, libro I, cap. IX, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, tomo I, p. 47.

<sup>14</sup> VILORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1966, p. 223.

<sup>15</sup> Tomada de IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, ed. Ariel, Barcelona, 1965, p. 86.

actitudes correlativas y de normas reguladoras. El derecho como facultad moral de la persona sobre lo suyo es consecuencia necesaria de la esencia humana con todas sus características completas".<sup>16</sup>

Lo suyo es, entonces, —y aquí retomamos el hilo de la cuestión—, aquello que es propio de "la esencia humana con todas sus características completas"; en palabras del maestro Preciado Hernández "lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social".<sup>17</sup> Dicho de otra forma, "lo suyo de cada quien", es todo lo que la persona humana requiere para su desarrollo integral como tal.

Aunque son válidos los conceptos anteriores, pueden quedarse a un nivel de reflexión netamente esencialista, con el consecuente peligro de ahistoricidad. Por esa razón considero válido ligar los anteriores conceptos acerca de la "esencia humana" y "exigencias ontológicas de la naturaleza". Como contenido de "lo suyo", con el concepto antropológico de Paulo Freire, quien, al decir que la vocación del hombre es "ser sujeto de la historia",<sup>18</sup> dinamiza la concepción del hombre haciéndola histórica, como un ser que vive en la historia y construye su historia personal y la historia comunitaria junto con los demás.

¿Qué necesita el hombre para ser sujeto de la historia? Sólo puedo responder que cada momento y situación históricos lo irán diciendo, teniendo en cuenta los datos ontológicos que arroja el propio ser del hombre. Me atrevería a apuntar, sin embargo, algunas cosas que creo necesita siempre el hombre para ser sujeto de la historia, tales como: un cierto margen de libertad que le permita realizar su historia personal, y poder participar en el proceso histórico comunitario con todos los demás; tener acceso a las decisiones políticas y económicas de su país; tener acceso, junto con todos los demás, a la propiedad de los medios e instrumentos de producción; gozar de una buena alimentación y de un espacio vital digno; posibilidades de estudio y cultura, así como de recreo y diversión. Creo que mientras el ser humano no goce de estas condiciones sociales no podrá ser sujeto de la historia. Será en todo caso objeto de la historia de otros, de aquellos que usurpan "lo suyo" de los otros, de los beneficiarios de la injusticia.

Así el Derecho objetivo, por ser analogado secundario, debe normar

<sup>16</sup> GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Ser del Derecho, Ser de la Sociedad*, ob. cit., p. 293.

<sup>17</sup> PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, ed. Jus, México, p. 217.

<sup>18</sup> Véase FREIRE, Paulo, *Concientización*, ed. Asociación de Publicaciones Educativas, Bogotá, 1974.

lo social de acuerdo a las exigencias de la persona como sujeto de la historia; debe reconocer a cada quien lo suyo.

Encuentro, sin embargo, dos cuestiones que pueden "pervertir" a la justicia en el sentido en que la entendemos. La primera de ellas es lo que podríamos llamar la "justicia conservadora"; y la segunda las limitaciones de la "justicia del Derecho positivo" o "justicia jurídica" en palabras de Coing.

La justicia como la relación recíproca entre los hombres de darse lo suyo en el sentido en que lo hemos entendido, puede dejar de hacerse histórica y caer en una "justicia conservadora" como la denomina Leibniz<sup>19</sup> o de "derechos adquiridos". Esto significa que el criterio de lo justo sólo tiene como objetivo el resguardo de aquello que se ha adquirido, es decir los "derechos adquiridos", conforme al Derecho Positivo y la reparación de los mismos. Es decir que se acepta como ya no revisable la distribución de derechos en un momento histórico determinado; mismos derechos que no son expresión de *lo suyo de cada quien en todos*, sino de un Derecho positivo de causalidad compleja en la que se entretajan para producirlo cuestiones económicas, políticas, históricas e ideológicas. Constituye la ahistorización del jusnaturalismo. Viene a ser la falsa justicia de la totalidad.

En este punto de la "justicia conservadora" o de "derechos adquiridos" es válida la crítica que del Derecho hace Marx, como observador y crítico de la formación social capitalista. Así Karl Marx ve en la idea de justicia, en cuanto se presenta como principio regulador de la sociedad y del Derecho, como un falso problema, tanto desde el punto de vista racional como desde el punto de vista empírico. Dar a cada cual lo que se le debe, recompensar a cada cual según sus méritos, sin someter a una crítica previa, radical y decisiva las condiciones sociales que han permitido esas "partes" y esos "méritos" formarse, implica reconocer el estado de cosas existentes, aprobar cualquier Derecho y cualquier orden social. "¿Qué es 'reparto equitativo'? ¿Y no es éste, en efecto, el único reparto 'equitativo' que cabe, sobre la base del modo actual de producción?"<sup>20</sup>

También puede socabar el concepto de justicia las limitaciones de la "justicia del Derecho positivo" o "justicia jurídica" según lo trata

<sup>19</sup> Citado por SAMPAY, Arturo Enrique, "Constitución, Justicia y Revolución en el mundo contemporáneo", en la revista *Liberación y Derecho*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional y Popular de Buenos Aires, Buenos Aires, enero-abril, 1974, p. 16.

<sup>20</sup> MARX, Carl, *Crítica del programa de Gotha*, ed. Progreso, Moscú, 1975, p. 14.

Helmut Coing, que constituye un modo diverso de ver la cuestión de la "justicia conservadora".

El profesor de la Universidad de Frankfurt nos dice que "la justicia no puede obrar con entera libertad",<sup>21</sup> pues se encuentra con un material previo que le viene del orden pacífico dador de seguridad. Así la justicia que se propone eliminar la arbitrariedad y dar a cada quien lo suyo, se encuentra con la oposición del orden social con sus peculiaridades. Otra limitación que encuentra el "ideal de justicia" es la tendencia del Derecho a la seguridad de una situación existente; y esto estrecha el ámbito de la justicia. "La justicia del derecho se mueve siempre en el marco de un determinado orden del poder y de la propiedad, orden aceptado tal cual y cuya transformación en el sentido de las exigencias de la justicia tropieza siempre con tenaz resistencia".<sup>22</sup>

Lo anterior llega a hacer concluir a Coing, como aceptación realista, pero con cierto pesimismo en mi concepto inaceptable, que "la justicia jurídica es, pues, discutible y problemática desde muchos puntos de vista. No se trata sólo de que la justicia no sea el supremo valor en el reino de lo moral; es, además, que este valor no puede realizarse en el orden jurídico sino en medida muy limitada. La justicia jurídica es necesariamente una justicia sumamente fragmentaria".<sup>23</sup>

Es innegable el realismo de Coing, la historia lo avala por la compleja causalidad del Derecho objetivo. Sin embargo es pesimista. Estamos de acuerdo que la justicia en su más amplia acepción, como "reconciliación universal",<sup>24</sup> como la vigencia total del Reino de Dios en la tierra es algo imposible o cuando menos muy difícil. Pero en el ser del hombre están los elementos para tender hacia allá. La exigencia de lo suyo y la obligación recíproca de darlo, guardarlo, respetarlo, por parte de los demás, es el principio de la fraternidad. Y el Derecho objetivo, como analogado secundario y subordinado, debe ser expresión de ello.

Para una correcta concepción del hombre y de la sociedad, es fundamental, como se dice, tener los pies sobre la tierra, ser realista, conocer la dura historia de los hombres hecha de amor y de odio, así como ser en la historia. Si esto no se tiene en cuenta caeríamos en una especie de ciencia ficción en lugar de hacer filosofía en lo esencial y del Derecho. A esto nos ayudan las visiones parciales de lo jurídico como el economicismo marxista o aquellas que derivan lo jurídico de la volun-

<sup>21</sup> COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 127.

<sup>22</sup> *Idem, supra*, p. 128.

<sup>23</sup> *Idem, supra*, p. 129.

<sup>24</sup> SOBRINO, Jon, *Cristología desde América Latina*, ed. CRT, México, 1976, p. 118.

tad de poder, o aquella concepción de la Patrística cristiana que habla de la "naturaleza caída" por el pecado, etcétera.

Sin embargo, en el hombre no todo es económico, no todo es poder, no todo es seguridad, no todo es tendencia al mal por el pecado que entró en el mundo. Es todo esto, pero no nada más es esto. En el hombre también está el reconocimiento personal de su facultad de hacerse respetar, el reconocimiento de lo "suyo" en los otros, el anhelo de justicia, de paz, de fraternidad. El hombre también es esperanza de un futuro de reconciliación.

Por eso creemos que si en el hombre late la esencia del Derecho como la facultad de que se le respete "lo suyo" como derecho subjetivo y analogado principal, entonces el derecho objetivo debe tender siempre, de manera siempre también perfectible, hacia la expresión de la justicia. La lucha por el establecimiento del Derecho es la lucha por la justicia. Un Derecho injusto, en palabras del profeta Habacuc, es un "derecho torcido" (1, 3-4).

Y decimos más. Entendemos el Derecho como instrumento de la solidaridad humana. Aceptamos también el llamado solidarismo como "principio social fundamental" que da cuenta de la individualidad y sociabilidad del hombre, así como de la solidaridad de hecho existente entre todos los hombres. De esa solidaridad de hecho existente entre todos los hombres, se sigue una solidaridad ética, por medio de la cual debemos ser solidarios unos con otros en la convivencia social. Luego entonces, el Derecho es facultad recíproca, solidaria, de respeto de los derechos de los otros, como Derecho subjetivo; siendo, consecuentemente, el Derecho objetivo instrumento de la solidaridad humana.

Ernest Bloch, que logra en su filosofía esa rara síntesis de marxismo y jusnaturalismo inspirado por un lado en la conclusión a que llega Marx de la "Crítica del Programa de Gotha", y además en esa intuición que le da el conocimiento de lo humano, de lo que llama "intención esencial del Derecho natural" que lleva al respeto de la dignidad humana, en la que todo hombre tenga "el paso erguido como Derecho", nos ayuda a concluir diciendo:

"El último derecho subjetivo sería así la facultad de producir según sus capacidades y consumir según sus necesidades, una facultad garantizada por la última norma del Derecho objetivo: la solidaridad".<sup>25</sup>

<sup>25</sup> BLOCH, Ernest, *Ob. cit.*, p. 226.

#### IV. JUSNATURALISMO HISTÓRICO

Hemos dicho que el orden jurídico tiene como punto de arranque los derechos humanos, como facultades del hombre de exigir lo suyo como *el otro*. También hemos afirmado que en esto radica la esencia de la justicia.

Sin embargo, también lo dijimos, estos conceptos tienen el peligro de convertirse en ideales carentes de realidad histórica. Por lo tanto es necesario encontrar un método que nos permita la historización de la justicia, es decir de verificar su real cumplimiento en la sociedad. Esto sólo es posible colocándonos siempre en el ámbito del otro. Dussel, en su filosofía de la liberación, llama a esto el método de la analéctica.

*El otro provoca a la justicia exigiendo sus derechos, por el solo hecho de ser otro.*

La alienación es no respetar los derechos del otro, sólo el Derecho objetivo del sistema, de la Totalidad. "La justicia en la totalidad, —escribe Dussel—, no es sino la habilidad de dar al poderoso lo arrancado al débil bajo apariencia legal".<sup>26</sup> Es la legalidad de la injusticia.

La justicia, llamémosle por oposición la *justicia liberadora*, no es dar a cada uno lo que le corresponde dentro del Derecho y el orden vigente, sino que consiste en otorgar a cada uno lo que merece en su dignidad alternativa.

El jusnaturalismo nos dice que el fin del Derecho es la justicia. ¿Pero a qué justicia se refiere? Evidentemente no a la de la totalidad. Sin embargo el concepto de justicia fácilmente es trocado en el de "justicia conservadora" al que ya hicimos mención, que no es otra cosa que la justicia de la totalidad, siendo en realidad la legalidad de la injusticia.

Además las corrientes normativas, que tienen como analogado principal el Derecho objetivo, identifican a éste con la justicia, siendo que ésta, como vimos, nace de los derechos subjetivos, es decir en el ámbito del otro.

Aquí es donde se inscribe lo analéctico, que "quiere indicar el hecho real humano por el que todo hombre, todo grupo o pueblo se sitúa más allá (aná-) de la totalidad".<sup>27</sup>

La analéctica nos abre el horizonte metafísico, el más allá de la totalidad: la exterioridad, el ámbito del otro.

El método analéctico nos lleva al lugar desde donde debemos pensar la justicia:

<sup>26</sup> DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la Liberación*, ed. Edicol, México, 1977, p. 65.

<sup>27</sup> *Idem, supra*, p. 166.

- desde el hombre, libre e inmanipulable que la provoca;
- e inequívocamente, desde el pobre, desde el oprimido, desde el negado, desde aquel que sufre la injusticia, esto es, desde el *inequívocamente otro*.

Un jusnaturalismo histórico, entendiendo por el calificativo "histórico" el hecho de que en todo momento afirme, partiendo de las condiciones reales en que vive el hombre, la necesidad de que el Derecho objetivo sea expresión de la justicia; haciendo esta afirmación siempre desde el ámbito del otro, esto es, desde el hombre que por el solo hecho de serlo provoca a la justicia por su misma dignidad; y de manera fundamental, desde el hombre pobre, desde el hombre oprimido, desde el hombre negado, que es el hombre que sufre la injusticia, que es el inequívocamente otro; digo pues, desde un *jusnaturalismo histórico* se puede hacer una crítica permanente a cualquier régimen de Derecho.

Será un jusnaturalismo que no se case con ninguna formación social, ni con ninguna ideología. Su único compromiso será con el que padece la injusticia como negación del Derecho, esto es con el inequívocamente otro.

## DERECHO Y ORGANISMO SOCIAL EN EL PENSAMIENTO POSITIVISTA MEXICANO

SUMARIO: I. *Introducción*, II. *De la Monarquía colonial a la democracia*, III. *Liberales y positivistas*, IV. *El organismo social*, V. *La metáfora orgánica: ¿Una forma de derecho?*

Beatriz URÍAS HORCASITAS

### I. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos muy antiguos, las formas de la vida social han sido pensadas a través de la imagen del ser viviente. El cuerpo, referencia universal en tanto que principio de la vida, es y ha sido un instrumento preponderante para la conceptualización del orden bajo el cual se han desarrollado diversas civilizaciones.

Por lo que toca a la tradición occidental, baste mencionar un símbolo político que fundamenta la civilización de la cual somos herederos: la figura del doble cuerpo del rey que surge en Europa durante la Edad Media. Un estudio del notable historiador alemán Ernest Kantorowicz,<sup>1</sup> muestra que la idea de cuerpo social fue una de las referencias clave en el marco de la reflexión teológico-política a través de la cual las monarquías medievales adquirieron legitimidad. Inspirada en la concepción cristiana del cuerpo místico, la figura del doble cuerpo del rey legitima la existencia de un orden dentro del cual los hombres están jerarquizados en función de un fin supremo y último. Es decir, la vida social es puesta en relación con una dimensión sobrenatural, situada más allá y por encima de la esfera de lo humano.

El cuerpo imaginario que reagrupa a los seres sociales no es otro que el cuerpo inmortal que el monarca posee —además de su cuerpo humano y perecedero—, y cuya existencia se explica por el vínculo privilegiado que lo mantiene unido a Dios. En otras palabras, apoyándose en la idea del cuerpo místico según la cual Cristo tiene un cuerpo divino y un segundo cuerpo que representa a la Iglesia uniendo indivisible-

<sup>1</sup> KANTOROWICZ, E., *The king's two bodies: a study in mediaeval political theology*, Princeton University Press, 1970.

mente a todos los cristianos, la teología política medieval establece que la figura del monarca también se desdobra en un segundo cuerpo que determina la continuidad del reino de Dios sobre la tierra.

El impacto de la representación del doble cuerpo del rey fue tal, que después de la Edad Media se vuelve a encontrar en Europa la idea que el monarca encarna el reino en su cuerpo divino. No obstante, la figura original sufre transformaciones sucesivas relacionadas con el lugar y el proceso histórico a que corresponde. Así, por ejemplo, en la España del siglo XVII el símbolo medieval corresponde a la creación del Estado moderno; concretamente, a la necesidad de conciliar la permanencia de un orden jerárquico que hace de Dios la causa última de una racionalidad natural que pre-existe a la sociedad misma, y el surgimiento de un poder estrictamente humano y libre de una determinación trascendentalista. De acuerdo con la interpretación de José Antonio Maravall,<sup>2</sup> el surgimiento de este poder independiente se apoya en la figura de un cuerpo que reagrupa a los diversos órdenes y no a los individuos; que pertenecen a un pueblo ya diferenciado. Esta figura se inscribe en la tradición medieval y define fundamentalmente el papel del príncipe en la formación del cuerpo político, dejando de lado la conceptualización del vínculo que une a los diferentes órdenes y, por consiguiente, el vínculo que se establece entre la metrópoli y sus colonias. La importancia de la figura orgánica en la España del siglo XVII radica, pues, en el hecho de hacer inteligibles una serie de fuerzas, de estructuras y de funciones políticas que remiten a la esfera de lo humano. En otras palabras, en el seno de una sociedad tradicional, la figura del cuerpo social legitima la existencia de un poder que comienza a ser pensado y ejercido en términos racionales.

La figura medieval y sus manifestaciones subsiguientes son una referencia importante para comprender la presencia de la figura del cuerpo social en México durante la segunda mitad del siglo XIX. Considerando que nuestra cultura está inserta en la tradición occidental no queda excluida la posibilidad de establecer una relación entre ambos, aun cuando una y otra estén referidas a una problemática específica. A lo largo de este ensayo analizaremos la problemática que se expresa en México a través de la figura del organismo social, misma que aparece relacionada con las contradicciones que suscita la transición de la monarquía colonial a la democracia.

<sup>2</sup> MARAVALL, J. A., *La philosophie politique espagnole au XVIIème siècle dans ses rapports avec l'esprit de la contre-reforme*, Vrin, Paris 1955.

## II. DE LA MONARQUÍA COLONIAL A LA DEMOCRACIA

La Independencia produce modificaciones profundas en la sociedad novohispana. En ellas se apoya el cambio del grupo en el poder y el surgimiento de un nuevo orden económico. En el origen de estas transformaciones se encuentra el pensamiento innovador que redefine la concepción de la sociedad en cuanto tal, así como el lugar que se asigna al hombre dentro de ésta. La corriente inspirada en el racionalismo ilustrado que se introduce en México hacia fines del siglo XVIII, marca el sentido de dicha redefinición.

Sin hacer referencia explícita a la ruptura de los lazos coloniales, la obra de los humanistas criollos se interroga acerca de la realidad mexicana desde una perspectiva moderna. Es decir, desde una perspectiva inmanente a través de la cual la sociedad colonial cobra un sentido propio. Este enfoque da lugar a una reflexión que, a través de la recuperación del pasado indígena, fundamenta la existencia de una nación autónoma que agrupa a una comunidad singular cuya cultura remite a referencias anteriores a la llegada de los españoles. La pertenencia a la nueva nación queda definida por el lugar de nacimiento, en vez de los orígenes sociales o la raza, lo cual anticipa una nueva forma de concebir la inserción de los hombres dentro de la sociedad. A esto ayuda la refutación de las teorías sobre la inferioridad del Nuevo Mundo, difundidas en Europa por autores como Buffon y Pauw. Gracias al desarrollo del pensamiento humanista, al finalizar el siglo XVIII, el hombre americano —concretamente el criollo— posee plena conciencia de sus orígenes y del papel que le está dado representar en la historia nacional. En los albores del siglo XIX, la sociedad comenzará a ser pensada en relación con los valores inherentes al individuo autónomo. La introducción de la doctrina liberal contribuye a esta transformación.

Al terminar el conflicto con España, los liberales formados dentro de la corriente del racionalismo ilustrado tratan de implantar el orden democrático mediante la Constitución de 1824 que modifica la organización que existió durante la Colonia, expresando el proyecto de la minoría criolla que busca impulsar el progreso de la nación. Dicho proyecto se refiere por una parte, a la formación de una sociedad integrada por ciudadanos libres, cuya asociación descansa en la idea de contrato; y por otra, a la creación de nuevas instituciones —inspiradas en los principios de división de poderes, soberanía popular, secularización y federalismo— que regulen los términos de esta asociación y aseguren la irreversibilidad del nuevo orden. Es importante señalar que

el texto jurídico de 1824 se opone al despotismo y a todas las formas del poder personal.

Al igual que en Europa, donde la democracia se impuso al orden monárquico —y a diferencia de los Estados Unidos donde la democracia fue la forma de organización original, en la que prevalece lo que Tocqueville identifica como la "igualdad de condiciones"—,<sup>3</sup> México pasa sin transición del sistema colonial a un sistema de república casi parlamentaria. Históricamente, este paso toma un giro singular en el sentido que, desde las primeras décadas del siglo XIX, el proyecto democrático queda confrontado a una realidad que resiste al cambio. Al conflicto permanente que se instaura entre liberales y conservadores, hay que añadir una situación económica crítica y la hipertrofia burocrática heredada de la administración colonial, que impiden la consolidación de una nueva estructura de poder. El vacío institucional se agrava con la irrupción de los grupos masones, de los caciques locales y del ejército en la vida política. La conjunción de estos fenómenos está en el origen de la crisis que caracterizó los inicios de la historia independiente; momento en el que reinan la anarquía y la violencia, y en el que repetidas revueltas hacen temer el regreso de antiguos privilegios, acentuando las diferencias que tradicionalmente dividieron a la sociedad.

Confrontados a la dificultad de transformar la estructura colonial —que la Constitución de 1824 no pudo modificar por sí sola—, los liberales se interrogan acerca de la viabilidad del orden democrático en la nueva nación. Surgen preguntas acerca de cómo consolidar un poder supremo que detente una autoridad limitada, tomando en consideración la fuerte tradición absolutista; de cómo instituir un sistema democrático en una sociedad polarizada entre las clases privilegiadas y la masa indígena que continúa siendo considerada "inapta" para la libertad; de cómo unificar una sociedad desgarrada por la lucha entre dos órdenes irreconciliables que se disputan el poder.

Al responder a estas preguntas, los liberales ponen de manifiesto la paradoja que caracterizó la génesis del proyecto democrático en México. Dicha paradoja no es otra que el buscar la consolidación de un nuevo orden mediante la promulgación de los derechos universales, temiendo que la aplicación indiscriminada de éstos acentúe la crisis existente. En otras palabras, durante las primeras décadas del siglo XIX, los hombres progresistas piensan que la disolución de los privi-

<sup>3</sup> TOCQUEVILLE, A. de, *De la démocratie en Amérique, Oeuvres complètes*, troisième édition revue, Gallimard, Paris 1967.

legios que prevalecieron en el régimen colonial y el surgimiento de la democracia, serán inalcanzables al hacerse efectivos los nuevos derechos en una sociedad donde no todos los hombres pueden ser considerados individuos libres e iguales. Un intelectual como Mora expone claramente el razonamiento de los liberales, en relación con la cuestión del sufragio:

"El mayor de los males que en nuestra República ha causado esta peligrosa palabra (igualdad), ha consistido en la escandalosa profusión con que se han prodigado los derechos políticos, haciéndolos extensivos y comunes hasta las últimas clases de la sociedad. Si se examina atentamente el origen de nuestras desgracias, se verá que todas ellas han dependido de la mala administración, y que ésta no ha tenido otro principio que las fatales elecciones en que han disfrutado de la voz activa y pasiva, o lo que es lo mismo, de los derechos políticos, personas que debían estar alejadas de ellos por su notoria incapacidad para desempeñar con acierto y pureza las funciones anexas a ellos. El Congreso General se descuidó en fijar las bases generales para ejercer en toda la República el precioso derecho de ciudadanía y los Estados, por conservar la igualdad, no acertaron con las que deberían ser; la falta de experiencia les hizo presumir bien de la multitud, y este favorable concepto nos perdió a todos. Para reedificar pues el edificio social, es necesario precaver los descuidos que entonces hubo y zanjar los cimientos que entonces faltaron; en una palabra, es necesario que el Congreso Federal fije las condiciones para ejercer el derecho de ciudadanía en toda la República y que por ellas queden excluidos de su ejercicio todos los que no pueden inspirar confianza ninguna, es decir, los no-proprietarios."<sup>4</sup>

Supeditar la práctica del sufragio universal a un valor como la propiedad, no es privativo de México. Herederas de la tradición monárquica, las nacientes democracias europeas también rechazan la idea de otorgar el derecho de voto a individuos de diversa condición, temiendo que esto provoque el desmembramiento de la sociedad. En efecto, para los liberales europeos la posibilidad de que el pueblo elija a sus representantes a través del voto implica reconocer el poder que encierra una multiplicidad de voluntades individuales, en detrimento de la unidad.

<sup>4</sup> MORA, J. M. L., "Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía en la república y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad", *Revista política de las diversas administraciones que la República Mexicana ha tenido hasta 1837*, Obras sueltas, Porrúa, México 1963, pp. 630-1.

de una sociedad cuya identidad se representó tradicionalmente a través de la imagen de un cuerpo. De hecho, en el caso de Francia, la idea de cuerpo social que legitimó el Antiguo Régimen pierde validez con la revolución democrática en los albores del siglo XIX.

Para algunos filósofos franceses contemporáneos,<sup>5</sup> en la desaparición de la figura del monarca —que simbólicamente deja de existir cuando Luis XVI es decapitado— están implicados los cambios profundos que la revolución democrática acarrea, y que traducen lo incierto de la nueva experiencia. Por ejemplo, ante la ausencia de la referencia monárquica, el poder aparece como un "lugar vacío" susceptible de ser ocupado por cualquier individuo; el Estado y la sociedad se separan al no estar ya incorporados en un mismo cuerpo; en el seno mismo de la sociedad surgen las clases sociales, libres de la determinación de una jerarquía natural; por último, las esferas de lo económico, de lo jurídico y de lo científico se apartan de la religión, definiéndose autónomamente en función de normas y de fines específicos.

Frente al peligro que la sociedad pierda la coherencia que el orden monárquico le había proporcionado, los liberales —tanto europeos como hispanoamericanos— consideran la posibilidad de establecer límites precisos a los derechos universales que la Ley ha consagrado. La alternativa que examinan concierne la creación de una "democracia selectiva" en la que la minoría ilustrada asuma las funciones públicas hasta que el pueblo esté preparado para hacer un uso responsable de sus derechos. Esta alternativa —que anuncia la creación de un Estado investido de una autoridad considerable— se discute en el terreno de la historia política.

El interés por la historia política se afirma claramente desde los primeros años de vida independiente, momento en el que los liberales subrayan la necesidad de producir un conocimiento objetivo sobre la realidad. Es decir, un conocimiento que analice la naturaleza de la crisis por la que atraviesa el país, interrogándose acerca del lugar que le está destinado ocupar al Estado en una sociedad donde la democracia no se consolida a pesar de la destrucción de las viejas jerarquías. En el ámbito de esta reflexión, los liberales realizan un cuestionamiento de fondo a través del cual buscan la concordancia entre un poder autónomo respaldado en una estructura jurídica moderna y la limitación de los derechos que esta misma estructura otorga al individuo. En otras palabras, esta reflexión permite condicionar los dere-

<sup>5</sup> LEPORT, C., "L'image du corps et le totalitarisme", *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Fayard, Paris 1981, pp. 159-176.

chos individuales haciéndolos aparecer como un ideal, inconciliable en el corto plazo con las relaciones sociales "reales" que se establecen entre los hombres. De ahí la necesidad de legitimar un Estado fuerte que determine quiénes pueden hacer un uso responsable de sus derechos, y quiénes deben pasar por un largo proceso de homogeneización basado en la educación, el trabajo productivo, y eventualmente, el mestizaje, antes de ejercerlos.

Las orientaciones del pensamiento liberal que acabamos de esbozar sugieren la afinidad entre liberales y conservadores en algunos puntos clave. Por ejemplo, la reafirmación de la división racial y social que existió durante la Colonia; el rechazo de un régimen igualitario; la necesidad de un Estado fuerte; por último, la idea que la "verdadera sociedad" está formada por una clase de propietarios ilustrados y orientados hacia el trabajo productivo. Esto, a pesar de que los liberales generalmente se oponen a los conservadores en lo que concierne el federalismo, la secularización y la existencia de un gobierno republicano.

El hecho que existan puntos de convergencia en el seno de la élite criolla que ha asimilado los principios del racionalismo ilustrado desde fines del siglo XVIII, arroja una nueva luz sobre la problemática que caracterizó la génesis de la democracia en México. Algunos aspectos de esta problemática pueden ser más explícitos a través del análisis del nexo que se establece entre liberales y positivistas.

### III. LIBERALES Y POSITIVISTAS

Durante las primeras décadas del siglo XIX, en casi todos los países hispanoamericanos surgen regímenes personalistas en los que un déspota ejerce un poder arbitrario sobre sociedades sumidas en la pobreza y en la ignorancia. A diferencia de éstos, las dictaduras positivistas que se instauran posteriormente tratan de impulsar la paz y el progreso de la nación. En México, mediante una formidable concentración de poder, el régimen porfirista logra someter a los caciques locales, promover el desarrollo económico, así como hacer avanzar el conocimiento técnico y científico.

La corriente positivista que anima este régimen se declara heredera de la tradición liberal, aun cuando muchos liberales no se adhirieron al movimiento y mantuvieron una larga polémica con los ideólogos de la dictadura. No obstante, es importante señalar que tanto aquellos que simpatizaron con el positivismo como aquellos que lo pusieron en cuestión, coincidieron en la idea de que éste no constituye un resur-

gimiento de la tendencia conservadora derrotada por Juárez. El arraigo del positivismo se explica, más bien, en términos de una mutación de la doctrina liberal que conlleva la legitimación de un poder omnímodo.

¿Cómo explicar que la mudanza de los principios democráticos hacia un sistema dictatorial se presente como la solución definitiva de la crisis que impera desde la Independencia, en el momento en que los liberales han vencido a la Iglesia y al partido conservador, y son dueños del poder? Las Leyes de Reforma confirman la secularización de la sociedad; la Constitución de 1857 da nuevos fundamentos a un Estado republicano, federalista y liberal, que controla a los caudillos y al ejército; por último, el peligro de una intervención extranjera queda descartado con la victoria de Juárez contra los franceses. Estos factores parecen indicar que la demolición del antiguo régimen ha terminado y que por lo mismo la instauración de un Estado fuerte resulta innecesaria.

Tomado en consideración lo anterior, sería erróneo interpretar la asimilación del positivismo en relación con fenómenos coyunturales como son las ambiciones individuales del grupo que desde la Independencia ha detentado el poder económico, político e intelectual, o como el regreso del caudillismo y de las tiranías personalistas.

Una vez descartadas estas posibilidades, podemos formular la hipótesis de acuerdo con la cual el arraigo del positivismo obedece a un problema de fondo, como lo es el replanteamiento de la cuestión de la democracia a la luz de un proceso histórico singular.<sup>6</sup> En otras palabras, el desarrollo inusitado de la corriente positivista en México puede ser vinculado a la necesidad de ofrecer una alternativa a las contradicciones que la revolución democrática suscita. Estas contradicciones se refieren, en esencia, a la inadecuación —que los liberales mismos reconocen existe— entre los nuevos derechos que la Ley confiere a todos los individuos, y las condiciones que determinan históricamente a la sociedad. Al considerar que la Ley es la expresión de dichas condiciones y no un instrumento para su transformación, queda abierta la posibilidad de cuestionar la validez de los derechos que no se sustentan en el estado social. Esto explica que los positivistas realicen la mutación de los principios democráticos al reinterpretar lo establecido por la Ley a la luz de las leyes del progreso social, tomando como punto de referencia un conocimiento con pretensiones de cientificidad.

<sup>6</sup> Para un análisis detallado de esta hipótesis véase: B. Urías, "Race et égalité: la notion d'organisme social dans la pensée politique mexicaine au XIX<sup>ème</sup> siècle", *Tèhse de Troisième Cycle, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris 1982*.

El lugar que los positivistas asignan al conocimiento en la reformulación del orden establecido, se desprende de las orientaciones de la corriente organicista que se genera en Europa durante la segunda mitad del siglo XIX, y cuyos exponentes principales son Comte, Spencer, Stuart Mill y Darwin. Según esta corriente, el fenómeno humano es en esencia un hecho social y no individual. Aprender el fenómeno humano en su dimensión social es el objeto de una nueva ciencia que realiza la conjunción de tres perspectivas: sociológica, biológica e histórica. El estudio de la "estática social" está relacionado con las dos primeras; la "dinámica social" con la tercera. El trabajo del historiador consiste en realizar una serie de observaciones sobre el estado social para descubrir a través de ellas la "ley general del progreso del espíritu y de la civilización"; es decir, la "ley de los tres estados" que determina la evolución natural de las sociedades. La importancia del trabajo del historiador es decisiva, puesto que las posibilidades de intervenir deliberadamente en los fenómenos sociales depende del conocimiento previo del tipo de evolución que existe. Por ejemplo, los positivistas mexicanos plantean la posibilidad de intervenir sobre la realidad tomando en consideración que los estados teológico y metafísico —correspondientes a la Colonia y a los primeros años de la época independiente— han sido superados, y que la nación se encuentra en el umbral del estado positivo.

En los orígenes de estas ideas se encuentra la influencia liberal. Recordemos que los liberales establecieron un vínculo estrecho entre la ciencia histórica y la práctica del poder. Una de las tareas de los primeros regímenes independientes fue promover una reflexión coherente acerca del fenómeno de desintegración social que caracterizó los inicios de la historia nacional, a través de la cual se abre un espacio a la discusión de los derechos universales al margen del ámbito jurídico. El replanteamiento de esta cuestión a la luz de la corriente organicista es lo que da al pensamiento positivista mexicano un sentido radicalmente nuevo. En efecto, argumentando que una legislación elaborada durante la etapa metafísica pierde validez a medida que se avanza hacia el estado positivo, el pensamiento positivista anula los fundamentos del derecho establecido a partir de la Independencia.

El pensamiento positivista —que abre la posibilidad de que el hombre intervenga sobre la realidad sin las trabas que impone una legislación cuyas orientaciones no coinciden con el estado de la evolución social— se inscribe en la racionalidad del proyecto industrialista. Este último tiene como objetivo fundamental reorganizar la vida social en

función del trabajo productivo. Los ideólogos de la dictadura parten de la premisa que, independientemente de su razón o condición, todos los mexicanos deben participar activamente en la esfera económica. Sin embargo, a diferencia de los ilustrados y los liberales que manejan la misma idea, los positivistas sostienen que la participación del individuo no es relevante en cuanto tal, puesto que la vida productiva es concebida en términos de la interacción de grandes grupos que se inscriben de manera específica dentro de la sociedad. Estos grupos corresponden a tres categorías: industriales o propietarios, trabajadores o proletarios, parásitos u ociosos.

Además de determinar la posición inamovible del individuo en la sociedad, estas categorías establecen una jerarquía entre los grupos que participan en el proyecto industrialista. El éxito de éste depende, pues, tanto de la aglutinación de todas las fuerzas sociales en un esfuerzo común, como del establecimiento de una división interna que determine el lugar que les está destinado ocupar a criollos y mestizos (propietarios) y a los indígenas (trabajadores); los ociosos son considerados elementos nocivos que deben ser eliminados.

La historia positivista conceptualiza las orientaciones de la política industrialista a través de la figura del organismo social, que legitima la existencia de un orden natural e inamovible. La implantación de dicho orden se desprende de la existencia de un Estado fuerte sustentado en la desigualdad de condiciones, lo cual conlleva la crítica de la legalidad establecida en el marco de la modernización de la sociedad mexicana.

#### IV. EL ORGANISMO SOCIAL

"La sociedad, afirma Justo Sierra en la *Evolución política del pueblo mexicano*, es un ser vivo, por tanto crece, se desenvuelve y se transforma; esta transformación perpetua es más intensa a compás de la energía interior con que el organismo social reacciona sobre los elementos exteriores para asimilárselos y hacerlos servir a su progresión".<sup>7</sup> A través de esta imagen, el pensamiento positivista articula una nueva concepción de lo social que descansa en la noción de un centro o núcleo, al que quedan supeditados diversos grupos cuya interrelación se asemeja a aquella que se establece entre varios órganos durante un ciclo vital. La diferenciación y la coherencia de las funciones orgánicas están referidas a las formas de participación en la

<sup>7</sup> SIERRA, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano*.

vida productiva de grupos considerados inferiores o superiores, tanto por su raza como por su educación. Esta racionalidad permitirá legitimar un nuevo orden, en oposición a los principios democráticos, susceptibles de regular las relaciones sociales entre individuos de diversa condición en función de los requerimientos de la división del trabajo social.

En el marco de esta interpretación, es importante evocar el ejemplo de una interesante figura orgánica a través de la cual se instituyen los fundamentos de las grandes civilizaciones asiáticas. En efecto, sabemos que dichas civilizaciones provienen del grupo lingüístico ario, cuya herencia puede ser identificada en la instauración de un orden social basado en una jerarquía de castas que se expresa mediante una imagen antropomórfica. Por ejemplo, en la India védica, el universo social se representó a través de un modelo cosmogónico figurado como un hombre (el Purusa), en cuyos miembros se engendran las cuatro clases en las que se encuentra dividida la humanidad: el brahman en la boca, el guerrero en los brazos, el Vaiçya en los muslos y el Cūdra en los pies. El orientalista francés Paul Mus,<sup>8</sup> sostiene que la división social expresada a través de esta imagen constituye una de las más antiguas formas de derecho que se conocen, en el sentido que el nombre y la función que se le asigna a cada uno de estos cuatro grupos queda inscrita por vez primera y en forma definitiva en el sagrado Rig-Veda, que legitima y da sentido a todo lo que nombra. El hecho de que en la figura del Purusa estén contenidos los principios que instituyeron una forma de vida social, nos ayuda a comprender la significación de la concepción orgánica en el México decimonónico. Analicemos más en detalle los supuestos en que descansa dicha concepción a través de la obra de uno de los pensadores positivistas más connotados: Justo Sierra.

Este autor contrapone la idea atomista del Estado liberal en el que los individuos se sitúan frente al poder desde una posición singular e idéntica para todos, y la idea del Estado orgánico que supedita las voluntades individuales a la racionalidad del conjunto. El Estado orgánico es equiparado a la cabeza del cuerpo social: "es el gobierno algo como un cerebro: a él se transmiten todas las aspiraciones, todos los sentimientos, todas las corrientes sociales, y él convierte en movimiento esas sensaciones y reobra sobre el organismo social".<sup>9</sup> Este ór-

<sup>8</sup> Mus, P., "Où finit Purusa?", *Melanges d'Indianisme: à la mémoire de Louis Rénou*, Publications de l'Institut de Civilisation Indienne, Paris 1968, p. 550.

<sup>9</sup> SIERRA, J., "El programa de *La Libertad*: la cuestión política", *La Libertad*, 4 de

gano central está integrado por el grupo de los "más aptos", y representa "los intereses generales y superiores que son comunes a las unidades que lo forman"; de ahí la posibilidad de conferirle "un poder mucho mayor en nombre de la ciencia, que el que tuvieron los césares o los monarcas absolutos en nombre del pueblo o por delegación del cielo".<sup>10</sup>

La fuerza del Estado orgánico descansa, pues, en el hecho de representar los "derechos sociales", mismos que deberán prevalecer sobre los derechos individuales hasta que la intensificación de la división del trabajo social —concebida en términos de una lenta germinación o crecimiento— permita dar una mayor autonomía a la esfera del individuo. La defensa de esta concepción conduce a los positivistas a entablar una intensa polémica con los liberales en torno a la cuestión del derecho; su argumentación se apoya en la racionalidad orgánica que, como hemos visto, no es la primera vez que está relacionada con dicha cuestión. Es importante presentar partes sustanciales de esta argumentación.

En el marco de la polémica sobre el derecho, los positivistas parten de la premisa que "la sociedad, como toda existencia concreta, es el producto de un desarrollo sometido a leyes fijas. Dirigir las investigaciones en el sentido de conocer estas leyes y conformar a ellas las leyes positivas, debe ser el trabajo del estadista, del legislador, del publicista. Todo lo que sea contrario a esas leyes es artificial, sólo puede mantenerse por la violencia física o moral, y está condenado a perecer irremisiblemente".<sup>11</sup> Tomando en consideración que las leyes que instituyeron a la democracia en México no fueron puestas en concordancia con las leyes de la evolución social, Sierra critica a la "vieja escuela liberal... que cree que una sociedad se regenera gracias a 'dogmas metafísicos'; y sin tener en cuenta la verdad de los hechos, ni la experiencia, ni las condiciones en que un pueblo vive, hace leyes ficticias, que no son el producto de las necesidades sociales, sino que tienden por medio de proposiciones falsas a reducir a las sociedades a un modo de ser determinado, lo que es un error científico; es la

febrero de 1879, *Obras completas IV. Periodismo político*, Edición ordenada y anotada por A. Yáñez, UNAM, México 1977, p. 212.

<sup>10</sup> SIERRA, J., "Problemas sociológicos de México", discurso pronunciado en la clausura de los concursos científicos el 18 de agosto de 1895, *Obras completas V. Discursos*, Edición ordenada y revisada por A. Yáñez, UNAM, México 1977, p. 214.

<sup>11</sup> SIERRA, J., "Polémica con don José María Vigil: nuestros principios", *La Libertad*, agosto, septiembre y octubre de 1878, *Periodismo político, op. cit.*, p. 162.

escuela que cree que el medio de amoldar a los pueblos a esos dogmas es la violencia, es decir, la revolución, lo cual es un error moral; es la escuela que cree... que los hombres del 93 establecieron sobre bases imperecederas derechos olvidados o desconocidos, lo cual es un error histórico".<sup>12</sup>

Concretamente, Sierra reprocha a los constituyentes de 57, el haber creído "a ciegas en el disparate histórico que consiste en considerar al hombre como anterior a la sociedad, y a la sociedad como un producto del convenio de los individuos; (el haber aceptado) más o menos concientemente la absurda teoría del contrato social. Antes que nada existían los derechos del individuo, la 'base'; luego se instituyó la sociedad cuyo 'objeto' es los derechos del hombre... ¿Ignoraban sus autores que la actividad humana sólo puede desarrollarse en la sociedad; que el hombre, de cerca o de lejos, nada es sin la sociedad; que asociarse para él no es un producto de su reflexión, sino un resultado fatal de sus necesidades fisiológicas y de sus aptitudes morales; que el hombre nace de la asociación y vive por ella y para ella? El hombre es la celdilla de ese gran organismo natural que se llama sociedad; una celdilla en abstracto nada es; la unidad orgánica no tiene realidad sino en el conjunto orgánico de que forma parte: es imposible separar al hombre de la sociedad ni a la sociedad del hombre".<sup>13</sup> De este razonamiento se desprenden dos ideas. En primer lugar, la idea que la Constitución de 1857 ha entorpecido, en vez de estimular, la evolución del organismo: "en una sociedad en la que apenas se iniciaba un trabajo en sentido cohesivo, el código de 57 ha producido un resultado gravísimo de determinar una corriente intensa en sentido de la desagregación, corriente que nos lleva por el amplio cauce del más extremado individualismo, hacia fuera del límite preciso en que toda sociedad necesita contenerse para formar uno de esos todos armónicos que se llaman naciones".<sup>14</sup> En segundo lugar, la idea que la Constitución es impracticable: "hay en el fondo de la ley fundamental contrasentidos tales, que desde el momento en que se la confronta con la realidad, se adivina la razón de su terrible impotencia para engendrar en este país la estabilidad y la paz...".<sup>15</sup> Esto se traduce en un

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 157-8.

<sup>13</sup> SIERRA, J., "El programa de *La Libertad*: crítica constitucional", *La Libertad*, diciembre de 1878-marzo de 1879, *Periodismo político, op. cit.*, pp. 180-1.

<sup>14</sup> SIERRA, J., "Conservadores y reaccionarios", *La Libertad*, 12 de junio de 1878, *Periodismo político, op. cit.*, p. 150.

<sup>15</sup> SIERRA, J., "Una carta política al señor Zamacona", *La Libertad*, 15 de enero de 1880, *Periodismo político, op. cit.*, p. 271.

mal profundo que "consiste en el reinado ostentoso y único de la mentira, en que siendo nuestra Constitución en muchas cosas inaplicable, se la mantiene como ley suprema en la apariencia y se la hunde en el fondo". De ahí que, "el prestigio de la ley ha acabado, el país no se siente resguardado por ella, no cree en su poder y, por consiguiente, se comprende dominado por el acaso y la fuerza".<sup>16</sup>

El corolario a estos supuestos es que para corregir el mal "hay que acudir a un remedio en el organismo mismo, y el organismo es la Constitución; lo que quiere decir que la Constitución debe reformarse".<sup>17</sup> Reformar la Constitución aparece ante los positivistas como la mejor manera de proteger una democracia naciente y "rodeada de elementos de muerte antes que de condiciones que faciliten su desarrollo".<sup>18</sup> Dichas condiciones estarán dadas en la medida en que se haga a un lado "todo lo que en nuestras instituciones no se practica ni se puede practicar"; en este sentido Sierra reitera, "no queremos el estorbo de derechos verbales que son el escarnio de todos, sino el estímulo de libertades cuyo bien y cuya actividad palpemos. En una palabra, queremos que el ideal sea una estrella en nuestro cielo, no una celada a nuestros pies".<sup>19</sup>

La reforma constitucional apunta hacia dos objetivos específicos, dirigidos a proteger y estimular la evolución social. El primero está relacionado con el fortalecimiento del poder del Estado, punto sobre el que Justo Sierra expresa una opinión categórica: "es natural pedir para un pueblo que por sus elementos heterogéneos y aislados está en pésimas condiciones de vida, la vigorización de un centro que sirva para aumentar la fuerza de cohesión, porque de lo contrario la incoherencia se pronunciará cada día más, y el organismo no se integrará, y esta sociedad será un aborto".<sup>20</sup> El segundo está relacionado con la limitación de los derechos individuales, puesto que de su promulgación en la Constitución de 1857 se infiere "que cada uno es superior a la sociedad, que la sociedad es una ficción, y que la disgregación del pueblo mexicano, verificada por su historia, queda dogmáticamente sancionada por la ley fundamental".<sup>21</sup> En la *Evolución política del*

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>17</sup> SIERRA, J., "Inamovilidad judicial", discurso en la Cámara de Diputados en la sesión del 12 de diciembre de 1893, *Discursos*, op. cit., p. 171.

<sup>18</sup> SIERRA, J., "Sobre las elecciones", *La Libertad*, 24 de mayo de 1878, *Periodismo político*, op. cit., p. 147.

<sup>19</sup> SIERRA, J., "Conservadores y reaccionarios", op. cit., p. 151.

<sup>20</sup> SIERRA, J., "El programa de La Libertad: positivismo político", *La Libertad*, 3 de septiembre de 1879, *Periodismo político*, op. cit., p. 239.

<sup>21</sup> SIERRA, J., "Polémica con don José María Vigil", op. cit., p. 181.

*pueblo mexicano*, Justo Sierra admite que la promoción de la evolución social mediante el ensanchamiento de la acción del Estado y la limitación de la esfera del individuo ha significado el sacrificio de la evolución política de una nación en donde "no existe un solo partido político, agrupación viviente organizada, no en derredor de un hombre, sino en torno a un programa".<sup>22</sup> Esto nos conduce a reflexionar acerca de los términos en que se plantea la cuestión de la legalidad.

#### V. LA METÁFORA ORGÁNICA: ¿UNA FORMA DE DERECHO?

Hemos interpretado la figura del organismo social como un instrumento para replantear las contradicciones que la revolución democrática acarrea y que no pueden ser manejadas dentro del marco jurídico establecido. Esta interpretación pone de manifiesto la distancia que en determinados momentos llega a establecerse entre la teoría y la práctica de la democracia, lo cual se traduce en un ejercicio defectuoso de la legalidad.

Abordar la cuestión de la legalidad nos obliga a comenzar por definir el lugar que se le asigna al derecho en la sociedad democrática. En términos generales, es posible afirmar que vivimos en un sistema en el que el derecho emana del seno de la sociedad, fijando los límites al ejercicio del poder. En efecto, aun cuando la legitimidad del poder es uno de los objetos centrales del discurso jurídico moderno, el derecho mantiene una posición de exterioridad frente al tipo de gobierno que legitima; de ahí la posibilidad de articular una oposición al Estado fundada en la Ley. En este sentido, la exterioridad del derecho frente al poder se manifiesta claramente en relación con los derechos individuales, que se encuentran por encima de la esfera de influencia del Estado. Más aún, en una democracia es posible que la sociedad mueva la sanción legal de nuevos derechos, independientemente de la intervención del poder político.

De acuerdo con este razonamiento, desarrollado originalmente dentro de la reflexión filosófica contemporánea acerca del totalitarismo,<sup>23</sup> el derecho no puede ser supeditado —es decir, transgredido o reformulado— a la contingencia del acontecer político o económico, sin infringir la esfera de lo social. En efecto, cuando en nombre del progreso social el Estado positivista intenta fortalecer al Estado en detrimento de los

<sup>22</sup> SIERRA, J., *Evolución política del pueblo mexicano*, op. cit., p. 396.

<sup>23</sup> LEFORT, C., "Droits de l'homme et politique", *Libre 7*, Payot, Paris 1980, pp. 3-42.

derechos individuales, realiza una agresión al derecho, y por ende a la sociedad civil, aunque paradójicamente la agresión a la sociedad civil esté legitimada a través de la exaltación de la figura de la sociedad, presentada como un organismo vivo que al crecer y desarrollarse se identifica plenamente con los designios de la cabeza del cuerpo.

Lo anterior permite establecer que la figura del organismo social planteada por los positivistas mexicanos no puede ser considerada como una forma de derecho, a pesar de que efectivamente abrió la posibilidad de replantear los términos de la legalidad establecida. En otras palabras, si bien la imagen orgánica queda investida de una fuerza singular en el marco de la dictadura positivista, no pudo convertirse en una forma de derecho siendo, en realidad, una forma de agresión al derecho en el seno de una sociedad donde se gestaba una de las modalidades de la democracia moderna.

## FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL SENADO: ESTUDIO COMPARATIVO

Eugenio URSÚA-COCKE

SUMARIO: *Introducción. A. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. B. Unicameralismo y Bicameralismo. C. Competencia agregada del Senado. I. Funciones concurrentes. 1. Administración pública. 2. Arqueología. 3. Bienes nacionales. 4. Censura, voto de 5. Comercio Exterior. 6. Constitución, constitucionalidad y reformas constitucionales. 7. Contratos. 8. Control del gobierno. 9. Derechos individuales y estados de emergencia o de sitio. 10. Deuda pública. 11. Elecciones. 12. Empleados y funcionarios. 13. Federación-Estados, relación entre. 14. Finanzas. 15. Fomento. 16. Honores, premios y estímulos. 17. Información e investigación. 18. Inquilinato. 19. Independencia y seguridad nacionales. 20. Inversión extranjera. 21. Juicio político. 22. Legislación, en general. 23. Militares. 24. Moneda 25. Monopolios. 26. Obras públicas. 27. Perdonos y amnistias. 28. Pesas y medidas. 29. Relaciones exteriores. 30. Sentencias de muerte. 31. Territorio. 32. Tribunales. 33. Veto. II. Funciones exclusivas. 1. Derechos individuales. 2. Derechos y costumbres locales. 3. Divorcio. 4. Elecciones. 12. Empleados y funcionarios. 23. Militares. 34. Rehabilitación 35. Tenencia de la tierra. Conclusiones. Cuadro comparativo con funciones senatoriales en México. Notas.*

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo forma parte de un estudio que realicé para una consulta popular sobre el Senado mexicano. En aquella ocasión pude concluir que, desde el punto de vista comparativo y tomando en cuenta la inserción de nuestro país en los regímenes presidencialistas, nuestro Senado debería desaparecer, recibir funciones exclusivas más amplias o convertirse en órgano consultivo para aquellas cuestiones de índole económica, política o social que requirieran representación sectorial más que geográfica. Agrego ahora una nueva disposición de sus partes y un cuadro comparativo con las funciones senatoriales en México.

Después de consultas más amplias a los textos constitucionales correspondientes, el trabajo resultó más extenso. Trabajé sobre la hipótesis de que, fuera cual fuera la decisión política tomada, existe en el mundo un gran desequilibrio entre las funciones que desempeña la Cámara Alta (Senado) y las de carácter concurrente (en mayor o me-

nor grado) que comparte con la Cámara Baja (Cámara de Diputados) en la estructura legislativa de la abrumadora mayoría de los países: las funciones concurrentes son mucho más numerosas y de mayor importancia que las exclusivas.

Consideraré indispensable dividir el trabajo en tres capítulos principales, a saber: el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; Unicameralismo y Bicameralismo; y Competencia Agregada del Senado. Encontré que si se desea lograr un mejor equilibrio entre ambas Cámaras del Poder Legislativo (suponiendo que la supresión o el cambio de carácter del Senado resulte políticamente inaceptables), sería posible asignar al Senado con carácter exclusivo algunas de las treinta y tres funciones que ejerce concurrentemente con la Cámara de Diputados. De esta manera, las once funciones exclusivas del Senado se verían ampliadas y su existencia como un cuerpo colegislador reforzada.

Sin embargo, debe advertirse que, particularmente en los países de menor tradición parlamentaria, existe una gran brecha entre las disposiciones de tipo constitucional —única fuente de observación nuestra— y las distintas realidades prácticas sobre las que supuestamente presiden. Por lo tanto, mis conclusiones deben contrastarse o valorarse frente a condiciones histórico-políticas que escapan al presente estudio.

Deseo también subrayar que la mera re-ordenación de las funciones tradicionales señaladas a una, a otra, o a ambas cámaras olvidaría indebidamente la naturaleza cambiante del escenario en que se ejercen, incluyendo cambios económicos rápidos, transformaciones culturales por medio de difusión masiva de información (o desinformación) y nuevos cauces a expresiones políticas individuales y colectivas.

Por último, me es grato destacar que, si bien asumo la plena responsabilidad de las líneas que siguen, el Departamento de Investigaciones a que me honro en pertenecer participó activamente, de manera individual y en pleno, en su discusión de manera que aquí agradezco profundamente.

#### A. EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO

Las constituciones surgidas del proceso de descolonización —secuela de la Segunda Guerra Mundial— se caracterizan por el esfuerzo de racionalización del régimen parlamentario, adaptándolo a un nuevo contexto político-social; por la limitación del éxito de tal esfuerzo a partes de la India; y por el fracaso general del parlamentarismo a la

européa en los países en vías de desarrollo. Para mi propósito, cabe destacar que<sup>1</sup>

“sin que quepa enunciar una regla absoluta a este respecto, puede decirse que los países que han llegado a la independencia, que han adoptado el régimen parlamentario y no presentan ni estructura federal ni Ejecutivo monárquico, se orientan hacia el sistema de Cámara única”.

El autor citado atribuye el éxito del sistema político occidental en la India, principalmente, a la actividad de Pandit Nehru, la existencia del Partido del Congreso (dominante), la presencia de una burocracia heredada de los ingleses y la aceptación de un ritmo muy lento de desarrollo económico. (Nótese que en México la casi-sacralización de una figura como la de Nehru sería un anatema político y que el rápido ritmo de desarrollo fue, por lo menos hasta fecha reciente, considerado como un éxito del sistema imperante). Por lo demás, el intento de trasplantar el sistema político europeo occidental ha llevado en África, en Asia y en América Latina a diversas formas de dictadura militar antidemocrática (muy excepcionalmente progresistas, como la del Perú en los mil novecientos sesentas).

Aunque Hauriou se ocupa también<sup>2</sup> de los desequilibrios políticos de las sociedades industriales, debo destacar sus consideraciones sobre la suplantación de las formas imitativas del parlamentarismo occidental en los países en vías de desarrollo por una segunda generación de dictaduras o de instituciones de tipo presidencialista.<sup>3</sup> El autor argumenta magistralmente que la práctica del régimen parlamentario tiende a conferir a la oposición la misma dignidad que al Gobierno y a la mayoría parlamentaria, porque tal oposición no afecta el proyecto común ni el estilo de vida sino que se refiere sólo a las prioridades por establecer para alcanzar objetivos comúnmente aceptados. La renuencia a admitir, a corto plazo, a la oposición en el juego democrático abierto en los países en desarrollo obedece a que hacerlo significa una amenaza a la autoridad del Gobierno y a la del partido dominante.

Admitiendo que, independientemente de si existe o no justicia distributiva en el proceso, México ha superado ya la fase del subdes-

<sup>1</sup> HAURIU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, 1970, pp. 480-1.

<sup>2</sup> *Id.*, pp. 659-695.

<sup>3</sup> *Id.*, pp. 835-7.

arrollo y ha despegado económicamente, tal superación económica debe ser acompañada de una madurez política que permita el acceso a la oposición a los centros de poder. El fundamento teórico de este argumento se encuentra en la separación entre los intereses políticos nacionales y los intereses del partido mayoritario.<sup>4</sup> Por supuesto, tal acceso tiene que estar acompañado por el otorgamiento de poder real a la institución de que se trate como sería el Senado de la República; una de las formas de lograrlo, al menos formalmente, sería la atribución de competencias ampliada al Senado, como propongo en las Conclusiones de este estudio.

En América Latina la segunda generación política se manifestó en que las instituciones políticas de la entonces (principios, siglo XIX) recién independizada América Latina se tomaran de la Constitución americana de 1787 fueron derrotadas en la práctica por las tradiciones autoritarias heredadas de la Península Ibérica, un clero conservador y el pobre desarrollo de la economía (subrayado en México por las intervenciones extranjeras). Estos desequilibrios

“favorecieron un desequilibrio de las instituciones que desemboca en un considerable reforzamiento del Ejecutivo y la correlativa pérdida a costa del Parlamento”.<sup>5</sup>

Los mecanismos utilizados para ello han sido, en particular, el derecho de depositar los proyectos de ley en una u otra Cámara; la posibilidad de vetos parciales; y la posibilidad teórica (Venezuela) o práctica (México) de quitar al Congreso las llaves del arca presupuestal.

[A pesar de la comunidad de idioma y de religión, entre otras, entre los países de América Latina, no es conveniente llevar ese concepto demasiado lejos. En efecto, existen profundas diferencias entre los países latinoamericanos: geográficas (Brasil ocupa una extensión mayor que los Estados Unidos, mientras que Haití ocupa sólo la fracción menor de la isla relativamente pequeña, compartida con la República Dominicana, por ejemplo); de población (como el hecho de que toda la población de El Salvador cabría en alguna de las metrópolis de la región); de recursos (recordemos el cobre chileno frente a los recursos naturales muy escasos del Paraguay); y culturales (tales como el alto

<sup>4</sup> GIL-VILLEGAS, Francisco, conferencia dictada en la Universidad de Guanajuato, junio de 1985.

<sup>5</sup> HAURIQU, *supra*, nota 1.

índice cultural del Uruguay frente al analfabetismo extendido en Bolivia).]°

Frente a los serios problemas a que se enfrenta la región se ha optado por soluciones políticas, económicas y sociales que no siempre corresponden a las propuestas por sus disposiciones legales formales. En consecuencia, quizá no haya parte alguna del orbe donde sea tan acusada la diferencia entre la teoría constitucional y la práctica gubernamental. La tendencia general parecería ser la de despreciar o pasar por alto tales constituciones en los momentos más críticos. Aun así, quizá en algunos países sí se pueda apreciar un esfuerzo por conceder mayor importancia a sus normas legales supremas, atribuible según nuestro autor,<sup>7</sup> a la aparición de una clase media, la extensión de las facilidades docentes, la elevación del nivel de vida y un mejor conocimiento de países donde los valores democráticos están más sólidamente establecidos.

El sistema legislativo adoptado en la mayoría de los países latinoamericanos es el bicameralismo y la misión del Poder Legislativo es importante, por lo menos teóricamente: las legislaturas pueden optar por la política que mejor les parezca; están en condiciones de exigir responsabilidades al Poder Ejecutivo, mediante el proceso por inmoralidad (o el término equivalente que adopte cada Constitución); y tienen el derecho constitucional de confirmar o ratificar las decisiones del Poder Ejecutivo. Pero la situación real es distinta de la que pudiera inferirse de la lectura de los textos constitucionales ya que, por lo general, las legislaturas<sup>8</sup> son

“bastante débiles (y) las recomendaciones del Ejecutivo suelen ser aceptadas, mientras que tales cámaras no brillan por su iniciativa”.

Esta situación práctica es provocada<sup>9</sup> por las tendencias a la centralización y el predominio del ejecutivo, por los poderes expandidos de éste y sobre todo “por las exigencias confluyentes” de integración nacional y social. Tales condiciones llevan a un presidencialismo caracterizado como

una concepción centralista y cuasiabsolutista del poder ejecutivo: el

<sup>6</sup> ZINK, Harold, *Los sistemas contemporáneos de gobierno*. México: Libreros Mexicanos Unidos, 1965.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 873.

<sup>8</sup> *Id.*, pp. 883-4.

<sup>9</sup> KAPLAN, Marcos, periódico *El Día*, ciudad de México.

presidente y su grupo inmediato eligen y controlan a los parlamentarios nacionales, a los gobernantes y legisladores provinciales, a los dirigentes de partido y altos funcionarios públicos, a los jueces y a los principales grupos intelectuales. Todos ellos, a su vez, contribuyen al manejo del electorado y los candidatos elegidos convalidan o ejecutan las decisiones de la élite del poder de que son apéndices. El congreso tiene un papel débil y subordinado al ejecutivo, excepto al senado como reducto de oligarquías regionales.

También el poder judicial se coloca en un nivel subordinado frente al ejecutivo.

Hauriou señala otras dos formas de presidencialismo: el reforzado y el cerrado. En su aspecto legislativo, el presidencialismo reforzado se caracteriza, sobre todo en el África, porque el Presidente inicia leyes, ejerce el derecho de voto, controla el presupuesto en ciertas circunstancias y se puede apoyar en un sistema de referencia semejante al utilizado en su tiempo por el Presidente De Gaulle en Francia. En casos extremos, el privilegio aludido alcanza hasta a disolver la Asamblea. Como ejemplo de presidencialismo cerrado se presenta la Constitución de Argelia de 1963 que establecería un sistema de Estado-Partido en el que el control del gobierno y la votación de las leyes se deposita en una Asamblea Nacional, pero la lista de candidatos a ésta está determinada por el Partido.<sup>10</sup>

Esta decadencia de las legislaturas se ha explicado<sup>11</sup> por las demandas de las dos guerras mundiales, las crisis económicas, la adopción de políticas socialistas o de bienestar social y persistentes tensiones mundiales. Han aparecido nuevas necesidades, así como una mayor delegación de funciones al ejecutivo. Actualmente los medios masivos de comunicación desempeñan mejor la función de debate tradicionalmente asignada a las legislaturas. Las legislaturas estatales pierden poder ante la creciente fuerza financiera de los funcionarios federales. Los ciudadanos tienen foros más eficaces para presentar sus quejas, incluyendo las oficinas especiales creadas dentro de la administración pública y por las organizaciones profesionales.

<sup>10</sup> HAURIOU, *supra* nota 1.

<sup>11</sup> WHEARE, K. C., *Legislaturas*. México: LI Legislatura, Cámara de Diputados, 1981, pp. 165-72 (Trad. 2a. ed. inglesa, 1968).

## B. UNICAMERALISMO Y BICAMERALISMO

En opinión de Maurice Duverger,<sup>12</sup> la cuestión de si el Parlamento debe tener una o varias Cámaras, importante a principios del siglo XX, pierde progresivamente importancia en la práctica y excepto en los Estados federales están, en todo caso, en vías de desaparecer las segundas cámaras, como sucedió en Dinamarca en el año de 1953 o en Suecia en 1969, o pierden su influencia en países donde aún subsisten. En México, el Senado desapareció entre 1857 y 1879.

En cambio, Buscaretti sostiene<sup>13</sup> que el principio del bicameralismo —la existencia de dos cámaras legislativas, una de las cuales, por lo menos, tiene carácter representativo— recibe afirmación plena entre los Estados de democracia clásica. Según él, el unicameralismo sólo se encuentra en Estados de dimensiones pequeñas como San Marino o Andorra en Europa y algunas repúblicas de América Central; la mayoría de los Estados-miembros de Estados federales; Australia y parte de la India; algunos Estados de democracia radical como Finlandia, Estados bálticos, Turquía, Grecia, Oriente Medio y la España republicana de la primera postguerra, tendencia no repetida en esos Estados después de la segunda postguerra; y países socialistas no formados, como la Unión Soviética y Yugoslavia, por diversas nacionalidades.

En todo caso, no parece haber uniformidad en cuanto a la división de poderes entre las dos cámaras cuando éstas se presentan. Por una parte, el Senado de los Estados Unidos es sumamente poderoso y, en algunos aspectos (sobre todo en el campo de las relaciones internacionales) su autoridad es mayor que la de la Cámara de Representantes.<sup>14</sup> El Congreso de los Estados Unidos en su conjunto "ha aumentado ciertamente sus facultades en ese siglo, especialmente a partir de la toma de posesión del presidente Roosevelt"<sup>15</sup> y desde entonces a través de sus comisiones investigadoras. Por otra parte, el Senado actual en Francia es relativamente débil, aunque más fuerte que el Consejo de la República.

También Vergottini<sup>16</sup> subraya que el bicameralismo, donde existe,

<sup>12</sup> DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1955, 1970, p. 190 (5a. ed.).

<sup>13</sup> BUSCARETTI DI RUFFA, Pablo, *Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965, p. 305.

<sup>14</sup> ZINK, *supra* nota 6, pp. 982-5.

<sup>15</sup> WHEARE, *supra* nota 11, pp. 165-6.

<sup>16</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1983, pp. 332-3.

no responde a un modelo único sino que se ha diversificado profundamente. Partiendo del presupuesto de que una de las dos cámaras es siempre elegida sobre la base nacional, y como tal es sede privilegiada de las relaciones políticas entre el gobierno y el órgano legislativo, la segunda cámara puede ser órgano de representación de elementos o clases limitadas o de entes territoriales; formarse con procedimiento popular electivo, por nombramiento, por vía hereditaria; y puede tener facultades distintas o semejantes a las de la primera cámara (bicameralismo "imperfecto" y bicameralismo "perfecto", respectivamente). En la práctica las atribuciones de la asamblea dependen de su representatividad y de las modalidades del nombramiento de sus miembros. Hay una tendencia a que prevalezca el bicameralismo "imperfecto" o, mejor dicho, "desigual", en el que las competencias de la Cámara alta son menores que las de la baja: no concede votos de confianza; cuando se pide su aprobación a las propuestas de ley que prosperaron en la Cámara baja carece de competencia para bloquearlas por tiempo indefinido; y la Cámara baja tiene predominio sobre la alta en materia financiera, tanto en el momento de la iniciativa cuanto en la decisión final.

En los Estados federales la cámara alta o cámara de los Estados puede estructurarse según el modelo del Senado o el del Consejo. El primer modelo (Estados Unidos, Suiza, Canadá o Australia) exige la presencia de parlamentarios que sean representativos de Estados miembros y están dotados de autonomía de acción dentro de la cámara. El segundo modelo (Alemania Federal) se caracteriza por la presencia de parlamentarios que son simplemente delegados, sujetos a las directrices del Estado que representan.<sup>17</sup>

Otro esquema podría dividir a las segundas cámaras en segundas cámaras políticas y segundas cámaras económicas.<sup>18</sup> Las primeras, a su vez, se dividirían en segundas cámaras aristocráticas y segundas cámaras federales. En general, las segundas cámaras políticas tienen, dentro de su gran variedad, la misma competencia que las primeras cámaras, si bien algunas veces sus poderes pueden ser más reducidos.

Las segundas cámaras aristocráticas constituyeron, en el siglo XIX, una fase transitoria entre los antiguos regímenes aristocráticos y los regímenes democráticos modernos en los que la aristocracia gozaba de representación separada dentro del Parlamento. La primera de estas cámaras aristocráticas fue la Cámara de los Lores inglesa, de la cual

<sup>17</sup> *Id.*, p. 335.

<sup>18</sup> DUVERGER, *supra* nota 12.

se desprendió la Cámara de los Comunes. Está compuesta en la actualidad<sup>19</sup> por 26 Lores Espirituales u obispos de la Iglesia Anglicana; cerca de 750 pares (y, ocasionalmente, Damas) hereditarios; 11 Lores Justicia, nombrados por vida para ocupar puestos en la Suprema Corte que reside principalmente en la Cámara de los Lores; y cerca de 360 Pares Vitalicios.

Las funciones legislativas efectivas de la Cámara de los Lores están severamente limitadas: sólo muy ocasionalmente inician legislación no controvertida. Aunque esta cámara no puede evitar la aprobación de la legislación originada en la Cámara de los Comunes, sirve como etapa de reflexión y como foro de discusión informada sobre temas de actualidad. El futuro de la cámara es dudoso y sólo ha permanecido por la tendencia británica a no abolir instituciones a menos que éstas sean objetables o dañinas. La existencia precaria de la Cámara de los Lores se inscribe dentro del esquema general de Duverger<sup>20</sup> según el cual se ha tendido a abolir la segunda cámara, como en Noruega, Suecia y Finlandia; a privarla de sus poderes reales, como en la Gran Bretaña; o a transformarla en asamblea democrática o pseudodemocrática, como en Francia, Bélgica o los Países Bajos.

En general, las primeras cámaras federales se han considerado como consecuencia natural de la estructura federal porque son

"la imagen de la unidad del Estado federal: representan al conjunto del pueblo, la totalidad de la nación; se eligen en proporción a la población de cada Estado miembro. [Las segundas cámaras, en cambio] son las representaciones de cada Estado particular en su individualidad y están compuestas, por tanto, de igual número de delegados de cada Estado, sin tener en cuenta la importancia de su población [respectiva]".<sup>21</sup>

Sin embargo, esta división está atenuada en algunos Estados federales como la Unión Soviética y la República Federal de Alemania para evitar demasiadas desigualdades en la representación. Duverger sostiene que un semejante bicameralismo existe en la mayor parte de los Estados federales como los Estados Unidos, aunque también se ha dicho<sup>22</sup> que en los Estados Unidos el Senado se considera "una concesión a la igual-

<sup>19</sup> Ver una descripción detallada de la Cámara de los Lores en Walter Bagehot, *The English Constitution*. Glasgow: Fontana/Collins, 1963, pp. 121-149.

<sup>20</sup> DUVERGER, *supra* nota 12.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 191.

<sup>22</sup> *Encyclopaedia Britannica*, vol. XX, p. 322.

dad soberana de los Estados y como parte del compromiso que hizo posible tal gobierno". Además, el Senado de los Estados Unidos está constituido por dos senadores por cada Estado, quienes por lo menos deben tener treinta años de edad, residir en el Estado que representan y ser ciudadanos de los Estados Unidos por lo menos desde nueve años antes de su elección, misma que se efectúa por un periodo de seis años, si bien el Senado se renueva en un tercio cada dos años.<sup>23</sup> Los poderes legislativos del Senado son concurrentes a los de la Cámara de Representantes, aunque sólo esta última puede iniciar legislación referida a impuestos. Esta última disposición disminuye de manera considerable el poder del Senado aunque, en la práctica, el Senado puede cambiar tan radicalmente como quiera la legislación, una vez introducida por la otra cámara. En caso de desacuerdo la propuesta de ley sujeta a un compromiso a través de un Comité, compuesto de representantes de ambas cámaras. El Senado interviene principalmente en dos campos ejecutivos: la ratificación de los nombramientos presidenciales de mayor jerarquía y el consentimiento a los tratados internacionales. Además, juzga a aquellos funcionarios que, después del raro proceso de consignación (*impeachment*), iniciado en la Cámara de Representantes, quedan sujetos a juicio del Senado. Por último, las prerrogativas del Senado de iniciar consultas públicas sobre temas de importancia nacional le dan un gran poder indirecto.

Hauriou describe<sup>24</sup> un tercer tipo de democracia occidental clásica (además de Inglaterra y los Estados Unidos) en la Confederación Helvética, donde se combinan un sistema federal en un marco geográfico estrecho, con una amplia escala de procedimientos democráticos semidirectos y, sobre todo, la existencia de un Ejecutivo colegiado que funciona bajo la dependencia jurídica del Parlamento. El autor reconoce, sin embargo, que el sistema suizo ha tenido poco arraigo en el mundo: Uruguay lo intentó sin éxito. La cámara federal suiza se denomina Consejo de los Estados (Cantones) lo que da acceso a tales cantones a la vida federal y ante el que están representados a razón de dos diputados cada uno y un diputado por cada semicantón, cualquiera que sea la cifra de la población cantonal. Sin embargo, aun en Suiza la distribución actual de competencias expresa la marcha hacia la centralización política.

Por lo que respecta a las segundas cámaras económicas, éstas apa-

<sup>23</sup> ELLIOT, Florence y SUMMERSKILL, Michael, *A Dictionary of Politics*. Penguin Reference Books, 1964.

<sup>24</sup> HAURIOU, *supra* nota 1, pp. 480-1.

recieron en los mil novecientos veinte para oponer a las primeras cámaras elegidas según un criterio geográfico, unas segundas asambleas elegidas con criterios corporativos o sociales. Estas cámaras se han dado tanto en los sistemas fascistas como en los socialistas y, con carácter consultivo, en las democracias occidentales.

En los países socialistas es precisamente la representatividad, el debate y la discusión lo que constituye, al menos teóricamente, el fundamento mismo de su organización política. Sin embargo, su rechazo unánime si bien matizado por el Senado, elimina la utilidad de éste para fines comparativos. Sólo en Checoslovaquia y en Yugoslavia se preserva el espíritu del Senado en cuanto a representante de intereses regionales, por conocidas razones de representación étnica. En cuanto a la Unión Soviética, establece constitucionalmente una serie de salvaguardas para la representación de las nacionalidades, incluyendo una posibilidad de separación de la Unión, difícilmente practicable en la realidad. En los países de economía planificada lo que se trata es de asegurar la participación de diferentes categorías sociales en la preparación del plan y, en general, en la elaboración de la política económica. Un buen ejemplo se da en Yugoslavia, donde además éstas cámaras constituyen una reacción en contra de los excesos burocráticos partidistas y, desde 1968, encarnan en tres Consejos: económico; para la educación y la cultura; y para asuntos sociales y de salud.

Buscàretti también se refiere<sup>25</sup> a las segundas cámaras económicas, aunque llamándolas "representaciones de intereses particulares" y ejemplificándolas con instituciones de la Unión Soviética donde, sin embargo y hasta la constitución de 1936, se daba mayor peso relativo a los obreros que a los campesinos, por la supuesta mayor conciencia proletaria de los primeros.

Aunque las segundas cámaras económicas se han intentado también en las democracias occidentales (por ejemplo, en el Consejo económico y social de Francia), no han tenido un éxito notable

Aun así, sería

"útil permitir a los sindicatos y a las organizaciones profesionales, es decir, a los grandes 'grupos de presión', expresarse oficialmente y confrontar sus puntos de vista".<sup>26</sup>

Ese punto de vista favorable ha sido sostenido por muy diversas

<sup>25</sup> BUSCÀRETTI, *supra* nota 13, p. 302.

<sup>26</sup> DUVERGER, *supra* nota 12, pp. 194-5.

corrientes, incluyendo la católica. Su descrédito se debe posiblemente a su identificación con los fascismos inmediatamente anteriores a la Segunda Guerra Mundial; pero aun inmediatamente después de esa guerra la Constituyente italiana aceptó ese criterio, favorable, en la formación del Senado que de ese modo adquirió un carácter totalmente distinto al de la Cámara de Diputados.

Según Buscaretti, las principales objeciones prácticas a las segundas cámaras económicas son la posible arbitrariedad en la distribución de puestos y la dificultad de fundir intereses opuestos. Por ello, los Estados de democracia clásica han adoptado este sistema muy raramente, como en el caso del Consejo Nacional de Economía y el Trabajo de Italia. Por último, debe indicarse que esas instituciones no deben confundirse con un verdadero pluricameralismo que podría debilitar gravemente el Poder legislativo por su excesivo fraccionamiento.

Es preciso ahora hacer un recorrido geográfico por Europa, América Latina y otros países para clasificar con más precisión a la mayoría de los países del mundo según su adhesión al bicameralismo o al unicameralismo, dejando para los dos últimos capítulos de este trabajo la definición de las respectivas competencias.

Los siguientes países europeos declaran en sus constituciones<sup>27</sup> que su Poder legislativo está dividido en dos cámaras, una de las cuales es la de Senadores: Bélgica (Art. 26); España (Art. 66); Francia (Art. 24); Italia (Art. 55); Turquía (Art. 63). Otros países europeos también dividen su Parlamento, pero no utilizan el término "Senado" sino algún otro término análogo: Alemania Federal (Dieta y Consejo Federal, Arts. 38 y 50, respectivamente); Austria (Consejo Nacional y Consejo Federal, Arts. 24 y 34, respectivamente); Checoslovaquia (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Eslovaco, hasta 1968, y Cámara del Pueblo y Cámara de las Naciones, desde entonces); Gran Bretaña (Cámara de los Comunes y Cámara de los Lores, Leyes Orgánicas del Parlamento de los años de 1911 y 1949, respectivamente); Países Bajos (Primera y Segunda Cámaras, Art. 89); Irlanda (*Dail Eireann y Seanat Eireann*, Art. 15); Islandia (Cámaras Baja y Alta, Art. 32); Noruega (*Laging y Odelting*, Art. 49); Suiza (Consejo Nacional y Consejo de los Estados, Art. 71); y Yugoslavia (Asamblea Federal, Arts. 282 y 284, respectivamente).

Los siguientes países declaran expresamente el carácter unicameral de su Poder legislativo: Albania (Asamblea del Pueblo en Art. 5);

<sup>27</sup> DARANAS PELÁEZ, Mariano (ed.), *Las constituciones europeas*. Madrid: Editora Nacional, 1979, 2 vols.

Bulgaria (Art. 2); Dinamarca (Art. 28); Finlandia; Grecia (Art. 26); Hungría (Art. 19); y Suecia (Art. 3). Los países socialistas de entre esa lista parecen sostener la representatividad popular a nivel regional y local mediante Consejos populares. También podrían considerarse unicamerales los siguientes países, si bien cuentan también con Consejos de Estado que tienen cierta competencia legislativa: Alemania Oriental (Arts. 48 y 66 respectivamente); Polonia (Arts. 20 y 29, respectivamente); y Rumania (Arts. 4 y 62).

La Unión Soviética, a la que ya me referí en párrafos anteriores, mantiene a lo largo de toda su estructura política el sistema de los *soviets* que incluye la función legislativa (Art. 89), aunque en su cúspide el Soviet Supremo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se divide en el Soviet de la Unión y el Soviet de las Nacionalidades; ambas Cámaras "tendrán las mismas prerrogativas", según el Art. 109. Además, el Presidium del Soviet Supremo ejerce, en unión del Partido Comunista, el verdadero poder e incluye funciones legislativas.

En el caso de Portugal, aunque unicameral en su Asamblea de la República, sostiene un Consejo de la Revolución con capacidad notable, de intervención legislativa, aunque podría predecirse su gradual desaparición a medida que se alcanzaran los objetivos antidictatoriales que lo originaron.

Quedan excluidas de éstas y siguientes consideraciones, las pequeñas entidades políticas de Andorra, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, San Marino y el Vaticano, las que, con excepción de San Marino, representan un régimen unicameral.

En los capítulos C y D de este trabajo haré una relación detallada de funciones concurrentes del Senado y la respectiva Cámara baja, así como de las funciones exclusivas del primer cuerpo legislativo. Sin embargo, es importante enumerar antes desde un punto de vista geográfico y funcional el bicameralismo que se da en las grandes regiones mencionadas y en algunos de sus países específicos.

Dentro de los países europeos de régimen bicameral se pueden distinguir, pues, dos grandes grupos: aquellos minoritarios que conceden facultades enteramente concurrentes a sus Cámaras de Diputados y Senadores (o sus equivalentes funcionales) y aquellos que conceden facultades separadas o específicas a cada una de las Cámaras.

Por lo que respecta a países con Cámaras enteramente concurrentes: en Bélgica, "el poder Legislativo será ejercido colectivamente por el Rey, la Cámara de Representantes y el Senado" (Art. 26), aunque

se segregan las Cámaras de los Consejos culturales de lengua francesa y neerlandesa; también en Checoslovaquia se prevén dos Repúblicas, la Checa y la Eslovaca, cuyos parlamentos están divididos en las Cámaras del Pueblo y la de las Naciones, que "tendrán los mismos derechos" [Art. 29 (2)] y además existen Consejos Nacionales que son "el único órgano legislativo" de cada región; en Islandia "las dos Cámaras tendrán funciones concurrentes" (Art. 48); en Italia "la función legislativa será ejercida, colectivamente, por entrambas Cámaras" (Art. 70); Noruega es un curioso ejemplo de una Cámara única que, una vez elegida, se divide literalmente en dos con fines puramente funcionales; si bien en Suiza los Consejos Nacional y de Estados intervienen conjuntamente en el proceso legislativo, se hace una "reserva de los derechos del pueblo y de los cantones" (Arts. 89 y 123); en Yugoslavia el concepto de autogestión se antepone a la división tradicional entre intereses nacionales y regionales, de lo que resulta un sistema altamente complicado de equilibrio entre la Asamblea y el Consejo Federal, en el que la predominancia legislativa parece inclinarse a la primera; y en Chipre la Constitución procura encomendar todas las funciones legislativas tradicionales a cada una de las Cámaras Comunitarias.

Por lo que respecta a la concesión de funciones específicas o separadas, en términos generales resulta que el Senado puede actuar de una de las tres maneras o una combinación de ellas: como cámara de representación regional, como cámara de debate u opinión o como cámara de "enfriamiento" en donde la Cámara de Diputados o su equivalente mantienen primacía. Es importante mantener ese esquema en mente cuando se lee la enumeración que sigue, en la inteligencia de que por razones prácticas no se sigue en los capítulos C y D que se refieren abajo a funciones concurrentes y específicas o, mejor dicho, exclusivas. Veamos, pues, algunas diferencias funcionales en diversos países europeos:

En la República Federal de Alemania el poder legislativo queda vinculado al orden constitucional [Art. 20 (2)]. En los Estados, partidos y municipios, el pueblo tendrá una representación que emane de elecciones por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Los Estados podrán concertar tratados con Estados extranjeros si son competentes para legislar y obtienen el "asentimiento" del Gobierno Federal para ello [Art. 32 (2)]. El Consejo Federal participa en forma minoritaria en la Comisión Mixta del Parlamento. Las propuestas de ley del Gobierno de la Dieta (o cuerpo que reúne al Consejo

Federal y al Nacional) se presentarán en primer lugar al Consejo Federal para su examen. Las propuestas de ley particularmente urgentes podrán ser presentadas ante la Dieta directamente si al cabo de tres semanas no se ha recibido la posición del Consejo Federal. El dictamen del Consejo Federal se transmite a la Dieta dentro de los tres meses siguientes a la presentación del proyecto (Art. 76). Una vez aprobado, el proyecto de ley será nuevamente transmitido al Consejo Federal.

En Austria el Consejo Nacional y el Consejo Federal se reunirán conjuntamente en una asamblea federal para la toma de posesión del Presidente de la República y la declaración de guerra, según el Art. 38. El Consejo Federal podrá presentar al Consejo Nacional propuestas de ley por medio del Gobierno Federal [Art. 41 (1)] y oposiciones razonadas a las leyes aprobadas por el Consejo Nacional dentro de las ocho semanas siguientes a su recibo, según el Art. [42 (2)]; el Consejo Nacional podrá entonces publicarlas si obtiene el consentimiento de la mitad de sus componentes. Sin embargo, la oposición del Consejo Federal no podrá utilizarse contra leyes que tengan por objeto: el Reglamento del Consejo Nacional; la aprobación del presupuesto federal; la disolución del Consejo Nacional (el Consejo Federal podrá disolverse a sí mismo); los créditos federales; o los bienes de la Federación [Art. 42 (5)]. Un tercio de los miembros del Consejo Federal podrá solicitar que una ley constitucional sea sometida a votación popular según el Art. 44 (2). Ningún miembro de la legislatura estará ligado "por mandato alguno en el ejercicio de sus respectivas funciones" (Art. 56). Las inmunidades de los miembros del Consejo Federal pueden ser algo más limitadas que las de los demás legisladores, puesto que se equiparan sólo a las concedidas a los miembros de su Asamblea regional (Art. 58).

En España "el Senado es la Cámara de representación territorial" [Art. 69 (1)] e incluye Senadores de provincia, de provincias insulares, de las poblaciones de Ceuta y Melilla y de las Comunidades Autónomas [Art. 69 (2-6)]. La Constitución no especifica claramente la intervención del Senado en materia de economía y hacienda. Sólo establece que "corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación" [Art. 134 (1)] y que "el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior" [Art. 134 (3)].

En Francia si bien "la iniciativa de las leyes pertenece concurrente-

mente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento, los proyectos de leyes financieras se someterán en primer lugar a la Asamblea Nacional [de diputados]" (Art. 39). El Senado deberá decidir en un plazo más breve, además, que la Asamblea Nacional sobre esas leyes (Art. 47).

En la Gran Bretaña, según el Acta o Ley Orgánica del Parlamento del 18 de agosto de 1911, la Cámara de los Lores tenía sólo un mes para rechazar el proyecto de carácter financiero; transcurrido este periodo, el proyecto se convertiría en ley. La Cámara de los Lores podía rechazar un proyecto de ley no financiera por tres sesiones consecutivas. A partir de la Ley Orgánica del Parlamento del 16 de diciembre de 1949, el número de rechazos de la Cámara de los Lores a proyectos de la Cámara de los Comunes se redujo a dos.

En los Países Bajos la Primera Cámara (Senado) de los Estados Generales podrá aprobar o rechazar las propuestas de ley examinadas en primer lugar por la Segunda Cámara (de Diputados) (Arts. 127-8). No se aclara cuál es el siguiente paso en caso de rechazo o modificación por la Primera Cámara de las propuestas del Rey o de la Segunda Cámara.

En Irlanda en los proyectos de carácter financiero, el Senado sólo podrá hacer recomendaciones dentro de un periodo de veintidós días, correspondiendo la iniciativa exclusivamente a la Cámara de Representantes (Art. 21). En todas las demás leyes, el Senado podrá hacer oír su opinión dentro de un lapso no mayor de noventa días, mismas que podrán ser desoídas después del transcurso de ciento ochenta días por la Cámara de Representantes (Art. 23). Ese periodo podrá acortarse en casos de urgencia y de "necesidad" inmediata (Art. 24); también se aplicará lo anterior en casos de emergencia pública.

Finalmente, en Turquía la elección de senadores no depende de consideraciones regionales (Art. 71).

En el subcontinente latinoamericano (excluyendo a Belice, a Guyana y algunas naciones caribeñas de menor extensión relativa no consideradas en este estudio), Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y El Salvador tienen el sistema legislativo unicameral.<sup>28</sup> Cuba

<sup>28</sup> Muñoz, Luis, *Comentarios a las constituciones iberoamericanas*. México: Ediciones Jurídicas Herrero, 1954. En éste y en el anterior capítulo se suprimieron, para facilidad de lectura, las referencias constantes a las páginas del texto consultado y se mantuvo sólo el articulado de la Constitución. Nótese también que no fue posible verificar la vigencia presente de las Constituciones citadas, aunque creo que aun en los infrecuentes casos en que hayan sido radicalmente reformadas o derogadas, siguen siendo útiles como referencias de trabajo.

sigue actualmente el modelo de las repúblicas socialistas que comento arriba.

Todos los demás Estados de América Latina dividen sus respectivos Poderes legislativos en dos Cámaras, generalmente designadas como Cámaras de Representantes y de Senadores, aunque Argentina llama a las suyas "una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Capital"; Brasil agrega al Senado el carácter de "federal"; Colombia y Uruguay prefieren llamar a sus diputados "representantes"; y Perú especifica que su Senado es "funcional". Cuando se refieren al Poder legislativo en su conjunto, las correspondientes constituciones hablan de "Congreso", "Congreso Nacional", "Asamblea Nacional" o "Asamblea General" sin que ello altere su carácter.

Puede decirse que, siguiendo el modelo norteamericano, pero adaptándolo en cierta medida a sus características políticas, históricas y culturales propias, los Estados latinoamericanos se clasifican como regímenes presidencialistas por inferencia de sus textos constitucionales pero, sobre todo y como establezco en páginas anteriores, por sus realidades políticas y de control económico, administrativo y aun de formación social.

En cambio, la mayoría de los países no europeos y no americanos (y por tanto, la mayoría numérica de las naciones de la tierra) han optado por el sistema unicameral.<sup>29</sup> En efecto, en el Medio Oriente sólo Afganistán y Jordania sostienen un sistema bicameral, si bien en el primero hasta la invasión soviética y en el segundo desde febrero de 1976 el Rey está facultado constitucionalmente para suspender indefinidamente las elecciones legislativas. En Jordania misma, el Poder Legislativo está compuesto por el Rey y una Asamblea Nacional compuesta de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados; la segunda tiene el doble de miembros que la primera. Los senadores son nombrados entre antiguos presidentes de la Cámara de Diputados, la Suprema Corte y otros tribunales, y entre altos jefes del ejército. La Cámara de Diputados sirve como cámara de origen de los proyectos de ley propuestos por el Primer Ministro. En caso de conflicto entre las Cámaras respecto de algún proyecto, éste es decidido por las dos terceras partes de los asistentes a una reunión conjunta de ambas Cámaras. El Rey debe enviar a la Asamblea su veto razonado contra cualquier proyecto de ley, el que podrá ser superado por la acción conjunta de ambas Cámaras.

<sup>29</sup> *The Middle East and North Africa*: 1979-80. Londres: Europa Publications, Ltd. (26a. ed.).

En la vasta región asiática: Australia, la India, el Japón, Malasia, Pakistán y Taiwán mantienen sistemas legislativos bicamerales. En cambio, Bangladesh, Brunei, Bhutan, Birmania, las Filipinas, las Islas Fiji, Hong Kong, Kampuchea, Indonesia, Mongolia, Nepal, Nueva Zelandia y Papua Nueva Guinea proclaman sistemas legislativos unicamerales. Corea del Norte y Vietnam siguen, en general, el sistema descrito para la Unión Soviética y otros países socialistas.<sup>30</sup>

En Australia el Senado está constituido por miembros elegidos directamente en su Estado por medio de representación proporcional en un total de aproximadamente la mitad del número de miembros de la Cámara de Representantes. La Constitución enumera con bastante detalle las funciones del Poder legislativo, dejando a los Estados la legislación sobre materias no reservadas expresamente al Poder legislativo federal. Además, los Estados gozan de poderes residuales para todo aquello que concierna a "la paz, el orden y el buen gobierno".

El Parlamento hindú está formado por el Presidente de la República y dos Cámaras: la Alta (*Rajya Sabha*) y la del Pueblo (*Lok Sabha*). La Cámara Alta incluye doce miembros nombrados por el Presidente de la República en calidad de representantes especiales. Existe un Vicepresidente de la India quien es a la vez presidente de la Cámara Alta. El proceso de reformas constitucionales es flexible y en él participan ambas Cámaras. Los proyectos de ley que involucran finanzas sólo podrán ser presentados por la Cámara del Pueblo y ésta se reserva también la respectiva decisión final. Se ha dicho<sup>31</sup> que "el Parlamento de Delhi es la única institución de su tipo [en Asia] que funciona de manera ejemplar" y que

"las instituciones parlamentarias están más firmemente consolidadas en el modo de vida del pueblo hindú que en el de bastantes países de Europa".

En el Japón la Dieta se reúne una vez al año, es la máxima autoridad del Estado y tiene atribuciones legislativas exclusivas. Está formada por la Cámara de Representantes y la de Consejeros (en número de la mitad de miembros que la primera). La Cámara de Representantes puede adoptar en segunda votación una ley rechazada, o no discutida en el término de sesenta días por la Cámara de Consejeros. Tanto los

<sup>30</sup> *The Far East and Australasia 1977-8: A Survey and Directory*. Londres: Europa Publications, Ltd., 1977.

<sup>31</sup> ZINK, *supra*, nota 6, p. 924.

tratados cuanto las cuestiones presupuestales pueden ser aprobadas por la Cámara de Representantes si la de Consejeros no las ha considerado en treinta días o si su Comité Conjunto no ha llegado a un acuerdo. La Cámara de Consejeros tiene sólo diez días para actuar en la designación del Primer Ministro, y la de Representantes puede sobreponerse a su veto o falta de acuerdo. Existe la posibilidad de referenda populares sobre reformas constitucionales.<sup>32</sup> Zink señala<sup>33</sup> que aunque las dos Cámaras se parecen mucho en su estructura general, "la de Representantes tiene primacía considerable..."

El Senado de Malasia incluye miembros nombrados por el Rey y otros elegidos por las legislaturas locales; constituye un tercio del número de miembros de la Cámara de Diputados. La iniciativa sobre cuestiones financieras es exclusiva de la Cámara de Representantes. El Senado sólo puede diferir la promulgación de aquellos proyectos de ley aprobados por la Cámara de Representantes. Aunque en Pakistán existe formalmente un Senado, fue disuelto en el año de 1977. La República de China (Taiwan) ofrece la particularidad de que su poder legislativo cuenta con cinco cámaras llamadas *yuan*: la Ejecutiva, máxima institución administrativa del Estado; la Legislativa, con poder de recibir informes administrativos y considerar cambios políticos de gobierno; la Judicial; la de Exámenes, ocupada en cuestiones del servicio civil; y la de Control, elegida por los Consejos locales para investigar y juzgar la labor de las Cámaras Legislativa y Ejecutiva.<sup>33</sup>

Es en África donde el unicameralismo es más prevalente. De los numerosos Estados independientes del Continente Africano sólo Botswana, Liberia, Rodhesia y Sudáfrica cuentan con poderes legislativos bicamerales. En cambio, las siguientes naciones se legislan bajo el sistema unicameral: Angola, Argelia, Benin, Burundi, Camerún, el Imperio Centrafricano, las Islas de Cabo Verde, Chad, la República Popular del Congo, Djibouti, Egipto, Etiopía (de corte socialista, como Mozambique), Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Costa de Marfil, Kenia, Lesotho, Libia, Madagascar, Malawi, Mali, Marruecos, Mauritania, Mauricio, Namibia, Niger, Nigeria, Rwanda, Sao Tome e Principe, Senegal, Sierra Leone, Singapur, Somalia, Sudán, Transkei, Sri Lanka, Tanzania, Togo, Uganda, Alto Volta, Zaire, Túnez y Zambia. Según la Constitución de Botswana de 1966, el Parlamento consiste en una Asamblea Nacional electa y en una Cámara de Jueces de carácter consultivo. Liberia mantiene un sistema legislativo seme-

<sup>32</sup> *The Far East...*, *supra*, nota 30, pp. 531-2.

<sup>33</sup> ZINK, *supra*, nota 6, pp. 417-8.

jante, excepto en lo federal, al de los Estados Unidos de América; existen dos Cámaras, electas directamente. En Rodhesia el Poder legislativo recae en un parlamento bicameral compuesto por un Senado y una Cámara Baja; también existe un Consejo de Jefes. En Swazilandia el antiguo bicameralismo fue disuelto por el golpe militar de 1973. Sudáfrica sostiene, dentro de sus políticas discriminatorias generales, un pseudo-sistema bicameral con representantes exclusivamente blancos.<sup>34</sup>

Según el análisis de Vergottini,<sup>35</sup> en los países recién independizados, principalmente de África,

“paralelamente al reforzamiento del Ejecutivo, la posición de la asamblea legislativa electa aparece extremadamente débil”.

Los parlamentos de tales países son en su abrumadora mayoría unicamerales porque el bicameralismo se considera riesgoso para la unidad indispensable del Estado e incompatible con la modernización (esto último por las proclividades de los Senados a la reflexión interminable y al freno de toda iniciativa de cambio político o de cualquier otra índole). Donde existen partidos únicos, éstos resultan incongruentes con una posible composición diversa, o pluripartidista, de las dos cámaras; esto es cierto si el partido es meramente dominante. Además, es preciso recordar la insuficiencia absoluta de atribuciones de control político a las legislaturas unicamerales en los países mencionados. Si bien en muchas de sus Constituciones se han incluido diversas soluciones organizativas para agilizar un control político del Gobierno, en la práctica las posibilidades de ejercerlo son “inexistentes”, puesto que el Presidente de la República es al mismo tiempo jefe del partido al que necesaria o mayoritariamente se adhieren los miembros del Parlamento.<sup>35</sup>

### C. COMPETENCIA AGREGADA DEL SENADO

Como el propósito original de este artículo fue servir de auxiliar al legislador mexicano que deseara comparar sus instituciones con las de otros países, para este capítulo construí un Senado hipotético con los datos obtenidos de más de cincuenta países. De las referencias obtenidas en los documentos constitucionales correspondientes (y en algunas fuentes generales), formé un catálogo alfabético con el propósito de alcanzar la competencia agregada que a continuación expongo; por

<sup>34</sup> L. BANKS, Arthur (ed.), *Political Handbook of the World*.

<sup>35</sup> VERGOTTINI, *supra*, nota 16.

supuesto, es posible que alguna función menor haya escapado a este tamiz. En todo caso, nuestro Senado hipotético participaría, en razón de sus orígenes mundanos, en funciones concurrentes con una Cámara Baja igualmente hipotética (pero cuyas funciones serían también agregadas y de origen real) y encargarse de ciertas funciones exclusivas. En las conclusiones de este artículo sugiero un reacomodo de tales atribuciones, para alcanzar un mejor equilibrio entre ambos cuerpos legislativos, puesto que parece poco probable que en México se llegue a suprimir el Senado y que la admisión de partidos de oposición, de suyo incierta, no alteraría fundamentalmente el peso político o jurídico de dicho Senado. El lector podrá encontrar en las Notas a este artículo las referencias correspondientes, textuales en su mayor parte.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> En este capítulo y el siguiente se hacen referencias sólo al número del artículo, suprimiéndose las fracciones, a fin de aliviar la lectura. Casi todos los textos completos de los respectivos artículos y fracciones pueden encontrarse en las siguientes obras. En seguida del nombre del país aparece la fecha de la Constitución a que hacemos referencia.

ZINK, *supra*, nota 6:

Canadá.

DARANAS, *supra*, nota 27:

Austria (10. de octubre de 1920);

Bélgica (7 de febrero de 1831);

España (31 de octubre de 1978);

Francia (1978);

Irlanda (10. de julio de 1937);

Italia (22 de diciembre de 1947); y

Países Bajos (1972).

MUÑOZ, *supra*, nota 28:

Dominicana, República (10 de enero de 1947);

Ecuador (31 de diciembre de 1946);

Haití (25 de octubre de 1959);

Nicaragua (10. de noviembre de 1950);

Perú (9 de abril de 1933);

Uruguay (21 de octubre de 1951); y

Venezuela (11 de abril de 1953).

*The Middle East...*, *supra*, nota 29 (textos parciales):

Turquía (25 de octubre de 1961).

*The Far East...*, *supra*, nota 30 (textos parciales):

Australia;

India; y

Japón.

BANKS, *supra*, nota 35:

Bahamas;

Botswana;

Estados Unidos;

Rhodesia; y

Sudáfrica.

## I. FUNCIONES CONCURRENTES

1. *Administración Pública.* El Senado supervisa la gestión del Gobierno federal; se mantiene informado de ella y adopta resoluciones al respecto; cuida por sí mismo o por medio de organismos creados al efecto de la legal administración y debida inversión de las rentas nacionales; y, en general, atiende al buen servicio de la administración pública.<sup>37</sup>

2. *Arqueología.* Indeterminadas.<sup>38</sup>

3. *Bienes Nacionales.* Determina lo conveniente para la conservación y fruto de los bienes nacionales y para la enajenación de los bienes del dominio privado de la Nación; arregla la administración de los bienes muebles nacionales; y decreta o autoriza, en su caso, la enajenación o la hipoteca de sus bienes inmuebles.<sup>39</sup>

4. *Censura, voto de.* Examina la conducta oficial de los ministros de Estado y los censura si hubiere motivo o retira su confianza al Gobierno, haciendo necesaria la elección de uno nuevo. El voto de censura podrá determinar la renuncia inmediata, individual o colectiva, de los ministros censurados.<sup>40</sup>

¿Por qué estos países? Porque me parecen representativos de los ámbitos geográficos y políticos mencionados en los capítulos A y B. Se menciona exactamente el mismo número de países europeos que hispano-parlantes (excluyendo a España). Los países americanos no anglo-parlantes constituyen exactamente la tercera parte de todos los países mencionados. El mayor número de referencias particulares a Constituciones latinoamericanas refleja una reconocida inclinación personal y profesional; además, si las diversas funciones del Senado se repiten, a veces machaconamente, en muchas Constituciones del mundo, ¿por qué no seleccionar como ilustrativas las propias y no las ajenas? Por propias entiendo en este contexto las latinoamericanas.

<sup>37</sup> Según la fracción primera del Artículo 52 de la Constitución de Austria, tanto el Consejo Federal cuanto el Consejo Nacional podrán supervisar la gestión del Gobierno Federal, mantenerse informados de ella y expresar resoluciones al respecto. La Constitución del Ecuador fue aún más lejos, pues su Artículo 53 dice que "corresponde al Congreso dividido en Cámaras... cuidar, por sí mismo o por medio de organismos creados al efecto, de la legal y recta administración y debida inversión de las rentas nacionales" y, en general, "atender al buen servicio de la administración pública".

<sup>38</sup> El Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana concede competencia en esta materia al Congreso.

<sup>39</sup> Ese mismo artículo declara que también es atribución del Congreso "determinar lo conveniente para la conservación y fructificación de los bienes nacionales, y para la enajenación de los bienes del dominio privado de la Nación..." Disposición semejante es la de la Constitución del Ecuador, cuyo Artículo 53 dice que "corresponde al Congreso dividido en Cámaras... arreglar la administración de los bienes nacionales y decretar o autorizar la enajenación o la hipoteca de los inmuebles..."

<sup>40</sup> La censura del gabinete suele conducir, en los regímenes parlamentarios, al cambio de gobierno. Sin embargo, en el Ecuador, dentro de una región típicamente presidencialista, se menciona también la figura cuando el Artículo 55 de la corres-

5. *Comercio Exterior.* Por lo menos, interviene en materia de aduanas; fija tarifas arancelarias; y permite la apertura o la clausura temporal o definitiva de los puertos.<sup>41</sup>

6. *Constitución, Constitucionalidad y Reformas Constitucionales.* Examina las infracciones a la Constitución y dispone lo conducente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores; interpreta la Constitución; examina anualmente todos los actos del Poder Ejecutivo y los aprueba si son ajustados a la Constitución y las leyes; aprueba las reformas constitucionales; declara por ley la necesidad de dicha reforma; discute cualquier proyecto de reforma constitucional; y escruta los votos de las asambleas estatales sobre reformas a la Constitución federal.<sup>42</sup>

pondiente Constitución declara que "corresponde al Congreso en pleno... examinar la conducta oficial de los Ministros de Estado y censurarlos si hubiere motivo", aunque sin determinar el resultado político de tal acción.

En cambio, la Constitución de Italia establece en su Artículo 94 que una y otra Cámara podrán retirar su confianza al gobierno, de lo que se desprende, presumiblemente, que será necesaria la elección de un nuevo Gobierno.

Por su parte, la Constitución del Uruguay contiene numerosas disposiciones fortaleciendo el principio de gobierno colegiado, incluyendo la señalada por el Artículo 147 en el sentido de que "cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la conducta de los ministros de Estado [reuniéndose para tal efecto en Asamblea General], lo que, de conducir a censura pronunciada por mayoría absoluta de votos del total de componentes... determinará la renuncia inmediata a sus cargos del ministro o de los ministros afectados".

<sup>41</sup> En el Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana se dispone que será atribución del Congreso (compuesto de un Senado y una Cámara de Diputados, según su propio Artículo 13), la materia de aduanas, aunque sin determinar el alcance preciso de esa competencia. En cuanto a tarifas arancelarias, se mencionan en el Artículo 73 de la Constitución del Perú como competencia del Congreso formado por una Cámara de Diputados y un Senado funcional. Finalmente, el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador establece que corresponde al Congreso dividido en Cámaras permitir la apertura u ordenar la clausura temporal o definitiva de puertos.

<sup>42</sup> Aunque es un principio constitucional generalmente aceptado que la revisión constitucional de las leyes o, en su caso, de los actos de gobierno, corresponde al Poder Judicial, la Constitución del Perú establece en su Artículo 122 que es atribución del Congreso "examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conducente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores", porque a la Asamblea General compete "interpretar la Constitución sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia. Aquí cabría recordar la controversia que se presentó al respecto en los Estados Unidos, finalmente resuelta por el Ministro Marshall a favor de la Suprema Corte en el famoso caso de *Marbury v. Madison*. También la Constitución de la República Dominicana parece inclinarse a una visión semejante a la del Perú y diferente a la de Marshall, cuando en su Artículo 33 concede al Congreso la atribución de "examinar anualmente todos los actos del Poder Ejecutivo y aprobarlos, si son ajustados a la Constitución y a las leyes".

Por lo que se refiere a las reformas constitucionales, cada uno de los correspondientes instrumentos incluye sus propios mecanismos. Así, en Australia se requiere que las reformas constitucionales sean aprobadas por mayoría absoluta de ambas Cámaras; dentro de un plazo de dos a seis meses, tales reformas deben presentarse

7. *Contratos*. Aprueba los contratos públicos y supervisa los contratos con entidades oficiales y semioficiales extranjeras.<sup>43</sup>

8. *Control de Gobierno*. Indeterminadas.<sup>44</sup>

9. *Derechos Individuales y Estados de Emergencia o de Sitio*. Vigila la efectividad de las garantías individuales; declara el estado de emergencia económica (durante el cual se podrán suspender de manera temporal las garantías de propiedad privada) o el estado de sitio (suspendiéndose entonces los derechos individuales); y conoce del informe presentado por el Poder Ejecutivo, con la posibilidad de rectificar

a votación en cada uno de los Estados. En caso que una de las Cámaras se niegue en dos ocasiones a aceptar alguna reforma constitucional aceptada por la otra, el Gobernador General podrá someterla a la aprobación de la mayoría electoral de la mayoría de los Estados australianos.

Según el Artículo 33 de la Constitución dominicana, el Congreso habrá de "declarar por ley la necesidad de la reforma constitucional" y más adelante establece que las reformas constitucionales requieren dos tercios de la votación "de una y otra Cámara" (Artículo 108).

Según el Artículo 55 de la Constitución del Ecuador, "corresponde al Congreso en pleno: 1o. reformar la Constitución" y más adelante especifica que "el Congreso ordinario puede discutir cualquier proyecto de reforma constitucional observando el trámite para la formación de las leyes" (Artículo 190).

Los Artículos 46 y 47 de la Constitución de Irlanda precisan que las iniciativas de ley para reformar la Constitución serán iniciadas por la Cámara de Representantes, contarán con la aprobación de naturaleza efectiva o presunta del Senado y serán sometidas a referéndum popular.

La Constitución de Nicaragua establece en su Artículo 327 un procedimiento de reformas constitucionales que involucra una iniciativa original en la Cámara de Diputados, la actuación de cada Cámara por separado y después reunidas y el principio de la mayoría absoluta, sin lugar a referéndum.

La Constitución de Venezuela divide la participación de la legislatura así: por una parte, señala que "son atribuciones del Congreso Nacional: 1ª escutar los votos de las asambleas legislativas sobre reformas de la Constitución" y, por la otra, dice que "esta Constitución podrá ser reformada a iniciativa de las dos Cámaras legislativas o de las asambleas legislativas" (Artículo 140). Continúa diciendo el texto que "cuando la iniciativa parta de alguna de las Cámaras legislativas deberá proponerla la cuarta parte, por lo menos, de la totalidad de sus miembros". Aprobada la iniciativa, se requerirá la ratificación de las dos terceras partes de las Asambleas legislativas de los Estados (Artículo 141).

<sup>43</sup> La Constitución de la República Dominicana determina que el Congreso tendrá atribución para aprobar los contratos públicos. Venezuela hace una distinción en su Constitución entre los contratos a celebrarse "con entidades, oficiales o semioficiales extranjeras, que tengan personería jurídica autónoma (Artículo 45) y aquellos que también celebre el Ejecutivo y "que conforme a la ley estén sujetos" al requisito de aprobación legislativa (Artículo 81), si bien las atribuciones concurrentes de las dos Cámaras del Congreso se extienden a ambas situaciones.

<sup>44</sup> En una disposición poco usual, la Constitución de España establece que "las Cortes Generales representan al pueblo español y... controlan la acción del Gobierno" (Artículos 1 a 3).

sus efectos, sobre las providencias tomadas durante la suspensión de las garantías individuales, o de propiedad.<sup>45</sup>

10. *Deuda Pública*. Levanta empréstitos sobre el crédito de la República por medio del Poder Ejecutivo; legisla en todo cuanto concierna la deuda nacional; ratifica contratos de empréstito y cauciones que comprometan el crédito público; reconoce la deuda nacional y arregla sus servicios; y limita esos empréstitos, a casos de utilidad pública o de necesidad calificada, amortización de otros empréstitos, consolidación de deudas o fines reproductivos o relacionados con la defensa nacional.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Según la Constitución de la República Dominicana, "son atribuciones del Congreso... declarar el estado de sitio y suspender los derechos individuales (Artículo 33).

Según el Artículo 55 de la Constitución del Ecuador, el Congreso en pleno podrá conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, lo que involucraría la suspensión de las garantías individuales. En cambio, es facultad del Congreso dividido en Cámaras, entre otras, vigilar la efectividad de tales garantías individuales prescritas por la Constitución.

Por otra parte, la Constitución española establece que sólo el Congreso, según el Artículo 116, considerará la declaratoria del estado de emergencia.

Finalmente, el Artículo 160 de la Constitución de Nicaragua autoriza al Congreso "en Cámaras unidas [a] conocer del informe presentado por el Poder Ejecutivo sobre las providencias dictadas durante la suspensión de las garantías individuales". Además, esa Constitución contiene dos situaciones en que, presumiblemente, se pueden suspender las garantías individuales y en las que el Congreso interviene en Cámaras separadas: "declarar, fijando su duración, el Estado General de Emergencia económica, cuando así lo exijan las circunstancias anormales del país" y "conocer los decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo en caso de emergencia o necesidad pública".

<sup>46</sup> El Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana atribuye al Congreso el "legislar cuanto concierna a la deuda nacional", habiendo establecido previamente la facultad del Congreso de "levantar empréstitos sobre el crédito de la República por medio del Poder Ejecutivo".

Una disposición semejante se encuentra en el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador que establece que "corresponde al Congreso dividido en Cámaras... autorizar al Ejecutivo para celebrar contratos de empréstito y cauciones que comprometan el crédito público, los cuales no se llevarán a ejecución, sino después de ratificación por el Congreso en pleno [y] reconocer la deuda pública y determinar la manera de hacer su conversión, amortización, consolidación y cancelación".

En la Constitución de Nicaragua corresponde al Congreso en Cámaras separadas, según el Artículo 148, "reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio". Además, el Artículo 248 declara que "el Estado garantiza el pago de la deuda pública contraída conforme a la Constitución y a las leyes", aunque "no se puede recurrir al empréstito, sino en caso de utilidad pública o de necesidad calificada, amortización de otro empréstito, consolidación de deudas o para fines reproductivos o relacionados con la defensa nacional" (Artículo 249), y "en el Presupuesto General de Ingresos no puede anotarse el producto de empréstitos no autorizados previamente por el Congreso" (Artículo 255).

La Constitución del Perú dispone en su Artículo 122 que, entre otras cosas, son atribuciones del Congreso "autorizar al Poder Ejecutivo para que negocie empréstitos"

11. *Elecciones.* Por lo menos, califica las elecciones de sus miembros y, potencialmente, elige a altos funcionarios de la administración pública y del Poder Judicial, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte, el Contralor y el Procurador Generales, y aun al Presidente y al Vicepresidente de la República.<sup>47</sup>

12. *Empleados y Funcionarios.* Crea o suprime secretarías y subsecretarías de Estado; nombra empleados públicos; y requiere de funcionarios y empleados el cumplimiento de sus responsabilidades. Por lo que se refiere al Presidente de la República, podría exigirle responsabilidad por el desempeño de sus funciones; le concede o le niega autorización para salir del país; podría admitir o negar su renuncia o la del Vicepresidente; y declarar sus incapacidades físicas o mentales para el desempeño de sus cargos. En cuanto a otros funcionarios, el Parlamento crea tribunales administrativo-contenciosos y nombra los respectivos magistrados de ternas propuestas; declara la responsabilidad o irresponsabilidad pecuniaria de los ministros de Estado; y juzga los delitos imputados a los ministros; podrá también elegir o nombrar miembros de la Corte Electoral y del Tribunal de Cuentas.<sup>48</sup>

titos empeñando la Hacienda Nacional y señalando fondos para su amortización" y "reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla".

<sup>47</sup> En la Constitución del Ecuador existen dos disposiciones sobre elecciones, si bien no en el sentido político clásico de la palabra: el Artículo 55 dispone que "corresponde al Congreso en pleno... declarar electos legalmente al Presidente y al Vicepresidente" y "elegir, entre ternas presidenciales, a los ministros de la Suprema Corte y de las Cortes superiores, al Contralor General de la Nación y al Procurador General".

De acuerdo con el Artículo 83 de la Constitución italiana, el Parlamento (y por tanto sus partes constitutivas, la Cámara de Diputados y la de Senadores) elegirá al Presidente de la República, por mayoría de dos tercios.

Por último, el Artículo 80 de la Constitución de Venezuela establece que "son atribuciones comunes a ambas Cámaras legislativas" calificar a sus miembros y conocer de sus renunciaciones.

<sup>48</sup> Según el Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana "son atribuciones del Congreso... crear o suprimir secretarías y subsecretarías de Estado, cuando a juicio del Poder Ejecutivo sean necesarias para los fines de la administración pública". También la Constitución del Ecuador interviene, al menos indirectamente, en la materia de conceder al Congreso dividido en Cámaras la atribución de requerir el cumplimiento de la responsabilidad de los empleados públicos. En el Artículo 148 de la Constitución de Nicaragua se dice que corresponde al Congreso en Cámaras separadas "crear y suprimir empleos, fijando sus dotaciones". Por último, el Artículo 122 de la Constitución del Perú atribuye al Congreso la función de "crear y suprimir empleos públicos y asignarles la correspondiente dotación".

Por lo que respecta a los funcionarios, habría que dividirlos entre:

a. *Ministros.* Aunque la Constitución japonesa concede a la Dieta, como máxima autoridad del país, la función de designar al Primer Ministro, sólo concede diez días a la Cámara de Consejeros para pronunciarse sobre la materia. Aunque bicameral,

13. *Federación-Estados, Relación Entre.* Dirime los conflictos que pudieran surgir en esta materia.<sup>49</sup>

14. *Finanzas.* [La función presupuestal o financiera del Parlamento puede darse de manera plenamente concurrente o, siguiendo la tradición inglesa, con limitaciones más o menos severas a la intervención de la Cámara alta]. Establece los impuestos o contribuciones generales y determina el monto de su recaudación e inversión legal; aprueba o desaprueba, con vistas al informe de la Cámara de Cuentas [o Contraloría]), el estado de recaudación e inversión de las rentas que debe presentar el Poder Ejecutivo; autoriza los gastos públicos extraordinarios; y examina los presupuestos estatales.<sup>50</sup>

el régimen jamaicano hace responsables a los ministros sólo ante la Cámara baja y no ante el Senado. Finalmente, el Artículo 147 de la Constitución uruguaya establece que "cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la conducta de los ministros de Estado".

b. *Presidente de la República.* Según los Artículos 68 y 142 de la Constitución de Austria, el Consejo Federal también podrá, como el Consejo Nacional y por intermedio del Canciller Federal, exigir responsabilidad al Presidente federal ante la Asamblea Nacional por el desempeño de sus funciones, siempre que esté presente la mitad de sus miembros y los acuerdos se tomen por mayoría de dos tercios de los presentes.

La Constitución de la República Dominicana autoriza al Congreso en su Artículo 33 a conceder permiso al Presidente de la República para salir al extranjero, cuando sea por más de treinta días.

En los términos del Artículo 55 de la Constitución del Ecuador, corresponde al Congreso en Pleno "admitir o negar la excusa o renuncia del Presidente y del Vicepresidente de la República, declarar la imposibilidad física o mental de los mismos para el desempeño de su cargo..." Según el Artículo 160 de la Constitución de Nicaragua, "corresponde al Congreso en cámaras unidas... admitir las renunciaciones del Presidente de la República electo o en ejercicio, de los designados" y de otros funcionarios. En el Perú, por disposición del Artículo 122 de su Constitución, el Congreso tiene la facultad de "aceptar la renuncia del Presidente de la República o quien haga sus veces".

c. *Otros funcionarios.* El Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana autoriza al Congreso a crear tribunales administrativo-contenciosos y, presumiblemente, nombrar los respectivos magistrados. En Francia existe una disposición general en el Artículo 49 de su Constitución, según la cual la responsabilidad del Gobierno se dirige ante la Asamblea Nacional.

<sup>49</sup> La Constitución peruana establece, entre las funciones del Congreso, la de "resolver los conflictos que se produzcan entre el Poder Ejecutivo y los consejos departamentales" (Artículo 122) y la Constitución de Venezuela se refiere indirectamente a la materia cuando su Artículo 81 incluye entre las atribuciones de las Cámaras legislativas el "legislar sobre las materias de la competencia del Poder nacional y sobre el funcionamiento de éste" a diferencia de los poderes departamentales.

<sup>50</sup> La mayoría de las constituciones del mundo atribuyen a la Cámara alta alguna participación en las cuestiones presupuestarias, si bien algunas limitan la iniciativa de proyectos a la Cámara baja: Canadá, cuyo Senado no tiene atribuciones para introducir proyectos de leyes económicas; Gran Bretaña, como queda establecido arriba; y la India en cuya Constitución se establece que "los proyectos de ley que

involucran finanzas sólo podrán ser presentados por la Cámara del Pueblo, y no por la alta [reservándose la primera] la decisión final". Por otra parte, dentro de sus respectivas limitaciones de procedimiento, los siguientes países conceden diversa participación a sus respectivas Cámaras altas en la aprobación de presupuestos, u otras cuestiones financieras:

El Artículo 33 de la Constitución de la República Dominicana establece que "son atribuciones del Congreso: 1o. establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el monto de sus recaudaciones e inversión legal; 2o. aprobar o desaprobar, con vistas al informe de la Cámara de Cuentas, el estado de recaudación en inversión de las rentas que debe presentarle el Poder Ejecutivo" y autorizar gastos públicos extraordinarios.

Según la Constitución del Ecuador, "corresponde al Congreso dividido en Cámaras... establecer o suprimir impuestos, tasas y otros ingresos públicos" y "corresponde al Congreso en pleno... dictar el Presupuesto nacional en la forma que esta Constitución establece" (Artículos 53 y 55).

En los términos del Artículo 66 de la Constitución española, "las Cortes Generales... aprueban [los] presupuestos del pueblo español".

En Francia, según el Artículo 45 de su Constitución, el Senado tiene menor plazo que la Asamblea Nacional para decidir sobre los proyectos de leyes financieras.

Curiosamente, la Constitución de Haití tiene, a pesar de su realidad política extraordinariamente represiva, disposiciones detalladas sobre la materia en su Artículo 57: a pesar de que la iniciativa de las leyes pertenece indistintamente a las dos Cámaras y al Poder ejecutivo, la ley presupuesta, que se refiere al lugar, la cantidad y el monto de percepción de los ingresos y contribuciones, y la que tiene por objeto crear ingresos del Estado o aumentar sus egresos, deberán ser votadas primero por la Cámara de Diputados. Las diferencias que pudieran surgir al respecto entre las dos Cámaras serán resueltas, en común, por una Comisión Interparlamentaria. Las demás leyes serán resueltas, en caso de desacuerdo, en la siguiente sesión, aunque se hayan renovado e intervendrá también una Comisión Interparlamentaria; si sus recomendaciones aún no son aceptadas por ambas Cámaras, se retirará el proyecto de ley. Sólo al Poder Ejecutivo corresponde la iniciativa de la ley nacional de egresos, la que no podrá ser modificada por el Congreso una vez aprobada.

De acuerdo con el Artículo 21 de la Constitución de Irlanda, en los proyectos de ley de carácter financiero, el Senado sólo podrá hacer recomendaciones dentro de un periodo de veintidós días, correspondiendo la iniciativa exclusivamente a la Cámara de Representantes.

Nicaragua dedica dos fracciones constitucionales en su documentación estatal a esta atribución, cuando dice en su Artículo 148 que "corresponde al Congreso en Cámaras separadas... establecer los ingresos nacionales y fijar los gastos de administración" e "imponer contribuciones".

En el Japón la Dieta se ocupa también de cuestiones presupuestales en los términos de su Constitución, aunque la primera de las Cámaras (de Representantes) puede aprobar sus propias iniciativas, si la segunda Cámara (Alta) no ha manifestado su opinión dentro de un término de treinta días o si un conflicto entre las Cámaras no ha sido solucionado por un Comité Legislativo conjunto.

Perú dispone en su Artículo 122 constitucional que son funciones parlamentarias "imponer contribuciones y suprimir las establecidas; sancionar el presupuesto; aprobar o desaprobar la Cuenta General de la República... y aprobar los presupuestos de los Consejos departamentales".

La Constitución de Turquía dispone que la Gran Asamblea Nacional, compuesta

15. *Fomento*. Lo propicia en los campos de la ilustración, la agricultura, la industria y el comercio interior.<sup>51</sup>

16. *Honores, Premios y Estimulos*. Determina los honores públicos y concede premios y estímulos por servicios eminentes a la República.<sup>52</sup>

17. *Información e Investigación*. Interroga brevemente a miembros del Gobierno federal; instituye Comisiones formales de información; interpela a los Secretarios de Estado sobre asuntos de su competencia; recibe informes personales del Presidente de la Suprema Corte o de otros altos tribunales; recibe y examina el informe anual del Presidente de la República; examina y aprueba o rechaza las memorias y cuentas de los ministros de Estado y otros funcionarios; hace comparecer a éstos, previa notificación para que informen sobre materias de su competencia.

Quizá sólo con mayor extensión y profundidad que lo establecido en el párrafo anterior sobre información, el Senado tiene asimismo el derecho de la investigación que incluye exigir explicaciones escritas a los Ministros y nombrar Comisiones de Investigación. Ejercerá ambas funciones con la efectividad que le permita la voluntad política democrática del país donde se desempeñen.<sup>53</sup>

de una Cámara de Representantes y otra de Senadores, está autorizada para adoptar leyes sobre materias presupuestales y de la Cuenta Pública.

En el Uruguay y según su Constitución compete a la Asamblea General, actuando en Cámaras conjuntas o separadas, en los términos del Artículo 85, "establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos, su distribución, el orden de sus recaudaciones e inversión, suprimir, modificar o aumentar las existentes".

Finalmente, Venezuela establece en su Constitución que "son atribuciones de las Cámaras legislativas como cuerpos colegisladores... sancionar el proyecto de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos que presente el Poder Ejecutivo nacional".

<sup>51</sup> Este renglón parecería más bien de índole administrativa que legislativa.

<sup>52</sup> Según el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador, corresponde al Congreso dividido en Cámaras la determinación de los honores públicos. La Constitución del Perú otorga en su Artículo 122 al Congreso la atribución de "conceder premios... por servicios eminentes... a la República".

<sup>53</sup> Si bien el Artículo 52 de la Constitución de Austria permite tanto al Consejo Federal cuanto al Consejo Nacional, entre otras cosas, interrogar a los miembros del Gobierno federal, en un curso de sus sesiones y brevemente, el Artículo 33 de la "Constitución de la República Dominicana permite al Congreso "interpelar" a los secretarios de Estado sobre asuntos de su competencia; el Artículo 55 de la Constitución del Ecuador autoriza al Congreso en pleno a recibir informes personales del Presidente de la República y del de la Suprema Corte; y según el Artículo 67 de la Constitución de Haití, cada Cámara gozará del derecho de interpelación, mientras se respete la separación de poderes.

Como una facultad quizá un tanto peculiar a su Constitución, en el Uruguay se amplía esta facultad de información en los siguientes términos: "Artículo 118: Todo legislador puede pedir a los ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte electoral, al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y al Tribunal de Cuentas, los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido

18. *Inquilinato*. Declara leyes de inquilinato que alteren por plazos definidos y temporales la libertad de contratación.<sup>54</sup>

19. *Independencia y Seguridad Nacionales*. Mantiene la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República, por medio de legislación adecuada.<sup>55</sup>

20. *Inversión Extranjera*. Admite la inversión de capitales extranje-

[por escrito y exceptuando las] materias y competencia jurisdiccionales del Poder judicial y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo"; "Artículo 119: Cada una de las Cámaras tiene facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los ministros de Estado para pedirles y recibir los informes que estime conveniente..."; y "Artículo 120. Las Cámaras podrán nombrar Comisiones parlamentarias... para suministrar datos con fines legislativos".

La Constitución de Venezuela concede amplias atribuciones en materia de información al Congreso: el Artículo 84 la incluye en forma de "recibir y examinar el mensaje anual del Presidente de la República" y "examinar y aprobar o improbar las memorias y cuentas de los ministros del Despacho Ejecutivo Nacional y de [otros] funcionarios", mientras que el Artículo 80 había ya establecido que "son atribuciones comunes a ambas Cámaras legislativas... hacer comparecer a los ministros del Despacho Ejecutivo Nacional para que informen sobre materias de su competencia, después de notificarles con tres días de anticipación, por lo menos, los puntos objetos de su comparecencia".

Por la naturaleza de la actividad (preparación de legislación, fundamentalmente) y la intensidad de los trabajos, puede argüirse que la capacidad de investigación difiere en grado de la información ya reseñada arriba para las Cámaras legislativas. El Art. 40 de la Constitución de Bélgica establece que "cada Cámara tendrá el derecho de investigación" y podrán también exigir "explicaciones a los Ministros sobre la base de peticiones escritas que presenten (Art. 32).

Disposiciones semejantes se encuentran en los Arts. 76 y 77 de la Constitución de España.

Según el Art. 82 de la Constitución italiana, la facultad de investigación radica indistintamente en ambas Cámaras.

El Art. 119 de la Constitución peruana de 1933 establece que "cada Cámara tiene derecho de nombrar Comisiones de Investigación ante las que las autoridades administrativas deberán rendir informes y cualquier diputado o senador puede pedir a los ministros de Estado los datos informativos que estime necesarios para el ejercicio de sus funciones".

El Art. 120 de la Constitución del Uruguay hace algo semejante al declarar que "las Cámaras podrán nombrar comisiones parlamentarias de investigación o para suministrar datos con fines legislativos".

<sup>54</sup> La Constitución de Nicaragua establece en su Art. 148 que "corresponde al Congreso en cámaras separadas... decretar transitoriamente por un lapso no mayor de un año, leyes de inquilinato que alteren la libertad de contratación, pudiendo prorrogarlas las veces que fuera necesario".

<sup>55</sup> Aunque podría parecer ésta una obligación implícita en todos los Poderes de la nación, particularmente en el Ejecutivo, por lo menos dos países declaran en sus constituciones expresamente que "corresponde al Congreso en Cámaras separadas... disponer todo lo conveniente para mantener la independencia y seguridad de la República" (Art. 148 de la Constitución de Nicaragua) y "a la Asamblea General compete... expedir leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República" (Art. 85 de la Constitución del Uruguay).

ros, bajo ciertas condiciones, en corporaciones paraestatales y, presumiblemente, podría extender su competencia a otros aspectos de esta materia.<sup>56</sup>

21. *Juicio Político*. Concede indultos en casos de condenados por delitos político-sociales y juzga políticamente la conducta de los ministros de Estado.<sup>57</sup>

22. *Legislación, en general*. Ejerce la función básica de recibir, iniciar, debatir, aprobar y remitir al Poder Ejecutivo los proyectos de creación o derogación de leyes, aunque con las variadas limitaciones que se detallan abajo en las Notas. Entre otras cosas, pues, el Senado en compañía de la Cámara de Diputados presenta oposiciones razonadas; se ocupa por medio de las leyes de todos los propósitos de interés público; legisla acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro Poder nacional o contraria a la Constitución; encausa el proceso legislativo mediante Comités Permanentes; y ejerce, en un número limitado de países, la función legislativa conjuntamente con el Jefe de Estado.

Si nuestro hipotético Senado hubiera derivado de cierta minoría de países, incluiría entre sus atribuciones concurrentes la de dictar códigos.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> El Art. 275 de la Constitución de Nicaragua se ocupa con cierta extensión de la materia y declara que "podrán admitirse capitales privados en la constitución y ampliación del patrimonio de los entes autónomos o servicios descentralizados, siempre que así lo disponga el Congreso, por una ley en la que se especifique y reglamente la intervención que corresponda a los respectivos accionistas en los consejos o directorios y en cuanto a la fiscalización" y "el aporte de capitales particulares y representación de los mismos en los consejos o directorios nunca serán superiores a los del Estado".

<sup>57</sup> La Constitución del Perú dispone que "sólo durante el receso del Congreso, el Poder ejecutivo puede conceder indulto a los condenados por delitos político-sociales". El Art. 85 de la Constitución del Uruguay declara competencia de la Asamblea General "juzgar políticamente la conducta de los ministros de Estado".

<sup>58</sup> Es importante hacer aquí nueva referencia a las partes de este trabajo en que se determina la debilidad procesal y práctica de la Cámara alta frente a la posición del Ejecutivo (particularmente en los países recién independizados), numerosas constituciones en el mundo declaran expresamente que la función general (formal) de los Poderes legislativos es, precisa y básicamente, legislar.

El Consejo Federal austriaco, según el Art. 41 de la Constitución, podrá presentar al Consejo Nacional propuestas de ley por intermedio del Gobierno federal; podrá también presentar oposición razonable a las leyes aprobadas por el Consejo Nacional, dentro de las ocho semanas siguientes a su recibo. Sin embargo, después de ese periodo el Consejo Nacional podrá publicar sus proyectos originales si obtiene el consentimiento de la mitad de sus componentes. Aun así, la oposición del Consejo Federal no podrá utilizarse contra leyes que tengan por objeto el reglamento del Consejo Nacional, la aprobación del presupuesto federal, la disolución del mismo, los créditos federales, o los bienes de la federación. Un tercio de los miembros del

23. *Militares.* Fija anualmente el máximo de la fuerza armada en servicio en tiempo de paz; aprueba o niega el ascenso de altos jefes de las fuerzas armadas; recluta la fuerza armada profesional o de

Consejo Federal podrá solicitar que las leyes constitucionales sean sometidas a votación popular. (Art. 44.)

El Senado de las Bahamas es un cuerpo nombrado y con poderes legislativos limitados.

Los miembros del Senado canadiense son nombrados por el Gobernador General según criterios geográfico y partidista. El senado, como la Cámara de los Comunes, debe aprobar toda la legislación aunque, en la práctica, tiende a limitarse a sí misma a una influencia secundaria y moderadora. Los nombramientos senatoriales tienen carácter vitalicio. El procedimiento del Senado canadiense es considerablemente más solemne que su correspondiente Cámara de los Comunes, pues todavía se parece mucho a la Cámara de los Lores británica que le sirvió de modelo. Ese Senado no tiene atribuciones de iniciativa de proyectos de ley económicos y, en la práctica, se limita a confirmar los que proceden de la Cámara de los Comunes. Aunque la ley le permite iniciar otros proyectos legislativos, su función principal es frenar en tanto a la Cámara baja, a base de enmiendas o de negativas de aprobación. En general, el Senado canadiense no adopta actitudes extremas al hacer uso de sus facultades.

Hay dos disposiciones relevantes en la Constitución de la República Dominicana: según el Art. 13, "todos los poderes legislativos conferidos por la presente Constitución están confiados a un Congreso de la República compuesto de un Senado y una Cámara de Diputados" y el Art. 33 que en parte declara que "son atribuciones del Congreso... legislar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro Poder del Estado o contraria a la Constitución".

La Constitución del Ecuador declara que "la función legislativa se ejerce por el Congreso nacional, compuesto de dos Cámaras, la de senadores y la de diputados".

El Art. 66 de la Constitución española declara, sucintamente que "las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el senado (los que) ejercen la potestad legislativa del Estado".

En Estados Unidos hasta que los Comités Permanentes del Senado y de la Cámara de Representantes no los hayan considerado, ningún proyecto importante de ley, financiero o no, es debatido por el pleno de cualesquiera de las Cámaras. Por costumbre, la composición de estos comités refleja aproximadamente la fuerza electoral de los partidos y el rango de sus miembros se determina por antigüedad. Los Presidentes de los Comités Permanentes ejercen, en sí mismos, gran poder y son, por lo común, parlamentarios muy consumados. Sin embargo, en el Senado se ha debilitado un tanto la tradición mediante la cual se permite el "debate indefinido" a menos que dos tercios de los representantes de que se trata se opongan a continuarlo. El Senado ocurre también al expediente de "archivar" los proyectos de ley fuertemente objetados por minorías considerables.

El Art. 34 de la Constitución de Francia declara que las leyes serán votadas por el Parlamento, aparentemente sin funciones específicas diferentes entre la Asamblea Nacional y el Senado.

El Art. 75 de la Constitución de Haití dice en parte que "el Poder legislativo hace leyes para todos los propósitos de interés público. La iniciativa pertenece a cada una de las dos Cámaras así como al Poder ejecutivo".

De acuerdo con el Art. 15 de la Constitución de Irlanda, "se confiere al Parlamento nacional el Poder único y exclusivo de hacer las leyes".

En los términos del Art. 70 de la Constitución italiana, "la función legislativa

conscriptos; y autoriza la salida de tropas nacionales al extranjero o el paso temporal de tropas extranjeras por el territorio nacional.<sup>59</sup>

24. *Moneda.* Se ocupa de todo lo relativo a emisión y valor o denominaciones de la moneda.<sup>60</sup>

25. *Monopolios.* Autoriza su formación, cuando sea a beneficio de la Nación.<sup>61</sup>

26. *Obras Públicas.* Declara su carácter de interés nacional y, en esa medida, ejerce control sobre ellas.<sup>62</sup>

será ejercitada colectivamente por entrambas Cámaras" y, según el Art. 71, la iniciativa de las leyes es indistinta entre los cuerpos legislativos mencionados.

El Art. 148 de la Constitución de Nicaragua inicia su catálogo de funciones del Congreso actuando en Cámaras separadas con "decretar, reformar, interpretar y derogar las leyes" en un aparente intento de cubrir todo el proceso legislativo exceptuando, tal vez, la promulgación formal de tales leyes, función que suele reservarse al Poder Ejecutivo.

En la Constitución del Reino de los Países Bajos el Artículo 119 declara que "el Poder Legislativo será ejercido conjuntamente por el Rey y los Estados Generales". La Segunda Cámara examinará, según los Artículos 120 a 124, en primer lugar los proyectos presentados por el Rey y la Primera Cámara podrá aceptarlos o pedir al Rey que los reconsidere o modifique. Sólo la Segunda Cámara y el Rey podrán hacer propuestas de ley y la Primera Cámara (Senado) podrá aprobarlas o rechazarlas.

El Artículo 122 de la Constitución peruana estipula que "son atribuciones del Congreso, en parte, "dar leyes; interpretar, modificar y derogar las existentes...".

Finalmente, la Gran Asamblea turca (cámaras legislativas consideradas en su conjunto) están autorizadas constitucionalmente a adoptar, modificar y derogar leyes.

<sup>59</sup> Diversas son las atribuciones de tipo militar que algunas constituciones latino-americanas conceden al Poder legislativo. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador declara en su Artículo 53 que "corresponde al Congreso dividido en Cámaras... fijar, anualmente, el máximo de la fuerza armada que en tiempos de paz debe permanecer en servicio". Sin embargo, según el Artículo 55, "corresponde al Congreso en pleno: ...aprobar o negar los ascensos a generales y coroneles [solicitadas por el Presidente de la República]". Según el Artículo 53 ya mencionado, "corresponde [también] al Congreso dividido en Cámaras autorizar el tránsito de fuerzas extranjeras por el territorio ecuatoriano".

La Constitución del Perú determina en su Artículo 133 que "son atribuciones del Congreso...aprobar o desaprobar propuestas de ascensos para altos jefes militares". El Artículo 122 confiere al Congreso, entre otras cosas, la facultad de determinar los efectivos de las fuerzas armadas del país.

En cuanto al reclutamiento de la fuerza armada regular, el Artículo 85 de la Constitución del Uruguay indica que compete a la Asamblea General "designar todos los años la fuerza armada necesaria", aunque en su Artículo 57 utiliza el término "milicias".

<sup>60</sup> Es común que el Senado participe, como integrante del respectivo Congreso, en la determinación de la moneda, como lo dicen el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador o el Artículo 148 de la Constitución nicaragüense.

<sup>61</sup> El Artículo 85 de la Constitución del Uruguay concede competencia a la Asamblea General para, entre otras cosas, organizar monopolios estatales.

<sup>62</sup> El Congreso ecuatoriano dividido en Cámaras está autorizado, según el Ar-

27. *Perdones y Amnistias*. Está facultado para otorgarlos, llamándosele "gracias" en determinados contextos.<sup>63</sup>

28. *Pesas y Medidas*. Las fija, en forma similar a lo declarado arriba respecto de la moneda.<sup>64</sup>

29. *Relaciones Exteriores*. Aquí se reúnen atribuciones clasificadas con frecuencia en rubros alfabéticos distintos: declara la guerra y aprueba la paz; vigila las asignaciones para fines bélicos; ratifica los tratados internacionales que no tengan carácter de acuerdos ejecutivos autorizados generalmente al Ejecutivo sin necesidad de ratificación; confirma las acciones internacionales que por su urgencia, su carácter preexistente o su encarnación de principios internacionales reconocidos hayan sido tomadas por el Ejecutivo; y ejerce competencia indeterminada sobre cuestiones de migración.<sup>65</sup> Además, ratifica o destituye a diplomáticos.

Artículo 53 de su Constitución, a expedir la declaratoria del carácter nacional de las obras públicas.

<sup>63</sup> Con cierta regularidad aparecen, en las Constituciones, disposiciones autorizando a los respectivos Congresos a adoptar leyes proclamando perdones e indultos, como lo hace el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador. La Constitución de Turquía incluye entre las competencias de la Gran Asamblea Nacional la de otorgar perdones y amnistias. Más detalles se encuentran en el Artículo 85 de la Constitución del Uruguay, que dice "a la Asamblea General le compete: ... conceder indultos por dos tercios de votos del total de componentes, en reunión de ambas Cámaras, y acordar amnistias en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara". La Constitución del Perú habla en este contexto de la facultad de "gracia" y especifica que "sólo durante el receso del Congreso el Poder Ejecutivo puede conceder indulto a los condenados" por delitos sociales (Art. 122).

<sup>64</sup> Esta atribución se encuentra con frecuencia unida a la de fijar los sistemas monetarios, como lo hacen las Constituciones del Ecuador, del Perú y del Uruguay, en sus Artículos 53, 122 y 85, respectivamente.

<sup>65</sup> Las funciones en relaciones exteriores pueden dividirse en:

a) *Guerra y paz*. Según el Artículo 55 de la Constitución del Ecuador, corresponde al Congreso en pleno "decretar la guerra y ajustar la paz, con vista de los informes del Presidente...".

La Constitución francesa declara que el Parlamento autorizará la declaración de guerra.

La Constitución de Haití da a esta declaratoria la modalidad de que, según su Artículo 45, las funciones de la Asamblea General incluyen "declarar la guerra según informe del Poder ejecutivo [y] aprobar o rechazar los Tratados de Paz u otros tratados y convenciones...".

La Constitución de Nicaragua dice que corresponde al Congreso en Cámaras separadas "... declarar la guerra o autorizar al Ejecutivo para que la declare".

Perú expresa en el Artículo 122 de su Constitución que "son atribuciones del Congreso... resolver la declaración de guerra a iniciativa o previo informe del Poder Ejecutivo, y requerirlo para que negocie la paz".

Respecto de la declaración de guerra, "los países pueden dividirse tajantemente en dos grupos" (ver WHEARE, *supra* nota 11, pp. 146-8): aquellos en donde sola-

mente el Ejecutivo tiene autoridad para declarar la guerra y aquellos donde es necesario el consentimiento de la legislatura. Sin embargo, en el sistema norteamericano, aunque sólo el Congreso puede declarar la guerra, el Presidente como comandante de las fuerzas armadas puede producir una situación en la que ya ha habido hostilidades y en la que el Congreso se ve forzado a declarar la guerra; e incluso es posible que se inicien las acciones bélicas sin que la guerra haya sido todavía declarada. En todo caso, en ambos sistemas "el Ejecutivo tiene a su favor la ventaja que le proporciona el mando de las fuerzas armadas, lo cual deja a la legislatura con muy poca libertad de elección". Por otra parte, ya que la guerra implica numerosos egresos que sólo pueden ser autorizados por la legislatura, "resulta también obvio que el Ejecutivo se verá obligado a satisfacer las críticas de la legislatura y obtener su consentimiento para tomar decisiones importantes". Además, en algunos países como los Estados Unidos, "existen comisiones especializadas en defensa y suele suceder que las comisiones de asignaciones presupuestarias o de hacienda reclamen su derecho a participar en las investigaciones sobre los gastos de defensa". Finalmente, en tiempos de guerra declarada y aun inmediatamente después, la elaboración de leyes tiende a convertirse en función del Ejecutivo y por tanto "no es aventurado decir que la guerra, su preparación y sus secuelas han sido en este siglo causas importantes de la 'decadencia' de las legislaturas".

b) *Tratados*. En todas las Constituciones estudiadas el Congreso tiene alguna intervención en cuestiones internacionales. La más notable de ellas es el requisito de que los instrumentos internacionales pactados por el Poder Ejecutivo o sus representantes sean ratificados por el Poder Legislativo.

La República Dominicana establece ese principio en su Constitución e igual cosa prescribe el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador. Por su parte, la Constitución de España incluye una discusión semejante en sus Artículos 93 a 96, especificando que la intervención del Senado y del Congreso se dará sin distinción.

Siguiendo nuevamente a Wheare, "en el Reino Unido es competencia legal de la Corona... concluir un tratado con un Estado", sin que sea necesaria la participación del Poder Legislativo. Pero, para que ese tratado entre en vigor, es necesario alterar la ley del territorio nacional inglés y esta modificación sólo puede lograrse mediante una ley del Parlamento. En consecuencia, "en el presente es común que los tratados no sean ratificados hasta en tanto el Parlamento haya aprobado la legislación necesaria". Esto no se aplica a ciertos acuerdos que sí pueden ser concertados por el Ejecutivo, como un tratado de alianza, sin obtener el consentimiento del Parlamento.

En los Estados Unidos, los tratados forman parte de

"la ley de la Nación [porque] de la redacción de la Constitución se deduce que si un tratado entra en conflicto con una ley anterior del Congreso (pero no con la Constitución misma, que tiene prioridad sobre cualquier otro instrumento legal), el primero prevalece por encima de la segunda en el punto en que entran en conflicto".

aunque sí es factible que una nueva ley del Congreso altere o rechace las disposiciones de un tratado.

En Francia el Presidente de la República negocia y ratifica los tratados y tiene que ser informado de todas las negociaciones que conducen a un acuerdo internacional no sujeto a ratificación. Los tratados de paz, tratados comerciales, acuerdos internacionales sobre finanzas, los que modifican las disposiciones de origen legislativo, aquellos que se relacionan con el estado de las personas, aquellos que requieren cesión, intercambio o adquisición de territorio, solamente pueden ser ratificados o aprobados por una ley y entran en vigor después de haber pasado por este

30. *Sentencias de Muerte*. Las confirma en casos excepcionales, con carácter mandatorio o discrecional.<sup>66</sup>

31. *Territorio*. Designa la sede de los Poderes federales y la cambia temporal o definitivamente, y erige territorios en Estados.<sup>67</sup>

precedente. Curiosamente, el acuerdo o tratado debe ser puesto en vigor también por la otra parte contratante.

Where nos hace notar que la elaboración y la instrumentación de los tratados es solamente una pequeña parte del manejo de los asuntos internacionales. Además, y puesto que los tratados son relativamente raros, existen otros medios menos formales para lograr acuerdos y arreglos entre Estados, como el acuerdo ejecutivo en Estados Unidos que efectivamente rebasa al Congreso.

La Constitución de Haití declara que las funciones de la Asamblea Nacional incluyen la de aprobar o rechazar los Tratados de paz u otros tratados y convenciones internacionales. (Artículo 45).

Según el Artículo 29 de la Constitución de Irlanda, la Cámara de Representantes considerará todos los tratados internacionales, si bien "ningún acuerdo internacional podrá formar parte del Derecho interno del Estado sino en la medida que acuerde, en su caso, el Parlamento".

La Constitución de Nicaragua declara sucintamente que corresponde al Congreso en cámaras separadas aprobar o desaprobar los tratados celebrados con naciones extranjeras (Artículo 148).

La Constitución del Perú detalla en su Artículo 122 que "son atribuciones del Congreso... aprobar los tratados, concordatos, y demás convenciones, que se celebren con los gobiernos extranjeros".

La Constitución del Uruguay determina que "a la Asamblea General compete... decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría de votos... los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras".

Finalmente, la Constitución de Venezuela declara que "son atribuciones de las Cámaras legislativas como cuerpos co-legisladores... conocer en todo caso de los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que celebre el Poder Ejecutivo nacional, los cuales deberán aprobar para que tengan validez, salvo que se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes del Estado, de aplicar principios expresamente reconocidos por éste, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o del ejercicio de facultades que la ley atribuye expresamente al Poder ejecutivo nacional. Podrán ejecutarse provisionalmente aquellos tratados, convenios o acuerdos internacionales cuya urgencia así lo requiera".

c) *Immigración*. De acuerdo con el Artículo 76 de la Constitución de la República Dominicana, es atribución del Congreso disponer todo lo relativo a la inmigración.

<sup>66</sup> La Constitución de Turquía autoriza a la Gran Asamblea Nacional, entre otras cosas, a confirmar las sentencias judiciales de muerte, sin que el texto consultado aclare si se trata de una facultad discrecional o previa a la ejecución de todas las sentencias semejantes.

<sup>67</sup> Por lo menos cuatro constituciones latinoamericanas conceden a sus Congresos intervención en materia territorial, en el sentido de designar u ocuparse de la sede de los poderes oficiales federales. El artículo 85 de la Constitución del Uruguay declara que "a la Asamblea General compete... fijar la sede de [tales] poderes", mientras que el Artículo 148 de la Constitución de Nicaragua dice que "corresponde al Congreso en Cámaras separadas... variar, en circunstancias extraordinarias

32. *Tribunales*. Provee a su creación e interviene en la designación de sus magistrados y empleados.<sup>68</sup>

33. *Veto*. En su caso, comparte la posibilidad de sobreponerse, transcurrido determinado plazo, al veto legislativo del Poder Ejecutivo.<sup>69</sup>

## II. FUNCIONES EXCLUSIVAS

1. *Derechos Individuales*. Protege los derechos de las minorías raciales o de otra índole.<sup>70</sup>

2. *Derechos y Costumbres Locales*. Función similar a la anterior, que en el caso de México podría aplicarse con provecho a las etnias indígenas y a las poblaciones marginales de las grandes ciudades.<sup>71</sup>

3. *Divorcio*. Esta facultad podría subrayarse, por razones de tradición y excepcionalmente.<sup>72</sup>

4. *Elecciones*. Sirve de colegio electoral para minorías; y celebra

rias por graves motivos de conveniencia pública, la residencia de los órganos del Gobierno, o de algunos de ellos".

Por otra parte, la Constitución de la República Dominicana en su Artículo 33 concede al Congreso atribuciones para determinar límites territoriales internos. Lo propio hace el Artículo 53 de la Constitución del Ecuador. La Constitución del Perú refleja la disposición común en América Latina sobre la materia cuando su Constitución declara que es atribución del Congreso hacer la demarcación y división del territorio nacional. Algo semejante determina el Artículo 85 de la Constitución del Uruguay. La Constitución de Venezuela expresa el complemento obligado de las anteriores disposiciones constitucionales, al determinar en su Artículo 84 que "son atribuciones del Congreso Nacional... elevar a la categoría de Estado el Territorio federal que llene las condiciones requeridas por esta Constitución".

<sup>68</sup> La Constitución del Uruguay dispone en su Artículo 85 que "a la Asamblea General compete... establecer los tribunales y arreglar la administración de justicia y de lo contencioso-administrativo".

<sup>69</sup> El Artículo 37 de la Constitución de la República Dominicana establece que el veto del Presidente de la República deberá ser ejercido dentro de los ocho días siguientes a recibir el proyecto aprobado por ambas Cámaras y podrá ser superado por dos tercios del total de miembros de ambas Cámaras [en el siguiente periodo de sesiones]. La Constitución de Haití concede en su Artículo 67 ocho días de plazo al Presidente de la República para ejercer su veto. Por último, el Artículo 160 de la Constitución de Nicaragua concede al Congreso en Cámaras unidas la facultad de conocer del veto del Poder ejecutivo.

<sup>70</sup> A pesar de que el sistema bicameral sudafricano se compone exclusivamente de representantes blancos, el Senado incluye miembros nombrados con el único propósito de defender los intereses, al menos teóricamente, de los habitantes negros y no blancos.

<sup>71</sup> La Cámara de los Jueces del Parlamento de Botswana tiene la atribución, según su Constitución, de servir de Cámara consultiva en materia de derecho y costumbres locales.

<sup>72</sup> En general, el número de proyectos estudiados por los senadores canadienses es mucho menor que el debatido por sus colegas de la Cámara de los Comunes y se refiere, por tradición, sobre todo a cuestiones de divorcio.

elecciones internas de carácter honorífico, como la de Consejeros de Estado.<sup>73</sup>

5-11. El Senado hipotético carece de funciones exclusivas en estos rubros.

12. *Empleados y Funcionarios.* Sirve como Cámara juzgadora de acusaciones presentadas por la Cámara baja en casos de altos funcionarios, incluyendo al Presidente y Vicepresidente de la República.<sup>74</sup>

13-22. El Senado hipotético carece de funciones exclusivas en estos rubros.

23. *Militares.* Alternativamente, el Senado podría autorizar el ascenso de los más altos jefes de las fuerzas armadas.<sup>75</sup>

Funciones exclusivas adicionales:

34. *Rehabilitación.* Otorgarla en casos de ciudadanía, o de condenas injustas.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Según la Constitución de Rhodesia, el Consejo de Jefes del Parlamento bicameral tiene como función la de servir de colegio electoral para senadores negros. También puede considerarse función electoral la que el Artículo 14 de la Constitución del Ecuador concede al Senado como la atribución exclusiva de "elegir cada año, de entre sus miembros, un consejero de Estado principal y dos suplentes".

<sup>74</sup> La Constitución de la República Dominicana señala como atribución exclusiva del Senado (Artículo 18) "conocer de las acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados contra los funcionarios públicos elegidos para un periodo determinado".

Por su parte, el Artículo 44 de la Constitución del Ecuador señala que es atribución exclusiva del Senado "requerir al Presidente de la República para que haga efectivas las responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos que hubieran abusado de sus atribuciones o faltado al cumplimiento de su deber". De mayor importancia, ese artículo atribuye al Senado la facultad exclusiva de "conocer de las acusaciones propuestas por la Cámara de Diputados contra [el Presidente o el Vicepresidente de la República, el encargado de la función ejecutiva, los ministros y consejeros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema, los senadores y los diputados y los miembros del Supremo Tribunal Electoral]".

La Constitución del Perú, como la de otros países latinoamericanos, sigue el sistema estadounidense de responsabilidades de altos funcionarios y declara en sus Artículos 121 y 122 que "corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado de la República a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, por infracciones de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones" y "corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa por consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados".

<sup>75</sup> También es atribución del Senado venezolano, según el Artículo 79 de su Constitución, "autorizar el ascenso de los oficiales de las fuerzas armadas nacionales, desde los grados de coronel o de capitán de navío, ambas inclusive".

<sup>76</sup> La Constitución del Ecuador otorga al Senado dos funciones de rehabilitación en su Artículo 44: a ciudadanos que hubieran perdido tal calidad o "establecida la inocencia, la honra o la memoria de los condenados injustamente".

35. *Tenencia de la Tierra.* Originada en circunstancias peculiares en África,<sup>77</sup> sería de gran importancia en un país como México.

## CONCLUSIONES

### A. EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO

1. El régimen político de México es del tipo presidencialista reforzado y el predominio del partido oficial se apoya, entre otras cosas, en la debilidad del Congreso de la Unión.

2. El desarrollo económico y social del país, crisis actual no obstante, requiere un mayor equilibrio entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

3. Dentro del Poder Legislativo actual existe un grave desequilibrio formal entre las competencias que el Senado comparte con la Cámara de Diputados y las que la Constitución le otorga en forma exclusiva, reflejo de la situación que se presenta a nivel mundial, en los términos desarrollados en el Capítulo C y en las Notas (*ver* abajo): no sólo son las primeras más numerosas que las segundas, sino de mayor trascendencia, particularmente en lo que ve a cuestiones financieras.

4. Sin embargo, ese debilitamiento del poder legislativo no se debe exclusivamente a una expansión indebida del Poder Ejecutivo sino (y sobre todo) a una explosión de las funciones administrativas (incluyendo la delegación de poderes) o políticas (como los debates por medios masivos de comunicación o la solución alternativa de quejas de ciudadanos) que se resuelven mejor por otras instancias que las legislativas.

### B. UNICAMERALISMO Y BICAMERALISMO

1. Estadísticamente, el bicameralismo tiende a desaparecer.

2. Las segundas cámaras (Senado) adquieren cada vez más el carácter de órganos consultivos intersectoriales.

3. México podría incluirse dentro de los países que mantienen un bicameralismo desigual en que la Cámara baja tiene predominio, al menos en el orden práctico, sobre la Cámara alta.

4. La representación geográfica de los Estados federales deja paulatinamente de tener relevancia ante el predominio presupuestal de la Federación sobre los Estados.

5. Si bien el concepto de Cámara económica (por sectores produc-

<sup>77</sup> Según la Constitución de Botswana, corresponde a la Cámara de los Jueces, con carácter consultivo, la consideración de las cuestiones de la tenencia de la tierra.

tivos) es políticamente inaceptable en países no declaradamente fascistas, puede darse al Senado algo de esta función aumentando su capacidad de investigación y eliminando toda forma de desigualdad teórica o práctica respecto de la Cámara baja.

6. Podría contemplarse el dar cabida en el Senado a quienes hayan prestado servicios significativos en los campos fundamentales de la vida nacional, quizá con carácter honorífico y sin afectar con ello el verdadero espectro político del país.

7. Para lograr el mejor equilibrio propuesto en estas Conclusiones, propongo la redistribución de las funciones del Poder Legislativo, de la manera siguiente e identificándolas con los números que las identifican en el esquema desarrollado en el Capítulo C de este trabajo:

#### FUNCIONES DEL SENADO

- Administración pública (I-1);
- Control del gobierno (I-8);
- Derechos individuales y estados de emergencia o de sitio (I-9);
- Federación-Estados, relación entre (I-13);
- Honores, premios y estímulos (I-16);
- Rehabilitación (II-34);
- Relaciones exteriores (I-29);
- Sentencias de muerte (I-30);
- Tenencia de la tierra (II, 35); y
- Territorio (I-31).

#### FUNCIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

- Arqueología (I-2);
- Bienes nacionales (I-3);
- Censura, voto de (I-4);
- Contratos (I-7);
- Elecciones (I-11);
- Empleados y funcionarios (I-12);
- Finanzas (I-14);
- Fomento (I-15);
- Inquilinato (I-18);
- Inversión extranjera (I-20);
- Militares (I-23);
- Moneda (I-24);
- Monopolios (I-25);

- Obras públicas (I-26);
- Pesas y medidas (I-28), y
- Tribunales (I-32).

#### FUNCIONES CONCURRENTES DE SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS

- Constitución, constitucionalidad y reformas constitucionales (I-6);
- Independencia y seguridad nacionales (I-19);
- Información e investigación (I-17);
- Juicio político (I-21);
- Legislación, en general (I-22), y
- Veto (I-33).

Para utilizar la enumeración de funciones propuestas que antecede, recomiendo: (a) localizar la función de interés en tal enumeración; (b) consultar la competencia agregada correspondiente que aparece bajo la clave del Capítulo C colocada en los paréntesis de la enumeración; y (c) pasar al número de Nota con que se cierra la competencia agregada correspondiente y transcritas en la última parte del trabajo, como sigue:

LISTA COMPARATIVA DE FUNCIONES LEGISLATIVAS  
CONCURRENTES Y EXCLUSIVAS DEL SENADO EN  
EL MUNDO, EN MÉXICO Y PROPUESTAS

EN EL MUNDO	EN MÉXICO (Constitución 1917)	PROPUESTAS
FUNCIONES CONCURRENTES	CONGRESO DE LA UNIÓN	FUNCIONES CONCURRENTES SENADO/DIPUTADOS
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (Nota 37)	ADMISIÓN NUEVOS ESTADOS Y LÍMITES EXISTENTES [Art. 73 (I-IV)]	CONSTITUCIÓN CONSTITUCIONALIDAD Y REFORMAS CONSTITUCIONALES
ARQUEOLOGÍA (Nota 38)	SEDE PODERES FEDERALES Y GOBIERNO D. F. [Art. 73 (V-VI)]	INDEPENDENCIA Y SEGURIDAD NACIONALES
BIENES NACIONALES (Nota 39)	DEUDA PÚBLICA [Art. 73 (VII y XXIX)]	INFORMACIÓN E INVESTIGACIÓN
CENSURA, VOTO DE (Nota 40)	COMERCIO Y MONOPOLIOS [Arts. 28 y 73 (IX)]	JUICIO POLÍTICO
COMERCIO EXTERIOR (Nota 41)	LEGISLACIÓN FEDERAL (Hidrocarburos; minería, industria cinematográfica; comercio; juegos de azar; crédito; energías eléctrica y nuclear; banco de emisión) [Art. 73 (X)]	LEGISLACIÓN EN GENERAL
CONSTITUCIÓN CONSTITUCIONALIDAD Y REFORMAS CONSTITUCIONALES (Nota 42)	EMPLEOS PÚBLICOS Y SUS DOTACIONES [Art. 73 (XI)]	VETO
CONTRATOS (Nota 43)	DECLARACIÓN DE GUERRA [Art. 73 (XII)]	
CONTROL DEL GOBIERNO (Nota 44)	DERECHO DEL MAR [Art. 73 (XIII)]	

EN EL MUNDO	EN MÉXICO (Constitución 1917)	PROPUESTAS
DERECHOS INDIVIDUALES Y ESTADOS EMERGENCIA O SÍTIO (Nota 45)	FUERZAS ARMADAS [Art. 73 (XIV)]	
DEUDA PÚBLICA (Nota 46)	GUARDIA NACIONAL [Art. 73 (XV)]	
ELECCIONES (Nota 47)	POBLACIÓN Y SALUD (nacionalidad; extranjería; ciudadanía; naturalización; colonización; emigración y salud general) [Art. 73 (XVI)]	
EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS (Nota 48)	VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN Y AGUAS [Art. 73 (XVII)]	
FEDERACIÓN-ESTADOS, RELACIÓN ENTRE (Nota 49)	MONEDA; PESAS Y MEDIDAS [Art. 73 (XVIII)]	
FINANZAS (Nota 50)	TERRENOS BALDÍOS [Art. 73 (XIX)]	
FOMENTO (Nota 51)	LEYES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES [Art. 73 (XX)]	
HONORES, PREMIOS Y ESTÍMULOS (Nota 52)	DELITOS FEDERALES [Art. 73 (XXI)]	
INFORMACIÓN E INVESTIGACIÓN (Nota 53)	AMNISTIAS [Art. 73 (XXII)]	
INQUILINATO (Nota 54)	LEY ORGÁNICA CONTADURÍA MAYOR [Art. 73 (XXIV)]	
INDEPENDENCIA Y SEGURIDAD NACIONALES (Nota 55)	EDUCACIÓN [Art. 73 (XXV)]	

EN EL MUNDO	EN MÉXICO (Constitución 1917)	PROPUESTAS
INVERSIÓN EXTRANJERA (Nota 56)	LICENCIA PRESIDENTE REPÚBLICA Y NOMBRAMIENTO SUSTITUTO [Art. 73 (XXIX)]	
JUICIO POLITICO (Nota 57)	ACEPTACIÓN RENUNCIA PRESIDENCIAL [Art. 73 (XXVII)]	
LEGISLACIÓN, EN GENERAL (Nota 58)	CONTRIBUCIONES [Art. 73 (XXVI)]	
MILITARES (Nota 59)	SÍMBOLOS PATRIOS [Art. 73 (XXIX-B)]	
MONEDA (Nota 60)	ASENTAMIENTOS HUMANOS [Art. 73 (XXIX-C)]	
MONOPOLIOS (Nota 61)	CAMARA DE DIPUTADOS	DIPUTADOS
OBRAS PÚBLICAS (Notas 62)	COLEGIO ELECTORAL [Art. 74 (I)]	ARQUEOLOGIA BIENES NACIONALES
PERDONES Y AMNISTIAS (Nota 63)	CONTADURÍA MAYOR [Art. 74 (II)]	CENSURA, VOTO DE
PESAS Y MEDIDAS (Nota 64)	PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS [Art. 74 (IV)]	CONTRATOS ELECCIONES
RELACIONES EXTERIORES (Nota 65)	ACUSACIONES POR DELITOS OFICIALES [Art. 74 (V)]	EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS
SENTENCIAS DE MUERTE (Nota 66) TERRITORIO (Nota 67)	NOMBRAMIENTO Y DESTITUCIÓN MAGISTRADOS D. F. [Art. 74 (VI y VII)]	FINANZAS FOMENTO INQUILINATO

EN EL MUNDO	EN MÉXICO (Constitución 1917)	PROPUESTAS
TRIBUNALES (Nota 68)	CONSTITUCIÓN, CONSTITUCIONALIDADES Y REFORMAS CONSTITUCIONALES (Art. 135)	INVERSIÓN EXTRANJERA MILITARES MONEDA MONOPOLIOS
VETO (Nota 69)		OBRAS PÚBLICAS PESAS Y MEDIDAS TRIBUNALES
FUNCIONES EXCLUSIVAS SENADO	FUNCIONES EXCLUSIVAS SENADO	FUNCIONES EXCLUSIVAS SENADO
DERECHOS INDIVIDUALES (Nota 70)	ANALIZAR POLÍTICA EXTERIOR Y RATIFICAR TRATADOS [Art. 76 (I)]	ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DERECHOS Y COSTUMBRES LOCALES (Nota 71)	RATIFICAR NOMBRAMIENTOS DIPLOMATICOS Y CONSULARES, JEFES HACIENDA Y MILITARES [Art. 76 (II)]	CONTROL DEL GOBIERNO
DIVORCIO (Nota 72)	SALIDA TROPAS NACIONALES Y PERMANENCIA EXTRANJERAS [Art. 76 (III)]	DERECHOS INDIVIDUALES Y ESTADOS EMERGENCIA O SITIO
ELECCIONES (Nota 73)	EMPLEO GUARDIA NACIONAL [Art. 76 (IV)]	FEDERACIÓN-ESTADOS. RELACIÓN ENTRE
EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS (Nota 74)	DESAPARICIÓN PODERES ESTADO [Art. 76 (V)]	HONORES, PREMIOS Y ESTIMULOS
MILITARES (Nota 75)	DISPUTAS ESTADOS-FEDERACIÓN [Art. 76 (VI)]	REHABILITACIÓN
REHABILITACIÓN (Nota 76)	GRAN JURADO DELITOS OFICIALES [Art. 76 (VII)]	RELACIONES EXTERIORES
TENENCIA DE LA TIERRA (Nota 77)	NOMBRAMIENTOS, LICENCIAS Y RENUNCIAS MAGISTRADOS SUPREMA CORTE [Art. 76 (VIII)]	SENTENCIAS DE MUERTE TENENCIA DE LA TIERRA TERRITORIO

## OBSERVACIONES

1. El anterior esquema se aleja del concepto tradicional de la Cámara Alta (Senado) como cuerpo prudente y ponderado frente a una Cámara Baja (Cámara de Diputados) supuestamente más joven y, por tanto —se dice— más apresurada y sujeta a influencias radicalizantes.
2. En cambio, ante la abrumadora realidad política de la mayoría de los países del mundo (incluyendo México), se la reconoce y parte de una distribución real de poder entre ambas Cámaras (la Alta ocupándose de asuntos internacionales y la Baja de asuntos financieros).
3. Me adhiero completamente a la conveniencia de mantener compuertas o mecanismos que impidan que cualquiera de las dos Cámaras —insisto, si es que ambas deben mantenerse— tome rumbos insuficientemente deliberados y demasiado radicales.
4. Sin embargo, me parece que esa función estaría mejor desempeñada por la ya existente posibilidad de veto o su expansión y por la introducción de las elecciones de representación proporcional.
5. En México hoy en día el Presidente de la República ya ejerce una predominancia para mí excesiva sobre el Poder Legislativo; por lo tanto, fortalecer este último me parece deseable. Cada una de las funciones propuestas cuenta con un precedente en algún sistema legislativo en funciones; se trata simplemente de una reordenación.
6. Queda abierta la posibilidad de una auténtica representación proporcional. La competencia legislativa propuesta no se opone a formas más efectivas que el país requiere para su mejor desarrollo.

## ALGUNOS DATOS MEMORABLES DEL CICLO ESCOLAR 1985/1986 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: 1. Contenido y propósitos. 2. Calendario escolar. 3. Autoridades y personal administrativo. 4. Novedades en el profesorado. 5. Personal del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 6. Alumnos titulados. 7. Publicaciones. 8. Conferencias. 9. Biblioteca. 10. Sucesos varios. 11. Reflexión final. 12. Apéndice.

### 1. CONTENIDO Y PROPÓSITOS

Consígnanse aquí, según el título indica, sólo algunos datos escuetos del ciclo escolar 1985/1986, considerados especialmente dignos de recordación o conocimiento para quienes interesa la vida de la Escuela; no llevan, por tanto, ni pueden llevar la ambiciosa pretensión de reflejar la plenitud vivencial de un ciclo escolar, en su comprensión y extensión posibles, sino únicamente la de destacar algunos hechos significativos de nuestro pasado inmediato.

### 2. CALENDARIO ESCOLAR

Con fecha 22 de agosto de 1985, la Secretaría general daba a conocer el calendario escolar aprobado por la Junta directiva de la Escuela, que era de tenor siguiente y se siguió en sus términos:

- Inauguración de cursos: martes 3 de septiembre de 1985, 9:30 hs.  
 Iniciación de cursos: miércoles 4 de septiembre de 1985.  
 Vacaciones: A) Del 16 de diciembre de 1985 al 6 de enero de 1986.  
 B) Semana santa.  
 Terminación de cursos: 24 de mayo de 1986.  
 Exámenes preordinarios: del 26 de mayo al 4 de junio de 1986.  
 Exámenes ordinarios: del 9 de junio al 18 de julio de 1986.

### 3. AUTORIDADES Y PERSONAL ADMINISTRATIVO

La Junta directiva continuó integrada por don José Luis de la Peza,

Rector; don José Cándano y don Carlos E. Mainero, Vocal primero y segundo, respectivamente, y don Ramón Sánchez Medal, Vocal suplente.

Prosiguieron, asimismo, desempeñando sus funciones administrativas: don Pedro Barrera Ardura, Secretario general; don Jaime del Arenal Fenochio, Secretario académico; y don Graciano Contreras, Tesorero.

En la coordinación de seminarios auxilió quien esto escribe; y como gestor de la Secretaría general, el alumno Armando Trigo Rizo.

#### 4. NOVEDADES EN EL PROFESORADO

En primer año, grupo A, don Víctor Manuel del Río y Sainz retomó Derecho civil; en el B, don Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil sustituyó a don Ramón Concha Malo en Introducción al estudio del Derecho; y en el C, en esa materia, don Pedro Ordorica Leñero a don Narciso Pérez Lara.

En el grupo A de segundo, don Raymundo Vázquez Castellanos reemplazó a don Eduardo de Ibarrola en Teoría general del Estado y doña Adriana López González a don Emilio González de Castilla en el seminario de Civil.

A seminarios de tercero se incorporó don Héctor Calatayud Izquierdo para atender los de Laboral y se reincorporó don Lorenzo Foubert, para sustituir a don Rafael Ortega en los de Civil. Don Rafael Mateos Poumián retomó su grupo A de Penal.

En el grupo B de cuarto, doña Loretta Ortiz Ahlf retomó Derecho internacional público; don Jaime del Arenal Fenochio sustituyó a don Martín Díaz Díaz en Historia general del Derecho y don Horacio Aguilar Álvarez a don Juventino V. Castro en Derecho constitucional. En seminarios, don Hernán Ruiz atendió los de Derecho internacional público por don José Aguilar; don Luis Morones los de Administrativo por don Emigdio Torres Galindo; y don José Antonio Becerril González, a más de su grupo B de Procesal penal, el del A, por don Eduardo Luengo; no funcionó por falta de quórum, el de Mercantil, que atendía don Julián Real Vázquez.

En quinto año, se instauró como obligatoria la cátedra de Derecho monetario y bancario, impartida en el grupo A por don Francisco Borja Martínez y en el B por don Roberto del Cueto Legaspi; y como optativa, la de Derecho minero, atendida por don Carlos E. Mainero Núñez de Cáceres. Sustituyó doña Josette Serrato de García a don Antonio Prado Núñez en Derecho internacional privado del grupo A

y don Juan Miguel Alcántara a don Miguel Villoro Toranzo en Filosofía del Derecho del B.

#### 5. PERSONAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Don Jaime del Arenal Fenochio, don Luis Norberto Cacho Pérez y quien esto escribe, lo integraron durante todo el ciclo; y en parte de éste, al principio doña Laura Trigueros y posteriormente doña Gisela Oscós y doña María Teresa Lara, así como las pasantes en Derecho, Laura Urbina Gómez e Ivelizze Sánchez Rocha.

#### 6. ALUMNOS TITULADOS

52 alumnos presentaron su tesis y aprobaron su examen profesional durante el periodo reglamentario que va de octubre de 1985 a mayo de 1986. En orden cíclico retrospectivo, las cifras de los cinco periodos anteriores habían sido de 54, 60, 62, 51 y 50. Para valorarlas, debe tenerse en cuenta que ordinariamente sólo se admiten alumnos al primer año y únicamente alrededor de 225, que se reparten luego en tres grupos.

De acuerdo a los datos proporcionados por la Secretaría general, en apéndice dan a conocerse el nombre de los nuevos abogados y el de su tesis profesional, así como el número que les corresponde en la relación general de egresados y la distinción alcanzada, en su caso, por la calidad de su tesis, de la solución al caso práctico o del examen profesional.

#### 7. PUBLICACIONES

7.1 El Número 9 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho vio la luz en octubre de 1985.

Renovado aparece el Consejo editorial. Nuevo director es don Jorge Adame Goddard; nuevos vocales: don Juventino V. Castro, don Francisco de Icaza y don Ramón Sánchez Medal, y continúan como vocales: don Jaime del Arenal Fenochio, don Fauzi Hamdan Amad y don Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil.

Para una mejor distribución de la Revista, tanto dentro como fuera del país, se firmó un convenio con Miguel Ángel Porrúa, S.A.

7.2 De la obra *Legislación pública estatal* aparecieron los tomos correspondientes a los estados de Jalisco, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco y Tlaxcala.

7.3 *Pandecta*, revista de los alumnos, apareció en los meses de enero y abril, con un suplemento en mayo de 1986.

## 8. CONFERENCIAS

Promovidas por la Sociedad de alumnos, se dictaron las siguientes:  
Don Carlos E. Mainero y Núñez de Cáceres: *Historia y perspectivas de la Escuela* (6-XI-85).

Don Jamal Shemirani, Director general de la ONU: *El XL Aniversario de las Naciones Unidas* (11-XI-85).

Don César Fonseca: *Cómo sacar tres superiores* (2, 3 y 4-XI-85).

Don Manuel Ramírez, Director general del Centro de Estudios Económicos del Sector Privado: *El GATT: Ventajas y desventajas* (9-XII-85).

Don Porfirio Muñoz Ledo: *México en el contexto internacional* (19-II-86).

Ciclo de conferencias de Derecho penal:

Don Sergio Vela Treviño: *El nuevo concepto de delito* (8-IV-86).

Don Rafael Moreno González: *La criminalística en México* (8-IV-86).

Don Jesús Zamora Pierce: *Garantías constitucionales del acusado, art. 20, fr. I* (10-IV-86).

Don Juan Pablo de Tavira: *El sistema penitenciario mexicano* (10-IV-86).

Don Carlos Salinas de Gortari, Secretario de Programación y Presupuesto: *La situación económica de México y sus perspectivas* (9-IV-86).

## 9. BIBLIOTECA

Prestó sus habituales servicios, pero deben destacarse los siguientes hechos:

9.1 La extraordinaria diligencia puesta por su director don Jaime del Arenal Fenochio para reorganizar, con el auxilio de nueve abnegados alumnos de 4o. B, el material bibliohemerográfico que fue tirado de sus estantes y revuelto por los intensos movimientos telúricos del 19 y 20 de septiembre de 1985. Así, reanudadas las actividades administrativas y escolares el 14 de octubre, en el muy breve término de quince días pudo la Biblioteca seguir cumpliendo sus funciones.

9.2 El establecimiento de horario corrido y aumentado, atendido

por dos turnos de empleados, de 8 a 15 y de 15 a 20 horas, de lunes a viernes.

9.3 La instauración del servicio de computadora.

9.4 La intensificación del programa de adquisiciones, tanto de libros como de revistas, del país y del extranjero, labor en que participó eficazmente también don Jorge Adame Goddard.

## 10. Sucesos varios

10.1 *Inscripciones*. Fueron del 1o. al 16 de agosto para los alumnos de primer ingreso y del 19 al 23 para los de 2o. año a 5o., auxiliada la Secretaría general por la Sociedad de alumnos.

10.2 *Efectos de los sismos*. El sismo del 19 de septiembre de 1985 impuso forzosamente la suspensión de las actividades administrativas y de las clases, que aquel día se desarrollaban ya a las 7 de la mañana y no habrían de reanudarse sino hasta el 14 de octubre, pues la zona fue declarada de desastre, acordonada y de acceso prohibido.

El bien construido edificio resistió los embates del reiterado sismo, sufriendo sólo leves daños —caída de una barda del estacionamiento, ruptura de algunas losetas...— que presto fueron reparados, gracias a la diligencia del Secretario general don Pedro Barrera Ardura; inspeccionado por las autoridades correspondientes, que declararon su seguridad, volvió a su destino, con el saludo y exhortación del señor Rector a profesores y alumnos.

Unos y otros redoblaron esfuerzos para recuperar el tiempo y, mediante clases extras u otros medios adecuados, pudieron desarrollar completos los programas.

10.3 *Principales actividades de la Sociedad de alumnos*. La Sociedad de alumnos desarrolló múltiples actividades de gran provecho y de diverso orden: humanitarias, escolares, artísticas y culturales, deportivas, sociales. Entre otras, destaquemos las siguientes:

10.3.1 Estableció en la Escuela un puesto de socorro para los damnificados el 19 de septiembre de 1985, siendo uno de los primeros que daban a conocer la radio y la televisión por la mañana de ese día. Se integraban en brigadas de auxilio, compuestas de seis a diez compañeros. Informaban a la Ciudad y a la República del buen estado de alumnos, profesores y edificio. Consiguieron lugares opcionales para trasladar a la comunidad estudiantil en caso de no poder reabrir prontamente la Escuela. En la operación-topo rescataban infortunados atrapados. Atendieron la consultoría jurídica pro damnificados y para quienes la requiriesen, durante todo el año. Lograron en verdad reali-

zar el texto de aquellos vistosos carteles interuniversitarios que aparecían fijados en los muros: "5 + 5 = 25: Cuando los jóvenes se unen, no se suman, se multiplican".

10.3.2 En una *Presentación* informaron a sus compañeros de nuevo ingreso sobre los sistemas de la Escuela (9-IX-85). Practicaron "exámenes simulacro" a setenta y cinco nuevos alumnos (enero de 86). Otorgaron credenciales. Hicieron reformas a los Estatutos de la Sociedad e hicieron circular su segunda edición.

10.3.3 Invitaron al Grupo Orfeus a dar un concierto de música de cámara (18-IX-85). Promovieron un concurso de oratoria (28 y 29-I-86) y otro de declamación (4 y 5-III-86). Proyectaron la película *Aguirre-La ira de Dios*, con Klaus Kinski (6-III-86). Invitaron a un *Café con Arreola* —Juan José— (23-IV-86).

10.3.4 Conscientes de la vigencia del *mens sana in corpore sano*, organizaron en fines de semana torneos de fútbol —entre grupos o contra equipos de reclusos de Santa Marta Acatitla (7-II-85)—, béisbol, basquetbol, tennis, backgammon y ajedrez.

10.3.5 Animada *fiesta estudiantil* tuvieron el 16 de noviembre de 85, en Zaragoza 28, con asistencia de más de 600 personas.

Celebraron "el día de la Libre" convencionalmente el 22 de febrero de 86, con deportes, juegos y concursos diversos.

Organizaron la *comida anual de la Escuela*, el 14 de marzo, en el University Club de México, A.C., con asistencia de alrededor de 560 personas.

En la *Velada bohemia* del 23 de abril, presentaron diversos números, repartieron premios, derrocharon alegría.

## 11. REFLEXIÓN FINAL

He allí, pues, algunos indicadores del espíritu y vida que animó al ciclo escolar 1985/1986 de la Escuela Libre de Derecho, ciclo que en cierta proporción y medida se vio afectado por la limitante del tiempo, como queda dicho. Pero la Institución logró salir adelante y pudo cumplir sus objetivos permanentes de servicio a la sociedad mexicana.

La respuesta de la Escuela a esas circunstancias difíciles, como las que ha dado a otras no menos duras de su historia, nos han hecho meditar en su capacidad de recuperación y de resistencia a lo adverso: de modo que, aleccionada por la experiencia, bien podrá decir con el Poeta latino: *Alios ventos vidi aliasque procellas*.

## 12. APÉNDICE

### ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS EN EL CICLO ESCOLAR 1985/1986

1941. Salomón Vargas García,  
*La libertad contractual y el orden público.*  
24 octubre 1985.
1942. Armando Fausto Ortega Gómez,  
*La crisis de la Constitución en México — Tesis laureada.*  
30 octubre 1985.
1943. Gerardo Lozano Alarcón,  
*Aspectos legales y prácticos del financiamiento internacional — Tesis laureada.*  
5 noviembre 1985.
1944. Carlos Eugenio Proal Roustand,  
*Régimen jurídico de las instituciones de fianzas (La actividad afianzadora como servicio público o como actividad privada de interés público),*  
7 noviembre 1985.
1945. Apolonio Amaya Contreras,  
*Los elementos de la responsabilidad civil en la doctrina y en el Código Civil para el Distrito Federal,*  
14 noviembre 1985.
1946. Silvia Gabriela Ortiz Rascón — *Mención por su examen profesional,*  
*La responsabilidad de los servidores públicos y el fuero constitucional,*  
25 noviembre 1985.
1947. Mario López García,  
*Medios jurídicos que garantizan la eficaz administración de una sociedad anónima,*  
26 noviembre 1985.
1948. Sabás Cristian Francia Zapata,  
*Las sociedades controladoras a la luz de la legislación actual,*  
28 noviembre 1985.
1949. Maximiliano Antonio Edl García Velarde,  
*Consideraciones y contradicciones entre el artículo 343 de la Ley Federal del Trabajo y el artículo 123 constitucional,*  
4 diciembre 1985.
1950. Gerardo Gaxiola Díaz,

- La defensa del contribuyente ante el incumplimiento de los convenios de adhesión al sistema nacional de coordinación fiscal*,  
6 diciembre 1985.
1951. Sofía Virgen Avendaño,  
*Inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 135 y 136 de la Ley General de Instituciones de Seguros*,  
10 diciembre 1985.
1952. María Azucena Morán Alonso,  
*Introducción al estudio del Derecho laboral bancario en México*,  
17 enero 1986.
1953. Rodolfo Vidal Gómez Alcalá,  
*Interpretación y Constitución*,  
24 enero 1986.
1954. Concepción Leticia Romero Pérez,  
*Antecedentes históricos de la confesión en materia procesal civil*,  
30 enero 1986.
1955. Gisela Antonieta Oscós Said,  
*La vigencia actual de la Constitución de 1857*,  
14 febrero 1986.
1956. María Eugenia Ríos Espinosa,  
*La subjetividad internacional de la Organización para la Liberación de Palestina*,  
17 febrero 1986.
1957. Juan José Gallardo Valencia,  
*Comentarios en torno a la Ley Federal de Turismo de 1984*,  
4 marzo 1986.
1958. Juan Manuel Jiménez Illescas,  
*La garantía del interés fiscal — Tesis laureada*,  
6 marzo 1986.
1959. Luis Manuel Guadarrama Ruiz,  
*Nulidad de juicio concluido*,  
7 marzo 1986.
1960. Mayra María Teresa Eternod Aramburu,  
*Aspectos constitucionales de la Ley Federal del Turismo*,  
11 marzo 1986.
1961. Maximiliano Camiro Vázquez — *Mención por su solución al caso práctico*.  
*La sociedad mercantil unipersonal: Notas para su estudio y regulación — Tesis laureada*.  
13 marzo 1986.
1962. Fernando Gómez Sánchez — *Mención por su examen profesional*,

- La evolución del marco sociojurídico del proceso expropiatorio federal en México*,  
20 marzo 1986.
1963. María del Socorro Punzo Doberganes,  
*Inducción y auxilio al suicidio*,  
8 abril 1986.
1964. Federico Jorge Gaxiola Moraila — *Mención por su examen profesional*,  
*Ideas sobre el conocimiento y sobre el conocimiento del Derecho — Tesis laureada*,  
9 abril 1986.
1965. Carlos Alberto Barragán Zoebisch,  
*Defensa jurídica y participación ciudadana en la Administración Pública*,  
11 abril 1986.
1966. Jorge Mario Pardo Rebolledo — *Mención por su examen profesional*,  
*La reclamación electoral ante la Suprema Corte de Justicia — Tesis laureada*,  
16 abril 1986.
1967. Purificación Carpinteyro Calderón,  
*Programas para la cobertura de riesgos cambiarios administrados por el "Ficorca" — Tesis laureada*.  
21 abril 1986.
1968. Luis Norberto Cacho Pérez,  
*El delito político — Tesis laureada*,  
22 abril 1986.
1969. Ricardo Jesús Sepúlveda Iguíniz,  
*Referéndum en México (Su establecimiento para las reformas constitucionales)*,  
23 abril 1986.
1970. Javier Alejandro Madrazo Castelazo — *Mención por su examen profesional*,  
*La naturaleza jurídica del ejido*,  
24 abril 1986.
1971. Mario Evaristo Vivanco Paredes,  
*Nueva Ley del Notariado para el Distrito Federal*,  
25 abril 1986.
1972. Moisés Alejandro Martínez Cosío,  
*La inseminación artificial humana como delito*,  
29 abril 1986.

1973. Rolando Jesús González Flores,  
*Habeas corpus: necesidad de implantación en el sistema jurídico mexicano,*  
30 abril 1986.
1974. Jorge Antonio Jiménez Cañizares,  
*Algunas consideraciones jurídicas en torno al régimen de control de cambios vigente en nuestro país,*  
30 abril 1986.
1975. José Antonio Espinosa Vázquez,  
*Efectos del registro sindical,*  
7 mayo 1986.
1976. José de Jesús Gómez Coteró,  
*Errores e injusticias en el tratamiento fiscal de la fusión de sociedades mercantiles y algunos aspectos corporativos,*  
7 mayo 1986.
1977. Rodolfo Alfredo Vélez Gutiérrez,  
*Las reformas al Código Civil en materia de arrendamientos y la necesidad de una legislación protectora específica,*  
8 mayo 1986.
1978. Herman Kiehnle Zárate,  
*Aspectos jurídicos de los llamados dividendos interinos,*  
9 mayo 1986.
1979. Mauricio Germán Mendoza Silva,  
*La fijación de los salarios mínimos — Tesis laureada,*  
12 mayo 1986.
1980. Juan Alfredo Guzmán Ayala,  
*Armamento y desarme — Tesis laureada,*  
12 mayo 1986.
1981. René Jesús Segreste Ríos,  
*Funcionamiento, naturaleza y otros aspectos jurídicos de la tarjeta de crédito,*  
13 mayo 1986.
1982. María Isabel Flores Merino Herrera Salcedo,  
*Breves consideraciones sobre el matrimonio como institución natural y legal,*  
13 mayo 1986.
1983. Josefina Martha Curiel Sánchez,  
*El silencio administrativo en la doctrina y en el Derecho positivo mexicano,*  
14 mayo 1986.

1984. Martha Gómez Vázquez,  
*El trabajo en favor de la comunidad como sustitutivo de la pena corta de prisión,*  
14 mayo 1986.
1985. Alfonso Díaz Álvarez,  
*Reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación,*  
15 mayo 1986.
1986. Brunette Barreda Snyder,  
*Proyecto de reformas al artículo 1999 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común vigente,*  
15 mayo 1986.
1987. Marco Antonio Juan Campos Castellanos — *Mención por su examen profesional y por su solución al caso práctico,*  
*El poder de policía en el Derecho mexicano — Tesis laureada,*  
16 mayo 1986.
1988. José Francisco Cortés Lozano,  
*La representación legal de las sociedades mercantiles en las etapas de conciliación, demanda y excepciones del procedimiento ordinario laboral,*  
16 mayo 1986.
1989. María Teresa Lara Suárez,  
*El delito de rebelión: Breves comentarios,*  
19 mayo 1986.
1990. Eduardo Aurelio Gómez Alcázar,  
*Regulación jurídica de la compraventa habitual y profesional de divisas en México,*  
20 mayo 1986.
1991. Leticia Balmaceda Pérez,  
*Resurgimiento de la sociedad de responsabilidad limitada,*  
20 mayo 1986.
1992. Gabriel Eduardo de la Torre Villarreal,  
*La prueba de declaración de parte en materia civil y mercantil,*  
21 mayo 1986.

El autor de esta oración fúnebre es el Sr. Antonio Carrillo Flores, quien en su momento fue el representante de México en el Gobierno de los Estados Unidos de América y en el momento de su fallecimiento era el representante de México en el Gobierno de los Estados Unidos de América.

### ORACIÓN FÚNEBRE POR DON ANTONIO CARRILLO FLORES

Antonio MARTÍNEZ BÁEZ

Con el honroso cargo, que por su gravamen no he debido hasta ahora ejercer, como Vicepresidente de la "Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Española", cumplo el doloroso deber de expresar algunas palabras de triste despedida a un ilustre miembro numerario de dicha Academia, don Antonio Carrillo Flores.

Una creciente liga, durante más de medio siglo, de admiración ilimitada, me vinculó a este excepcional mexicano, dotado de un claro pensamiento de jurista nato, de elegante retórica académica, de diáfana pulcritud en su conducta como alto servidor público, ya en el difícil manejo de las finanzas públicas y de las cuestiones de la banca de desarrollo, como también en los complejos problemas de la diplomacia internacional y del orden económico mundial, y de los graves desafíos de la explosión demográfica en los países en vías de desarrollo.

El personal e íntimo afecto, no ha podido acallar el gran dolor que me produce su definitiva ausencia o el silencio de su voz, siempre sabia, con el diálogo múltiple en torno a los más diversos temas jurídicos y de la política y de la historia de esta Patria nuestra a la que amó siempre en aumento constante.

Esos diálogos en los que Antonio Carrillo Flores llevaba el tema, siempre de gran belleza, y los que escuchábamos sólo interveníamos para solicitarle reanudara el hilo de su relato o de sus reflexiones, ya no serán disfrutados al marcharse ahora, cuando era más útil su guía y consejo para todos los mexicanos.

Admirable jurista desde su temprana juventud, al egresar de las aulas de Jurisprudencia, volvió pronto a ellas como profesor de Derecho Administrativo y luego como director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Ya en plena madurez y en días luminosos de su gestión en la "Nacional Financiera" y como secretario de Hacienda y como Canciller en la Torre de Tlatelolco, o bien como Embajador en Washington o en Moscú, ausente de su México amado, en

plena vigilia, soñaba todavía en su frustrada vocación de ser Juez de Distrito, Magistrado de Circuito o Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aún en años recientes, en alcanzar la categoría de "Ombudsman" mexicano, o de ser Procurador de los Pueblos, y encarnar así el papel de protector de las Garantías Individuales y de los Derechos Humanos.

Hombre cabal y plural, jurista, político y humanista nato, acendró su personalidad polifacética en la identidad mexicana, tanto en grado mayor, en la medida de sus profundos y amplios contactos con la vida universal; en la conducción de las relaciones de México con el extranjero; en sus contactos como funcionario de la Organización de las Naciones Unidas y en el igual trato, equilibrado y justo, de los asuntos de nuestro país con las dos grandes superpotencias del Orbe; siempre manteniéndose en vigilancia constante y observante de los principios clásicos del Derecho de Gentes y de las tradicionales doctrinas de nuestra política internacional.

Orgulloso de su estirpe mexicana, la firmeza de la identidad nacional histórica le guió siempre en su irreprochable conducta, como hombre público, y hoy nos ofrece su vida un ejemplo para la presente y las futuras generaciones de mexicanos.

Antonio Carrillo Flores nos deja una viva lección, duradera por siglos, con sus múltiples ensayos jurídicos, históricos y políticos, con sus magníficos discursos y biografías de nuestros más ilustres estadistas, y con otras obras de mayor enjundia sobre las Instituciones públicas del país y sobre las ideologías y doctrinas que han conformado el alma de la Patria.

La "Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación" expresa el gran pesar y la honda tristeza por la irreparable pérdida de uno de sus más ilustres miembros; pero se consuela con la nutrida herencia que nos ha legado, rice e inextinguible.

México, D.F., 21 de marzo de 1986

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1986-1987, POR EL SR. LIC. JOSÉ CANDANO GARCÍA DE LA MATA, EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EL DÍA 2 DE SEPTIEMBRE DE 1986

Señor Rector,  
Señores profesores,  
Jóvenes estudiantes,  
Señoras y señores:

Agradezco la invitación que se me hizo para dirigir a ustedes la palabra, en esta ceremonia de inauguración del ciclo escolar 1986-1987, especialmente porque dicho ciclo comprende, tanto el 74º, como el principio del 75º aniversario de la fundación de nuestra querida Escuela.

La Escuela, en el transcurso que va desde su inicio el 24 de julio de 1912 a la fecha, no ha envejecido; al contrario, se renueva cada año, con la sangre joven de los alumnos que hoy ingresan; así como con la colaboración de nuevos profesores, de las filas de sus egresados o de otras instituciones universitarias.

Es necesario reiterar en este acto, que los jóvenes de nuevo ingreso tendrán que entregarse lealmente a la tarea de cumplir con los fines de la institución; y que su formación en la ciencia y el imperio del Derecho, no depende sólo de los maestros, sino de la unión de ambos, con la idea de superar el acervo cultural de la Escuela.

Quienes ya pasaron la prueba del primer año han sentido la responsabilidad que adquieren, los sacrificios que necesitan hacer para llegar a la meta final, después de una carrera exitosa.

Entre los alumnos de la Escuela debe existir, como norma fundamental, el mutuo respeto y solidaridad entre ellos, y con sus profesores.

Abierta la Escuela como lo está, a recibir la colaboración de abogados distinguidos, egresados tanto de la Facultad de Derecho como de otras universidades, que comparten nuestros mismos ideales, inquietudes y satisfacciones; y reconociendo que no son egresados de la Escuela, su mérito de apostolado requiere especial mención y reconocimiento.

Tal es el caso de los maestros: don Manuel Lizardi, don Carlos Sánchez Mejorada, don Juventino V. Castro y Castro, don Armando Ostos, don Sergio Vela Treviño, don Juan Antonio Peralta, don Julio Garduño, don Francisco Borja Martínez y don Manuel Ruiz Daza.

El profesor no es un expositor, es el investigador que junto con sus alumnos, estudia la materia, comparte sus conocimientos y procuran enriquecerla con las aportaciones de ambos.

Conveniente es recordar que la Escuela es como nuestra casa, nuestro hogar; que debemos proteger, cuidar y honrar, ya que nuestros actos, harán de ella su dignidad y rango.

Sus setenta y cuatro años de historia de enseñanza ininterrumpida, no siempre fueron iguales, se afrontaron problemas desde su inicio, ya que la aventura de su fundación, su escisión de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, la colocaron fuera del reconocimiento oficial de sus estudios profesionales; sin que ello importara a sus fundadores y subsecuentes alumnos, desde 1912; y sólo cuando algunos estados de la Federación, paulatinamente fueron otorgando la revalidación de sus estudios, se logró cierta tranquilidad, que culminó con el Decreto-concesión del año de 1930.

Deseo en este acto solemne, recordar en cuanto a la vida interna de nuestra Escuela, la declaración de don Miguel Macedo en el sexto aniversario de su fundación: "Todos aquí, incluso los individuos del cuerpo docente, tenemos nuestras opiniones y creencias, nuestras aspiraciones, nuestros ideales, faltaríamos a grandes deberes si fuésemos como materia inerte. Pero en los muros de nuestra Escuela se estrella el torbellino de las agitaciones sociales; y la tormenta de las pasiones pierde su fuerza."

Para normar nuestro criterio, esta declaración se complementa con la sabia exposición de nuestro querido maestro de generaciones, don Manuel Herrera y Lasso, al decir que la Escuela es: "Una libre asociación de amigos, una pequeña agrupación, caracterizada por la amistad y el compañerismo; y unida por la única causa que existe en nuestra institución, la del mejor cumplimiento de sus fines".

La profundidad de estos pensamientos me lleva a insistir en la unidad que debe haber entre los alumnos y los profesores; y ambos, con la directiva de la Institución, con ello tendremos la barrera infranqueable a que se refiere don Miguel Macedo y la solidaridad propuesta por don Manuel Herrera y Lasso.

La Escuela nació bajo el signo de la libertad, de la unión y de la amistad, en aras de un propósito común; y bajo la inspiración de ideales superiores.

Es necesario pues, en esta ceremonia, renovar los juramentos solemnes que coronaron su fundación:

*Alumnos:* "¿Juráis cumplir con el compromiso de mantener el orden y la disciplina que está confiada a su honor?"

*Profesores:* "Declaramos: que movidos por nuestra devoción a la ciencia jurídica, y a la juventud estudiosa, y de nuestro amor a la patria mexicana, protestamos por nuestro honor, cumplir lealmente el estatuto que nos rige, así como los deberes del cargo de profesores, que libremente hemos aceptado y del que sólo nos separaremos por causas graves."

Para concluir, qué mejor oportunidad que repetir las frases del primer rector honorario don Luis Méndez: "Dios, autor de las buenas leyes, e inspirador de las buenas obras: haga que esta institución viva y prospere."

Gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL ALUMNO SR. EMILIO ROMANO MUSSALI, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1986-1987, EL DÍA 2 DE SEPTIEMBRE DE 1985.

Señor abogado don José Luis de la Peza, Rector,  
Honorables miembros de la Junta Directiva,  
Señor abogado don Pedro Barrera Ardura, Secretario,  
Maestros,  
Compañeros:

El día de hoy, inauguramos un nuevo ciclo escolar, aprovechamos la ocasión para felicitar a nuestros compañeros que avanzan en sus estudios, así como para dar la bienvenida a los que han elegido a la Escuela Libre de Derecho como el recinto donde cultivarán la ciencia del Derecho.

Dentro de poco tiempo, nuestra Escuela se vestirá de gala para festejar tres cuartos de siglo de vida ininterrumpida, acontecimiento este que nos llena de orgullo y nos brinda la oportunidad de fortalecer la influencia de nuestra Escuela Libre de Derecho en la vida jurídica nacional.

No cabe duda que estos son momentos de crisis, México está inmerso en una situación quizás aún más difícil que la que existió en la etapa pre-revolucionaria de principios de siglo; existe un descontento social cada vez mayor y los problemas que nos agobian parecen no tener solución inmediata. Dentro de este contexto, nuestra Escuela pronto cumplirá 75 años de su fundación; no cabe duda que aquellos que pronosticaron una vida efímera a aquel brote de descontento estudiantil que le dio vida en 1912, estaban muy equivocados.

En esa época, la Escuela vino a romper con "el monopolio educativo" del poder público, que crecía rápidamente, y con la introducción de intereses políticos en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. La independencia del poder público le dio vida y la ha mantenido firme a lo largo de su historia. Ya decía en 1913 el entonces rector Agustín

Rodríguez, "es una necesidad que (la Escuela) viva... porque ciencia que se monopoliza es ciencia que se atrofia, el ambiente de la ciencia es la libertad."

Es común en nuestro país que todo foro de expresión de la sociedad civil sea identificado con alguna ideología o sector, por lo que para algunos es difícil comprender a nuestra Escuela; más difícil aún les resulta explicarse cómo se ha mantenido al margen de los que se disputan el monopolio de la educación: el poder público y la Iglesia; principalmente cuando vivimos ante un gobierno que busca centralizar la totalidad de la función educativa del país.

Los estudiantes fundadores de la Escuela Libre de Derecho lograron sentar un precedente: que en México se haga enseñanza verdaderamente libre, o, como decía el maestro Herrera y Lasso en 1937: "quisimos salir de un ambiente de aminoraciones. Quisimos librarnos de la contaminación de la política en la enseñanza..."

El sentimiento de maestros y alumnos que en el pasado los unió para darle vida a la Escuela Libre de Derecho, es el mismo que ahora nos une para mantener viva su obra: gozar de esa libertad que nos ha permitido y nos permite hacer a nuestra Escuela cada vez más grande, ante los ojos de una sociedad que tiene sus esperanzas fijadas en encontrar un México mejor.

Para nosotros, la suprema libertad es la razón de ser de nuestra escuela, dándole sentido a su nombre y justificando su existencia. Es por ello que los alumnos de la Escuela Libre de Derecho no podemos comprometernos con influjos políticos, económicos o religiosos, porque estamos comprometidos con la libertad; no podemos comprometernos con el favor, el poder o el dinero, porque estamos comprometidos con el Derecho; y buscar el cultivo de la ciencia jurídica en toda su magnitud, es nuestra finalidad primordial.

Por último, quisiera transcribir las palabras que el insigne alumno Juan López Moctezuma escribió en 1925 para conmemorar el décimo-tercer aniversario de nuestra Institución: "Esta noble Escuela, tildada de revolucionaria por los que la desconocen... , lejos de coartar las nuevas ideas que bullen en las cabezas jóvenes, las ha cobijado amorosamente y ha brindado a todos los anhelos, a todas las ideas, a todas las palabras, una libertad que se niega en otras partes... , que piense cada quien lo que desee... , aquí sólo se viene a hacer justicia, a hacer patria."

Gracias.

*Revista de Investigaciones Jurídicas*  
 Núm. 10, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir el día 15 de octubre de 1986 en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ. Se tiraron 1 000 ejemplares. La edición estuvo al cuidado del Lic. Manuel López Medina.

