

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

AÑO 12

NÚMERO 12

MÉXICO, 1988

Junta Directiva:

Lic. José Cándano y García de la Mata, *Rector*
 Lic. Fausto Rico Álvarez, *Primer Vocal*
 Lic. Fauzi Hamdan Amad, *Segundo Vocal*
 Dr. Jorge Adame Goddard, *Vocal Suplente*

Secretarios:

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

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 Müggenburg
 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 sus autores.

INDICE

DOCTRINA GENERAL

JORGE ADAME GODDARD	
Sobre los caminos públicos: comentario al título 1, 14 de las Sentencias de Paulo	9
JAIMES DEL ARENAL FENOCHIO	
Pablo Macedo: orden y abogacía en un "Científico"	19
JAVIER RAMÓN BRITO MONCADA	
La inmunidad jurisdiccional de los Estados	49
JUVENTINO V. CASTRO	
Todavía más sobre la "Fórmula Otero"	65
MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ	
La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría: contexto, apogeo y desencanto	79
VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO	
Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino	117
JOSÉ GÓMEZ GORDOA	
La institución jurídica del seguro en México	133
JOSÉ JUAN GONZÁLEZ MÁRQUEZ	
Notas en torno a la historia de la legislación sobre bancos en México	141
FAUZI HAMDAN AMAD	
Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia de gobierno del Distrito Federal	177

- FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA
Sociedades clasificadoras 195
- MANUEL MOGUEL CABALLERO
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes 211
- HORACIO RANGEL ORTIZ
Las patentes en México: evolución y sistema actual 241
- RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL
Los derechos humanos y la legislación mexicana 267
- JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ
La reforma judicial de 1900 281
- JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Puntos fundamentales para el uso alternativo del derecho 295
- CARLOS TRASLOSHEROS PERALTA
Las nulidades en el proceso civil 303
- JULIO C. TREVIÑO
El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina 323
- EUGENIO URSÚA-COCKE
La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo . . . 351
- SERGIO VELA TREVIÑO
Algunas reflexiones acerca de la crisis de la administración de justicia penal 385
- MIGUEL VILLORO TORANZO
Las diversas escuelas positivistas del Derecho 439

SECCIÓN MONOGRÁFICA

EL DERECHO DE INFORMACIÓN

- JUAN DE LA BORBOLLA RIVERO
Régimen jurídico de la profesión periodística 453

- MANUEL CAMACHO Y DE CIRIA
El llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación" 471
- JOSÉ DE JESÚS CASTELLANOS LÓPEZ
Evolución jurídica del Derecho a la información en México . . . 489
- HÉCTOR DÁVALOS HENRÍQUEZ
Reflexiones sobre el Derecho a la información en América Latina 499
- JOSÉ MA. DESANTES-GUANTER
El Derecho a la información en el contexto de los derechos humanos 511
- MISCELÁNEA
- CARLOS ARELLANO GARCÍA
Normas mínimas en la ética de la abogacía 551
- MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO
Reflexiones para los estudiantes 557
- SILVIO ZAVALA
Comentario sobre la Historia del Derecho en México 565
- MANUEL LÓPEZ MEDINA
Referencias del ciclo escolar 1987/1988 573
- RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL
Discurso pronunciado en la ceremonia de iniciación de cursos del 5 de septiembre de 1988 587
- ÓSCAR ALBERTO ESTRADA CHÁVEZ
Discurso pronunciado en la apertura del curso 1988/1989 . . . 599

JORGE ADAME GODDARD

SOBRE LOS CAMINOS PÚBLICOS: COMENTARIO AL TÍTULO 1,14 DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. Comentario a la rúbrica del título. II. Comentario a 1,14, 1a. III. Comentario a 1,14,1.*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un comentario histórico jurídico al título 14, del libro primero de las Sentencias de Paulo.* Forma parte de un comentario más amplio que he venido haciendo de los títulos 7 y siguientes del mismo libro, y del que ya se han publicado otras partes.**

El método que sigo es el que diseñó Ernst Levy, en su *Palingenesia of The opening titles of PS* (New York, 1945)*** Consiste en analizar cada una de las sentencias, en estos diferentes aspectos: su significado (S), o sea su sentido jurídico; su origen (O), es decir si corresponde al derecho clásico o al postclásico; su tópico (T) de adscripción o *sedes materiae* en el orden edictal; su fuente (F), y su estrato (Au) o "autor", es decir el momento histórico en el que fue compuesta.

* Sobre el origen, contenido, autor y ediciones de las *Sentencias de Paulo*, puede verse, Adame Jorge, "Las Sentencias de Paulo", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 4, México, 1987, p. 5 y ss.; V. también, "Palingenesia de los títulos relativos a la *Restitutio in integrum* por causa de dolo, menor edad o ausencia (1, 8-19A) de las Sentencias de Paulo", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, X, 1985, pp. 13-40. Ya hay una traducción española del libro primero de esta obra: *Las Sentencias de Paulo, Libro primero*, traducción, introducción y notas de Martha Patricia Irigoyen, México, *Biblioteca Jurídica Latina Mexicana*, 1987.

** En *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors*. I, Pamplona, 1987, p. 89 y ss., está publicado el comentario al título 1,7 de *integri restitutione*. En prensa, están los comentarios al título 1,13 A. de *omnibus indicis*, y 1,13 B, si *hereditas vel quid aliud petatur*, que se publicarán, respectivamente, en los Estudios de homenaje a Héctor Fix Zamudio y a Jorge Barrera Graf, preparados ambos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*** Hay una traducción española de esta obra, hecha por Jorge Adame, en *Anuario Jurídico*, 7, México, 1980, p. 449 y ss.

El mayor interés de este análisis está en determinar el estrato, lo cual permite conocer las modificaciones e influencias que sufrió un texto jurídico, no tocado en su mayor parte por los compiladores de Justiniano, entre fines del siglo III (fecha de su composición original) y principios del siglo VI (fecha de la publicación del Breviario de Alarico, en el que se contienen la mayor parte de las sentencias que se nos conservan). Es pues, un análisis que permite conocer mejor la historia de los textos jurídicos romanos.

Respecto de los posibles estratos, he seguido también las hipótesis de Levy. Él distingue los siguientes: estrato A, de fines del siglo tercero, que corresponde a la redacción original de las PS; estrato B, que corresponde a alteraciones introducidas entre los siglos IV y V, debidas principalmente a influjos helenísticos y a la legislación imperial; estrato C, que corresponde a modificaciones hechas en Occidente, entre el siglo V y el siglo VI, por influjo del vulgarismo jurídico; estrato E, que corresponde a las modificaciones hechas en Oriente, en el siglo V, antes de la compilación de Justiniano; estrato D, que contiene las novedades introducidas por los compiladores de Justiniano en aquellas sentencias que se conservaron en el Digesto, y estrato V, que abarca las hechas por los visigodos compiladores del Breviario de Alarico.

En el presente trabajo se analizan sólo las dos únicas sentencias que se nos conservan del título 14, del libro primero de las Sentencias de Paulo; pero me parece que el análisis resulta interesante, aun para un lector no especializado en Derecho Romano, porque muestra un modo de tratar los textos jurídicos, que puede ser aplicado con utilidad en otras disciplinas jurídicas. A fin de cuentas, todo trabajo de investigación jurídica viene a ser un trabajo de interpretación de textos.

I. PS 1,14 DE VÍA PÚBLICA

T. El contenido de las dos sentencias de este título, una procedente del Digesto (§ 1a.) y la otra del Breviario (§ 1), se refiere a interdictos. Sus *sedes materiae* propias serían, respectivamente, los edictos relativos al interdicto *quod vi aut clam* (Lenel § 256) y *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (Lenel § 237).¹ En el libro quinto de las

¹ En el Digesto, las sentencias están colocadas erróneamente en el título 43,11 relativo al interdicto prohibitorio *de via publica et itinere publico reficiendo*, por el que se prohíbe que se impida a alguien reparar la vía pública. Pero las sentencias se refieren a casos distintos en que se daña una propiedad contigua a un camino (1a.), o se daña el camino (1).

Sententiae hay un título (el sexto) destinado a interdictos, que contiene una sentencia (§ 2) relativa a vía pública.

Seguendo el orden edictal, no hay un edicto con una rúbrica semejante a la de este título de las PS, entre los edictos § 65 (*Si hereditas petatur*) y § 75 (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*), que corresponden a los títulos 1,13B y 1,15 de las PS. Los edictos que se referían al cuidado de caminos y lugares públicos estaban en el título XLIII del EP §§ 237-240.

La presencia aquí de este título de PS puede explicarse por una razón histórica. Hubo en el Derecho vulgar de Occidente una preocupación especial por las cargas que se imponían a los ciudadanos para el cuidado de los caminos.² Esto pudo mover a los compiladores del Breviario a conservar, de entre las muchas sentencias que debieron de haber relativas a los edictos §§ 67-75, una sola que se refería a la reparación de vías públicas. Esta sentencia, junto con la que nos da el Digesto, debían de proceder de un título relacionado con esos edictos.

Schulz³ opina que las sentencias podían formar parte de un título relacionado con el edicto *de modo agri* (Lenel § 74), ya que a propósito de la cabida de un fundo podían traerse a consideración las vías públicas con que colindaba.

Pero también podría ser, y Schulz no lo descarta, que pertenecieran a un título sobre las servidumbres (Lenel § 73), ya que los supuestos mismos a que se refieren las sentencias son semejantes a los de la servidumbre de paso.⁴

O. Postclásico.

Au. V.

II. 1.14,1a (ex D 43,11,3). *Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, in tantum in eum viae receptae actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria inrogata est.*

² Levy, VL p. 124. LRB 17,1 recoge casi todas las disposiciones habidas en su tiempo sobre la materia.

³ Schulz, SZ 47 (1927) 45. Cita a Paulo 21 ad ed., D 18,1,51, quien, a propósito de la cabida del fundo y en sede *de modo agri* (Pal. 356), se refiere a los caminos públicos.

⁴ Esta conjetura, sin embargo, tropieza con el hecho de que el título 16 de este libro primero de PS es sobre las servidumbres, y sería extraño que los compiladores no dejaran las sentencias formando parte de su contexto original. Pero esto podría explicarse diciendo que los compiladores sacaron del título de servidumbres, entre las que se trataba la de paso o *vía*, aquellas que se referían a *vía pública*.

S. Cuando alguien desvía un camino público hacia el terreno de un vecino, éste tiene conta él una acción para que le indemnice el daño.

O. Clásico.

El pretor otorgaba el interdicto *de via publica et itinere publico reficiendo* (Lenel § 240) para que no se impidiera a una persona reparar un camino o lugar público. Era un interdicto prohibitorio, por el que el pretor impedía que se hiciera violencia al que reparaba un bien público, siempre y cuando no lo deteriorara. Según Ulpiano 68 *ad ed.*, D 43,11,1,1, reparar (*reficere*) una vía significaba restaurarla o "abrir-la" (*aperire*) de modo que recuperara su antigua altura o anchura, o bien limpiarla (*purgare*), o sea, volverla a su nivel original quitando todo lo que hubiera encima de ella. Todas estas operaciones tendían a reponer la vía en su estado originario. No se podía ejercer el interdicto, y por tanto la oposición era legítima, cuando alguien quería ensanchar o alargar una vía, subir o bajar su altura, empedrarla o quitarle el empedrado.

La sentencia, aunque se encuentra ubicada en el Digesto bajo el título de este interdicto, se refiere a un supuesto distinto: no trata de la reparación de un camino, sino de hacerlo pasar por un terreno vecino, sea con el objeto de ensancharlo, sea de desviarlo de su curso original y darle uno nuevo. El recurso que dispone la sentencia no tiene el objeto de proteger la vía pública.

La sentencia da una acción llamada *actio viae receptae* para que el propietario del fundo afectado por el corrimiento de un camino público obtenga una indemnización. Pero ninguna otra de las fuentes jurídicas romanas que se conservan menciona tal acción.⁵ Los glosadores conjeturaron plausiblemente que el texto no daba el nombre de una acción en particular, sino la causa por la cual se ejercía.⁶ Pero de todos modos hace falta precisar cuál es la acción o recurso al que se refiere.

Windsheid,⁷ seguido por Ubbelohde, piensa que en el supuesto de la sentencia, el dueño del fundo afectado podía tener la acción reivindicatoria o la acción negatoria, y si éstas no procedieran, entonces ten-

⁵ Lenel, *EP* 195 n. 2. En el manuscrito *S* del Digesto se lee *actio viae reiectae*. El hecho al que se refiere la sentencia, desde el punto de vista de quien lo hace es una *reiectio*, y desde el de quien lo sufre es una *receptio*.

⁶ *Id est, propter viam reiectam (receptam) actione*. Citados por Ubbelohde, *Comentario alle Pandette* (Milano, 1905) XLIII 4 451 y ss.

⁷ *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ (Frankfurt, 1906) II 459f.

dría una acción personal, como la que prevé la sentencia, contra quien causó culpablemente el daño, que sería, según ellos, una *actio legis Aquiliae utilis*.

Esta opinión tiene a su favor la ubicación de la sentencia, ya que se encuentra en un título previo al que trata sobre los daños y la ley Aquilia. Pero tiene en contra, lo que me parece decisivo, que la sentencia no se refiere a una acción penal, como es la de la ley Aquilia, sino a una acción indemnizatoria.⁸

Dernburg⁹ opina que la sentencia se refiere a una controversia entre propietarios de fundos contiguos a una vía pública, por lo que la acción precedente es la *a. finium regundorum*. Pero la sentencia contempla otro supuesto: no la controversia entre propietarios de fundos vecinos colindantes con un camino público, sino la controversia entre el propietario de un fundo contiguo y la persona que altera el curso originario de la vía pública.

En mi opinión, el caso previsto por la sentencia cae en el ámbito de aplicación del interdicto *quod vi aut clam* (D 43,24). El interdicto se da exclusivamente respecto de obras hechas violenta o clandestinamente¹⁰ en inmuebles.¹¹ Es de carácter restitutorio. La obligación del demandado de restituir se concreta en diversas conductas, según sea el caso. Cuando el que hizo la obra posee el inmueble, la restitución puede consistir en que haga la demolición de la obra a su costa (*Neracio*, citado por Ulpiano 71 *ad ed.*, D 43,24,71), o bien, que es lo que

⁸ Hay, en el título del Digesto sobre la ley Aquilia (9,2), algunos casos de daños causados sobre inmuebles: incendio de una casa o arboleda (27,7), rotura de un alero (29,1), demolición de una obra (50). Podría también caer bajo la protección de la acción de la ley Aquilia el caso previsto en la sentencia, pero el objetivo de la acción sería el de condena a pagar el valor máximo de la cosa afectada en los últimos treinta días.

⁹ *Pandekten*³ I 536^b, citado por Ubbelohde *op. cit.*, 461.

¹⁰ Obra con violencia quien lo hace contra la prohibición expresa del dueño; obra clandestinamente quien lo hace sin la autorización del dueño, si sabía o debía saber que la necesitaba. Ver Bonfante, *Corso* II 1 467-471.

¹¹ La acción de la ley Aquilia podía darse por daños causados en inmuebles, siempre que fueren causados injustamente (*iniuria*), o sea habiendo dolo o al menos culpa del agente. El interdicto cubría más casos, pues podía darse en caso en que el daño se cometiera sin culpa, pero sí clandestinamente. El caso de la sentencia puede ser un ejemplo: quien, por ensanchar un camino invade un fundo vecino, puede ser que obre sin culpa, si ignoraba que el terreno contiguo era de propiedad privada, pero aun así obraría clandestinamente por no tener la autorización del dueño. Sobre la concurrencia entre el interdicto *quod vi aut clam* y la acción de la ley Aquilia, ver Carelli, O. *SHDI* 5 (1939) 329 y ss. El interdicto también era necesario cuando el afectado, por no ser propietario, no podía ejercer la acción de la ley Aquilia.

aparece en la mayoría de los textos (*Paulo 67 ad ed. D 43,24,62; Juliano, citado por Ulpiano 71 ad ed D h. t. 13,7*), en tolerar que el interesado haga la demolición (*patientiam praestare*), pagar los gastos (*impensas praestare*) que cause la demolición y resarcir los daños que causó.¹² Si el demandado por el interdicto es autor de la obra, pero no posee el inmueble, sólo queda obligado a pagar gastos y daños; si es el poseedor del inmueble, pero no autor de la obra, sólo está obligado a tolerar la demolición de la obra. A veces, el *opus factum* podía ser la destrucción de algo, por ejemplo la tala de árboles (*D h.t. 13,7; 16,1*), y entonces la restitución consistirá en reponer y no en demoler.

Si el destinatario del interdicto no hacía la restitución, entonces podía darse contra él la acción *ex interdicto* formularia,¹³ con cláusula arbitraria, mediante la cual se le condenaba a pagar, si no hacía la restitución, la cantidad equivalente a lo que al actor le interesara (*quod actoris interest*) que la obra no se hubiera hecho (*Ulpiano 71 ad ed., D h.t. 15,7; Venuleyo 2 int. D h.t. 22,2; Paulo 13 ad Sab. D 43,16,15*).¹⁴ Tal cantidad se determinaba, como en todas las acciones con cláusula arbitraria, mediante el juramento del actor (*Ulp. 71 ad ed. D 43, 24, 15,9*).

El caso que prevé la sentencia queda claramente comprendido en el ámbito de aplicación de este interdicto. Se trata de una obra hecha (*opus factum*), violenta o clandestinamente, en un fundo ajeno. La condena que prevé la sentencia es también la misma (*quod actoris interest*) que procura la acción de este interdicto.

Au. A

La sentencia, al hablar de *actio*, cuando en realidad se refiere a un interdicto, refleja la confusión entre interdicto y acción, que se daba ya en el siglo tercero, en el ámbito del procedimiento cognitorio.¹⁵ Esta misma confusión aparece en *PS 5,6,10*, procedente del Breviario, donde

¹² Los textos no dicen que sea obligación del demandado hacer por sí mismo la demolición de la obra. Esto no excluye que la pudiera hacer, pero lo más usual debió de ser que el interesado la hiciera, y el demandado la sufragara. Bonfante, *Corso II-1 476*, piensa que el demandado está obligado a hacer por sí mismo la demolición cuando es el autor de la obra y poseedor del inmueble, pero no hay apoyo para esta afirmación en los textos que cita.

¹³ Sobre la fórmula de esta acción, ver Adame, J. "El proceso *ex interdicto* en el Derecho romano clásico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas 2* (México, 1978) 255 y ss.

¹⁴ Lenel, *EP 483* refiere estos textos a la acción *ex interdicto*.

¹⁵ Efectivamente, en la *cognitio* no se distingue entre interdicto y acción. Esto va a provocar que en el Derecho vulgarizado de Occidente se pierda el interdicto

se habla de la *interdicti actio* para referirse al interdicto de precario, al que después (§ 12) se le llama simplemente *interdictum*.¹⁶

III. 1,14,1. (= D 43,11,4)

Brev.

Dig.

*Qui viam publicam exaravit
ad munitionem eius solus
compellitur.*

... *exaraverit*

S. Al que hubiere arado un camino público, se le obliga a repararlo él solo.

O. Clásico.

Con el objeto de proteger los caminos públicos, el pretor concedía un interdicto prohibitorio,¹⁷ para impedir que sobre ellos se hiciera algo

como un recurso típico, aunque se conserve la defensa, con ciertas peculiaridades procesales, de las pretensiones materiales protegidas antes por interdictos, ver Kaser *ZPR 252*. Justiniano (*Inst. 4,15 pr*) hará una equiparación expresa de ambos recursos: *interdicta seu actiones*. Pero esta confusión ya se perfilaba en el procedimiento formulario, porque cuando el interdicto no se obedecía espontáneamente, el pretor otorgaba una acción *ex interdicto* (ver n. 13). Podía ser, como sugiere Riccobono, *Fest. Koschaker* (Weimar, 1939) II 373 y ss., que el pretor, en ciertos casos, otorgara directamente la acción *in factum*, que seguía al interdicto, sin haber concedido previamente el interdicto. Con base en este criterio, deben revisarse los textos del Digesto, en los que, habían detectado interpolaciones, principalmente Albertario, *Studi di Diritto Romano IV* (Milano, 1946) 117 y ss., y Collinet, *La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinian* (Paris, 1947) 479 y ss. En relación a la sentencia, conviene destacar dos textos que se refieren al interdicto *quod vi aut clam*, que son Ulpiano 32 *ad ed., D 19,1,13,12*, que habla de la *actio interdicti quod vi aut clam*, y Pomponio 9 *ad Sab., D 11,8,3 pr*, que menciona una *actio quod vi aut clam*. El uso de la palabra *actio* en estos textos puede tenerse como original, si se acepta que el jurista pensaba en la acción que derivaba del interdicto, que, de acuerdo con la sugerencia de Riccobono, el pretor podía conceder directamente sin necesidad de pronunciar el interdicto. *PS 5,6,10*, procedente del Breviario, que no fue tocado por los compiladores de Justiniano, habla también de una *actio interdicti*, cuando se refiere al interdicto de precario.

¹⁶ Levy, *VL* piensa que *PS 5,6,10* podría ser de principios del siglo V (estrato B o C), porque según él refleja la confusión que ocurrió en el Derecho vulgar entre el precario y el arrendamiento. La sentencia, dice Levy, refleja esa confusión, porque llama al recurso que tiene el propietario contra el precarista con tres diferentes nombres: *interdicti actio*, *civilis actio* y *actio commodati*; en mi opinión, lo que dice la sentencia es que el propietario tiene contra el precarista la acción derivada del interdicto de precario (*actio interdicti*), así como la acción reivindicatoria (*civilis actio*) y la acción del comodato; lo que refleja es una confusión entre precario y comodato, que pudo haber ocurrido fácilmente al extenderse el comodato a bienes inmuebles.

¹⁷ Lenel, *EP § 237-2*: *In via publica itinereve publico facere immittere quid, quod ea via idve iter deterius sit fiat, veto.*

que los deteriorara, y otro restitutorio,¹⁸ para que se deshiciera los que se hubiera hecho deteriorándolos. Ambos se referían a vías rústicas (*Ulp. 68 ad ed. D 43,8,2,24*).¹⁹

La sentencia se refiere claramente al supuesto del interdicto restitutorio. El arar la vía pública es algo que la deteriora, por lo que el responsable podrá ser compelido, por el interdicto, a restituirla a su estado anterior.

El pasivamente legitimado al interdicto restitutorio era, no el que hizo la obra, sino el que la poseía (*Ulp. 68 ad ed. D h.t. 2,37*).²⁰ La restitución consistía (*Ulp. eod. 2,43*) en volver el camino a su estado anterior, quitando lo que se hubiere hecho o reponiendo lo que se hubiere quitado. Si el poseedor de la obra había sido quien la ejecutó, o había aprobado que se ejecutara, tenía que restituir a su propia costa; si no fuera así, sólo tenía que tolerar la restitución, y los gastos serían a costa de los propietarios de fundos contiguos (*Papin. de cura urb. D 43,10,1,3. PS 5,6,2*).

El supuesto previsto en la sentencia concuerda claramente con el régimen del interdicto restitutorio *ne quid in loco publico*: alguien causa un daño a un camino, arando sobre él, por lo que puede exigírsele mediante el interdicto que haga la restitución, que en el caso equivale a una reparación. Presumiblemente, quien ara una vía pública retiene el terreno arado; por eso puede exigírsele que haga la restitución a su propia costa, o, como dice la sentencia, que él sólo la haga.

Au. A.

Es de notar que la sentencia usa términos que no concuerdan con los propios del procedimiento interdictal de época clásica. No habla, como decía la fórmula del interdicto, de restituir, sino de la acción específica (reparar) en que consiste la restitución. No dice que el respon-

¹⁸ Lenel, *EP* § 237-3: *Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.*

¹⁹ La sentencia se refiere evidentemente a vías rústicas. Respecto de vías urbanas, *Papin. de cura urb. D 43,10,1,2* habla de los *curatores viarum* encargados de cuidar los caminos públicos, quienes pueden imponer multas a quienes los dañen. *PS 5,6,2* también se refiere a vías urbanas.

²⁰ Sin embargo, si el que hacía la obra dolosamente dejaba de poseerla (*D 43,8,42*), se daba el interdicto contra él. Cuando el que hacía la obra la abandonaba sin dolo, no procedía el interdicto; Ofilio dudaba si podía darse una acción (*D h. t. 39*), y los compiladores de Justiniano resolvieron que competía un "interdicto útil" (*D itp. en loc. cit.*).

sable puede ser demandado por el interdicto (*teneri interdicto*), sino que se le compele (*compellitur*) a reparar el camino.

Que *A* use esta terminología puede explicarse porque no piensa en términos del procedimiento formulario, ni le interesa la distinción entre acción e interdicto, sino que piensa y habla en términos del procedimiento cognitorio,²¹ en el cual es posible condenar a la realización de determinado comportamiento. En el caso previsto en la sentencia, lo que interesa es dejar claro que el responsable puede ser compelido a reparar el camino, sin importar si ello se consigue mediante un interdicto que ordene la restitución, o una acción *ex interdicto* que condene a pagar una cantidad si no se hace la restitución.

PS 5,6,2 manifiesta esto mismo cuando dice, también respecto de vías públicas, que se puede obtener su reparación, tanto por interdicto como por una acción (*ut interdictum, ita et actio*),²² sin preocuparse de aclarar y explicar los alcances y diferencias entre uno y otra.

²¹ Heumann-Seckel, *Handlexikon*, s. v. *compellere* da cuatro textos donde aparece usado el verbo *compellere*: Marciano 2 *fid. D 46,3,103 (compelli ad solutionem)*; *Ulp. 6 ad Sab D 28,6,2,2 (compellere adire hereditatem)*; *Ulp. 4 fid. D 36,15,1 (compellere adire hereditatem)* y *Ulp. 6 fid. D 5,1,50 pr (ad praestationem compellendus)*. Todos se refieren a fideicomisos, cuyo cumplimiento se reclama mediante acción cognitoria. Esto sugiere que el término *compellere* es peculiar de este procedimiento.

²² En esta sentencia se trata, primero, del interdicto prohibitorio para que no se impida la reparación de una vía y luego del interdicto restitutorio. Ver notas 17 y 18.

PABLO MACEDO: ORDEN Y ABOGACÍA EN UN "CIENTIFICO"

Jaime del ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Disciplina y afecto.* III. *La abogacía en Macedo:* A. *En la inauguración de un curso.* B. *Ante Justo Sierra.* C. *En la Escuela Nacional Preparatoria.* D. *La fórmula de protesta.* E. *Frente al Dictador.*

I. INTRODUCCIÓN

Abogado, economista, empresario, político, diplomático, positivista, diputado, profesor, agente financiero, "científico" y director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Pablo Macedo González Saravia (México, 17 de febrero de 1851¹ — Madrid, 25 de diciembre de 1918) poco o nada tuvo que ver con la fundación de la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México. Un precipitado viaje a Europa como agente del endeble gobierno porfirista y su antigua estrecha vinculación con la escuela oficial de jurisprudencia lo mantuvieron alejado de los acontecimientos que entre abril y julio de 1912 dieron nacimiento a la institución docente independiente del poder público; al contrario de lo sucedido con su hermano menor Miguel (México 1856-México 1929), quien, tempranamente, acogió y apoyó con beneplácito la idea de la fundación escolar.²

¹ Esta fecha es la que se señala en la "Hoja de servicios de Pablo Macedo, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, y Profesor de Economía Política en la misma Escuela de Jurisprudencia", escrita por el propio Macedo y cuya copia obra en Archivo del Personal Académico de la UNAM, expediente 20736, Centro de Estudios de la Universidad. En contra, *vid.* Alfonso de María y Campos "Porfirianos prominentes: orígenes y años de juventud de ocho integrantes del grupo de los Científicos, 1846-1876", *Historia Mexicana*, vol. XXXIV, No. 4, abril-junio 1905, p. 622; este autor señala como fecha de nacimiento el 21 de febrero.

² *Vid.*, Manuel Herrea y Lasso, "Conferencia sustentada por el señor licenciado... en el salón de actos de la Escuela Libre de Derecho, el día 13 de julio de 1945", en Jaime del Arenal Fenochio, "Inéditos de Cabrera y Herrera y Lasso sobre los orígenes de la Escuela Libre de Derecho". *Estudios Jurídicos con motivo del 75º Aniversario.* México, Sociedad de Alumnos, Escuela Libre de Derecho, 1987, p. 72.

Su nombre no figura, desde luego, entre el de los fundadores,³ tampoco en agosto de 1912, al discutirse el reglamento de la Escuela, aparece como maestro⁴ ni firma, en octubre del mismo año, el memorial dirigido por el cuerpo de profesores de la Escuela a la Cámara de Senadores para solicitar la validez de los estudios realizados en ella.⁵ Pero Macedo ya concurrió a la junta general de profesores celebrada el día 4 de enero de 1913 como profesor del primer curso de Economía Política, en sustitución de Luciano Wiechers, quien renunció a su cátedra en fecha muy temprana.⁶ Su presencia en la Libre se prolongó hasta el 15 de abril de 1913, fecha en la cual, además de haberse inaugurado el segundo curso escolar, la Junta General de Profesores discutió sobre la renuncia presentada por Macedo y acordó que no era de aceptársele, y que solamente se le concediera una licencia indefinida a fin de que su nombre figurase dentro del cuerpo de profesores de la Escuela; licencia de la cual jamás regresaría.⁷ En esta breve estancia —casi tres y medio meses— aparece que Macedo intervino en las discusiones sobre el nuevo plan de estudios de la Escuela, tan sólo para sugerir en forma reiterada que primero se aprobase la fecha en que habrían de inaugurarse los cursos del año escolar de 1913 y que luego se discutiese el plan de estudios “pues por experiencia sabía lo dilatado que era la elaboración de un plan”.⁸ Su moción fue finalmente desechada el 8 de abril, habiéndose opuesto en esta misma sesión —al igual que su hermano Miguel— al proyecto de plan de estudios presentado en la sesión del día anterior.⁹ A la sesión siguiente, la del día 9, ya no asistió Macedo y seis días después presentó, como hemos dicho, su renuncia. Por

³ Cfr. *Escuela Libre de Derecho: Estatuto*. Méjico, Imprenta I. Escalante, 1912, p. 9.

⁴ Jaime del Arenal Fenochio. “La Fundación de la Escuela Libre de Derecho: Documentos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 11, No. 11, 1987, p. 638.

⁵ *Idem*, p. 647.

⁶ *Idem*, p. 711.

⁷ *Idem*, p. 742.

⁸ *Idem*, pp. 713, 716, 722 y 723.

⁹ *Idem*, p. 725. Resulta natural la oposición de los Macedo a la adopción del nuevo plan que venía a destruir el plan “científico” de 1907 obra, entre otros, del primogénito y que, en consecuencia, daba fin al doble programa de estudios previsto por aquél y difundido por el ministro “científico” Sierra. El plan de la Escuela Libre sólo se propuso la formación de “abogados”, no el de especialistas en las más altas disciplinas jurídicas y sociales; sin embargo, conservó dos “cursos superiores”: el de derecho romano —obligatorio— y el de derecho internacional privado —voluntario—, al igual que el latín. *Vid. infra* “Ante Justo Sierra” y “Frente al Dictador” Cfr. Del Arenal “La Fundación”, *op. cit.*, pp. 723-729, especialmente la controversia entre Vera Estañol, Sodi, E. A. Chávez y Miguel S. Macedo, pp. 723 y 724.

lo tanto, es seguro pensar que el autor de las *Tres monografías* únicamente concluyó el curso escolar de 1912 iniciado por Wiechers; que examinó a los alumnos del primer curso de Economía Política, a partir del 20 de enero de 1913,¹⁰ y que desde entonces no volvió a impartir nunca más clases en las aulas de la Libre.¹¹

Sin embargo, durante su larga permanencia en la dirección de la Escuela de Jurisprudencia donde condujo los destinos y la formación profesional de varias decenas de estudiantes, Macedo imprimió su particular modo o estilo de ser, tanto en el profesorado como en los planes y métodos de enseñanza, y dotó a las relaciones con los alumnos y a la disciplina escolar de un sello muy personal. Modo y sello que marcarían en forma indeleble a las generaciones estudiantiles que entre diciembre de 1903 y junio de 1911 (lapso de su dirección) ingresaron y egresaron de la Escuela dirigida por él.

En consecuencia, muy bien puede afirmarse que la Libre en principio surge de la Escuela de Jurisprudencia concebida, armada y definida por Pablo Macedo, quien la había dotado de un plan de estudios (adoptado posteriormente en forma provisional por la Escuela Libre), de un sistema disciplinario y de un fin que no pudieron fácilmente deterrarse cuando concluyó la gestión de aquél. La primera tiene en la segunda su antecedente natural, y para mejor comprender su fundación, sus objetivos y sus características propias es necesario analizar las características y objetivos de la Escuela de Jurisprudencia en el periodo inmediato anterior a la fundación de la Escuela Libre, aunque sólo sea, hoy, a través del pensamiento de su director en aquel entonces.

Dos aspectos de la obra de Macedo como director de la Escuela de Jurisprudencia de México queremos resaltar aquí; los dos, creemos, se vinculan en forma importante con el desarrollo ulterior de la Escuela Libre de Derecho y una de ellas, en forma más general, tanto con la concepción que sobre la profesión de abogado tuvo un buen número de juristas mexicanos a finales del antiguo régimen como con el futuro de la educación superior en México. El primero, corresponde al concepto de disciplina escolar defendido y materializado por Macedo; el segundo, a sus particulares ideas sobre la abogacía y los estudios

¹⁰ *Idem*, p. 738.

¹¹ El 10 de febrero de 1914 se le nombró profesor interino de Prolegómenos del Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia; nombramiento que quedó insubsistente ocho días después. *Vid.*, expediente citado, Archivo del Personal Académico de la UNAM.

jurídicos, herederas ambas en forma considerable de las de su maestro Gabino Barreda (Puebla 1818-Tacubaya 1881).

II. DISCIPLINA Y AFECTO

El estilo personal de dirigir de Macedo no se borraría por el hecho simple de renunciar a la dirección de Jurisprudencia el 10 de junio de 1911; por el contrario, se convertiría en una de las más sólidas razones que explican —en parte— el descontento de los estudiantes de la Escuela de Jurisprudencia entre abril y julio de 1912 que culminó con la fundación de la Libre de Derecho. Cuando el gobierno maderista nombró director interino, después del interinato de Pedro Lascuráin, a Luis Cabrera (Zacatlán 1876-México 1954), éste hizo públicas sus críticas y su inconformidad respecto de la dirección de Macedo; en resumen —dijo— recibía una escuela indisciplinada y fracasada por lo cual comenzaría a llevar a cabo una serie de medidas tendientes a restablecer la disciplina y elevar el nivel académico entre los estudiantes.¹² Nada más que Cabrera enfrentaba a más de ciento cincuenta alumnos que se habían acostumbrado, durante cuatro años, al estilo de Macedo, y que no estarían dispuestos a soportar fácilmente una dirección rigurosa que haría variar el polo disciplinario en favor del cumplimiento estricto de los reglamentos y en contra del "afecto personal", hasta entonces base de las relaciones entre el director y los alumnos. En julio de 1912, en un informe al Secretario de Instrucción Pública, Cabrera reconocería esta adhesión estudiantil a Pablo Macedo, considerándola como la principal causa del descontento estudiantil:

Causas del descontento

Durante el tiempo que el Director de la Escuela lo fue el señor licenciado don Pablo Macedo, dicho Director creyó conveniente fundar la disciplina exclusivamente en el afecto personal que procuró siempre conquistarse entre los alumnos por medio de una gran condescendencia respecto de todos sus deseos y de una tolerancia tal, que llegó a ser criterio admitido entre los estudiantes de Derecho que ellos eran los árbitros del manejo de la Escuela. El suscrito ha tenido oportunidad de oírlo así, de la boca del delegado universitario suplente, alumno José M. Gurría Urgell, el cual, al explicar el descontento de los alumnos, decía que éstos veían con disgusto que el actual

¹² Del Arenal, "La Fundación", *op. cit.*, pp. 569-571.

Director no cumpliera el ofrecimiento hecho por el señor licenciado Pablo Macedo respecto a que "la Escuela fuera en toda la extensión de la palabra *la casa de los alumnos* y éstos los únicos árbitros de su gobierno en el interior".

El sistema de disciplina basada en el afecto personal, implantado por el señor licenciado Macedo, unido a la gran tolerancia a que los alumnos se encontraban acostumbrados, tenía que producir además de un gran relajamiento en la disciplina escolar, una gran inestabilidad en el orden de la Escuela, que se hacía depender personalmente del Director de manera que cualquier cambio que se efectuara en la Dirección de la Escuela, tenía que traer como consecuencia una alteración en las relaciones entre alumnos y superiores.

Este sistema implantado, debió de traer y trajo la creación de un cierto núcleo de estudiantes personalísimamente adictos al antiguo Director, entre los cuales mostraban más adhesión los que durante más tiempo estuvieron gozando de la tolerancia y de las muestras personales de afecto del señor licenciado Macedo; no siendo por lo tanto de llamar la atención que en alumnos de años superiores ha sido donde más persistiera la añoranza por el antiguo Director.

Al hacerse cargo de la Escuela el suscrito, encontró pues que el solo cambio efectuado, era ya un motivo suficiente de dificultad para el manejo del Plantel, supuesto que, desapareciendo los lazos de afecto y tolerancia exclusivamente personales en que estaba basado el anterior gobierno de la Escuela, había necesidad de sustituir ese lazo por la obediencia fundada en el cumplimiento estricto de las disposiciones vigentes, y en el conocimiento que los alumnos tuvieran de sus deberes para con la Escuela.

Esto causó naturalmente disgusto entre los alumnos, debo decir, con franqueza, la mayoría, pero principalmente entre aquel grupo de estudiantes que tenían mayor adhesión al señor Macedo, y por lo tanto sentían más la diferencia entre los privilegios de que habían gozado y las atenciones excesivas de que habían sido objeto y el régimen de relativa severidad intentado por el actual Director y los cuales se encontraban por consiguiente poco dispuestos a entrar dentro de la disciplina de la Escuela.

Esta es, en el fondo, la verdadera causa del descontento de algunos alumnos, causa que puede resumirse diciendo: que los alumnos de la Escuela tenían que sentir con disgusto el paso de una era de gran tolerancia a una era de relativa severidad. O para hablar en términos más generales: los acontecimientos que actualmente suceden en la Escuela Nacional de Jurisprudencia no son más que una consecuencia del error muy generalizado hasta hace tres años, de que el orden y la disciplina pudieran lograrse sobre una base de confianza

personal en los superiores jerárquicos, más bien que por un procedimiento de cumplimiento de las leyes.¹³

De esta forma, dos estilos de concebir la dirección escolar quedaron enfrentados durante aquel tormentoso año de 1912 en las aulas de Jurisprudencia. Por un lado, el del viejo director Macedo quien desde 1903, al hacerse cargo de la dirección, había pedido a los estudiantes solamente *disciplina*, como requisito mínimo para obtener el *orden* indispensable para alcanzar una alta formación profesional. Una disciplina y un orden que no paralizarían ni la libertad, ni las convicciones personales, y que buscarían conciliarse con los entusiasmos de los jóvenes estudiantes:

disciplina, es decir, unidad en el esfuerzo para realizar el fin que todos hemos convenido en declarar común, pero dejando a cada cual en libertad para moverse a su guisa en todo aquello que no comprometa el éxito colectivo y respetando sus convicciones, sus preferencias y hasta sus entusiasmos: sobre todo sus entusiasmos, que son una fuerza, la principal fuerza de su juventud, y que si debemos moderar cuando pequen de excesivos, tenemos estrecha obligación de conservarlos intactos en todo aquello que no rompa el orden, inseparable compañero de la disciplina, ni enfriarlos con nuestras decepciones de viejos, ni paralizarlos con nuestros sarcasmos de experimentados y excépticos.¹⁴

Un año más tarde, ante el Ministro Sierra, comprobaría la eficacia de su sistema, al agradecerles a los alumnos "por su intachable conducta en la Escuela, que ha desterrado de aquí en lo absoluto el uso de las correcciones disciplinarias";¹⁵ eficacia que en noviembre de 1910

¹³ Luis Cabrera, "Informe que presenta el licenciado... al C. Secretario de Instrucción Pública, sobre la huelga declarada por los estudiantes de dicha Escuela", en Del Arenal, "Inéditos", *op. cit.*, pp. 56-57. Es indispensable relacionar este tipo de disciplina basada en el afecto personal, preconizada por Pablo Macedo, con las ideas de su hermano Miguel, expuestas en un breve e importante artículo titulado: "Ensayo sobre los deberes recíprocos de los superiores y de los inferiores", publicado en los *Anales de la Asociación Metodófila Gabino Barreda*, México, t. I, 1877, pp. 216-217; ahí se lee, entre otras cosas: "La superioridad por razón del afecto, es realmente la superioridad más elevada". Cfr. Leopoldo Zea, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, F. C. E., 1975, p. 166 y ss.

¹⁴ Pablo Macedo, "Alocución pronunciada por el señor licenciado D. ..., Director de la Escuela en el acto de la inauguración de los cursos", *Boletín de Instrucción Pública*, México, 1904, t. III, pp. 236 y 237.

¹⁵ *Vid.*, *El Imparcial*, 25 de julio de 1905.

ratificaría al impedir la clausura de la Escuela solicitada por Sierra con motivo de los ataques estudiantiles a los norteamericanos y a *El Imparcial*, "pues él mismo respondía por la buena conducta de sus estudiantes".¹⁶

Por otro lado, el estilo del novel director surgido de la revolución, decidido a poner fin a prácticas irregulares, a pretendidos "derechos adquiridos" en favor de los estudiantes, y a direcciones paternalistas; y dispuesto a imponer un orden desde arriba, en el cual la disciplina no descansarían en relaciones de afecto, ni en el honor del alumnado, ni menos en el convencimiento de un proyecto común de educación profesional, sino únicamente en el poder de ley.¹⁷

No otra cosa le reprocharon los alumnos huelguistas en julio de 1912, con ocasión de una carta dirigida por Cabrera al director del periódico *El Tiempo* en la que daba a conocer las causas del conflicto estudiantil, conflicto que según los alumnos no obedecía a las disposiciones de la Dirección que intentaba justificar Cabrera, "sino a un odio preñado de rencores que el señor Cabrera, carente de la dote esencial en todo gobernante de colectividades cultas: el tacto y el decoro en las formas; que el señor Cabrera, carente de todo afecto hacia los estudiantes, pues para él sólo somos un 'escalón político'. . . provocó en los estudiantes".¹⁸

Al aprobarse el primer reglamento de la Escuela Libre de Derecho, obra de Miguel S. Macedo, los profesores y los alumnos de la recién fundada institución tendrían muy presentes estos antecedentes y se inclinarían en favor del estilo de don Pablo. El artículo 7 quedaría finalmente redactado así:

El orden y la disciplina de
la Escuela quedan confiados
al honor de los alumnos¹⁹

Orden y disciplina, "inseparables compañeros", quedaban, conforme a los deseos del viejo director de Jurisprudencia, indisolublemente unidos hasta nuestros días.

¹⁶ Claude Dumas, *Justo Sierra y el México de su tiempo 1848-1912*, México, UNAM, 1986, t. II, p. 438.

¹⁷ Del Arenal, "La Fundación", *op. cit.*, p. 581.

¹⁸ *Idem*, p. 595.

¹⁹ *Idem*, p. 758.

III. LA ABOGACÍA EN MACEDO

Cinco son los documentos que en conjunto forman, creemos, la síntesis del pensamiento de Pablo Macedo en torno a los estudios jurídicos y a la profesión de abogado. Todos fueron resultado de su actividad como director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y, salvo uno, son discursos pronunciados en diferentes ceremonias. Fueron escritos y publicados, respectivamente, en 1904, 1905, 1906, 1907 y 1908, o sea, en el lapso que corre entre la inauguración de su primer curso escolar y la inauguración del nuevo edificio de la Escuela. Uno de ellos —el de 1907— ha trascendido hasta nuestros días: es la fórmula de protesta que los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, y después los miles de egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, han debido prestar en el momento de aprobar el examen profesional para obtener —ant año— el título de abogado y —ahora— el de licenciado en Derecho.

A. En la inauguración de un curso

El siete de enero de 1904, ante un público compuesto por profesores y alumnos de la Escuela de Jurisprudencia, el flamante director —nombrado apenas un mes antes por el ministerio de Justicia e Instrucción Pública en sustitución del licenciado Luis Méndez— pronunció un sentido discurso con el que daba principio el curso escolar correspondiente a ese año.

Pero no sólo comenzaba un curso más; en la mente de los presentes se movía la idea y la esperanza de que una nueva época se abría para la ya prestigiadísima Escuela. La sustitución de Méndez parecía necesaria toda vez que, en opinión de Nemesio García Naranjo —testigo fiel de aquella época y de aquel día—, “Nadie le negaba... sus altos méritos de jurisconsulto, pero su bufete lleno de importantes negocios, y además su avanzada edad, le impedían dedicarle su cuidado y su atención a la forja espiritual de futuros abogados. Casi nunca se presentaba en el plantel y producía la impresión de estar dirigiendo la Escuela, por un compromiso que le había sido imposible eludir. En esas circunstancias, los estudiantes se sentían libres y la magna institución se gobernaba a sí misma. Naturalmente, había mucho desgobierno, lo que contribuía a que la situación estudiantil fuese encantadora. Había libertad, libertad absoluta que en ocasiones llegaba hasta el extremo

del libertinaje”.²⁰ En estas condiciones, el nombramiento de Macedo, rodeado de un prestigio profesional indudable debido a su “clarísima inteligencia” y a sus actividades como abogado, como profesor y como autor de varios estudios jurídicos; casi veinte años más joven que el director de la *Gaceta de los Tribunales*, y visto por los ojos de sus contemporáneos como un espíritu frío, rígido e inaccesible “a la generosidad y a la ternura”, pudo interpretarse como un deseo del gobierno porfirista para corregir la marcha indecisa de la Escuela y fortalecer, con ideas y sangre nueva, al principal centro de enseñanza superior del país por aquel entonces.²¹ Pero Macedo, aunque impondría “un poco de más orden y respeto” no llegaría a frenar con exigencias reglamentarias, ni con formalismos sociales en pro del reforzamiento de la autoridad, “aquella jovialidad desbordante” de los estudiantes de la Nacional de Jurisprudencia.²² Incluso, durante su larga dirección se encargaría de contradecir aquellas opiniones de quienes sólo tenían con él un trato esporádico o profesional. Dos de sus discípulos, años más tarde, se encargarían de mostrar a un Macedo dotado de una amplitud de espíritu y de una constante cordialidad y fino trato con sus alumnos.²³ Espíritu, trato y cordialidad que le llevarían a ganarse el afecto y adhesión de todos aquellos estudiantes que bajo su dirección se formaron como abogados.

Dotado de una “débil estructura corpórea: alto, delgadísimo, sin garbo, lento en el andar, parsimonioso, sólo animado por los ojos asateadores y por la voz, la voz pausada, sin altibajos ni resonancias... pero siempre vigorosa y culta”,²⁴ Macedo, aquella mañana de invierno de 1904, envuelto en una oratoria “clara y concisa”, se dirigió al público presente para trazar su programa de acción como nuevo director. Ahí, en principio, homenajeó a dos de aquellos viejos profesores que habían, entre otros, fundado la Escuela de Jurisprudencia en 1868 y

²⁰ Nemesio García Naranjo, *Memorias de García Naranjo. La Vieja Escuela de Jurisprudencia*, Monterrey, Talleres de “El Porvenir”, s/a, pp. 139 y 140.

²¹ Tampoco puede descontarse el deseo de los “Científicos”, entonces en la cúspide del poder, de ganar mayores espacios políticos. En un centro de tanta importancia para la formación de las élites políticas como era la Escuela de Jurisprudencia, la llegada del hombre de confianza del ministro Limantour significaría un nuevo triunfo sobre los por entonces vencidos y replegados “reyistas” y confirmaría, una vez más, en pro de qué grupo se inclinaba el favor del Dictador.

²² García Naranjo, *op. cit.*, p. 140.

²³ El propio García Naranjo en sus *Memorias*, y Alejandro Quijano; éste, en “El licenciado don Pablo Macedo”, *Los Tribunales*, t. I, No. 3, 15 de enero de 1924, pp. 78-81.

²⁴ Quijano, *op. cit.*, p. 78.

que aún se encontraban entre el auditorio: Joaquín Eguía Lis y Jacinto Pallares. Ante éstos, y frente a Méndez, la responsabilidad del nuevo director era inmensa; había que impedir que el brillo alcanzado por la Escuela aminorase; si esto ocurría, Macedo prometía renunciar con toda entereza.²⁵

Dirigiéndose a continuación a los jóvenes alumnos el orador precisó el objeto de los estudios jurídicos: el primero, "que constituye una miserable y triste cadena", consistía en armarse "para librar el duro combate que la vida material nos condena a todos"; el segundo, en "satisfacer la santa y noble aspiración de adquirir los conocimientos que habrán de dignificaros". Lucha por la sobrevivencia y amor al conocimiento, pero ambos puestos al servicio de los demás, como "administradores de la justicia que otros hombres hayan menester, o [como] directores de conciudadanos vuestros menos afortunados porque no sabrán tanto como vosotros"; y sin renunciar a la aspiración ancestral "de realizar la justicia en la tierra".

El pensamiento de Macedo sobre el Derecho, como buen discípulo de Barreda, estuvo influenciado por el positivismo imperante en gran parte de la élite política e intelectual porfiriana. El Derecho, para el discípulo, estaba sujeto a las leyes de la evolución social, era "producto laboriosísimo del progreso humano" y, por lo mismo, y como "altísima rama de la sociología" que era, no tenía "cerrado el campo de sus investigaciones, sino que por el contrario, ensancha cada día más la extensión de sus fronteras". El progreso humano condicionaba el progreso de la ciencia jurídica; ésta, como aquél, "nunca se detiene ni llega a la meta", sólo avanzaba hacia "un grado de complejidad verdaderamente pasmoso", dejando atrás remotos tiempos donde fue posible "encerrarlo en fórmulas poco numerosas y... sencillas", "fórmulas hieráticas y lapidarias". Ahora, la ciencia mostraba un derecho que con alumbrar "las obscuridades y dudas de la conciencia individual y colectiva", se convertía en "un factor importantísimo de progreso" que daba forma concreta a nuevas instituciones en la política, en la familia y en las relaciones privadas.

Esa complejidad alcanzada por la ciencia jurídica imponía a sus cultivadores, o a quienes aspirasen a serlo, la necesidad de consagrar "la vida entera a estudiar, no ya el conjunto o totalidad de sus enseñanzas

²⁵ Pablo Macedo, "Alocución", p. 234. En realidad Pallares no fue fundador de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

y preceptos, sino los que abarcan sólo uno de sus departamentos o especialidades".²⁶

Al estudio, altísimo deber del alumno, se unía la acción de los maestros. Dirigiéndose a éstos, Macedo destacó la enorme responsabilidad de quienes eran los depositarios de lo mejor de cada alumno y los encargados de la formación de su personalidad. Para conseguirla, proyectaba el rumbo: alejarse del análisis meramente formal de la norma legal y adentrarse en el conocimiento real de las instituciones reguladas por aquélla:

He aquí por qué no sólo estamos obligados a enseñaros los preceptos escritos de la ley que más tarde, en una o en otra forma, habéis de aplicar, sino que hemos de infundiros también principios y conocimientos superiores que os pongan en aptitud de penetrar el móvil que a su institución presidió, para que él os guíe en los numerosos y frecuentes casos en que su letra sea muda.²⁷

Para no desviarse de este rumbo se debía lograr que los alumnos de la Escuela de Jurisprudencia se armaran "de un criterio uniforme al que todos y en todo evento podáis ocurrir cuando vuestra ciencia o vuestra conciencia vacilen"; de otra forma, "si no fuereis todos de un solo sentir, habrán vuestros conciudadanos de juzgaros no como sacerdotes de la verdad y de la justicia sino como servidores de los intereses pasajeros o como augures de la impostura y de la iniquidad".

La búsqueda de la uniformidad intelectual, sólo posible con un conocimiento jurídico basado en la ciencia, "cuyos principios jamás varían", debía corresponder a una cierta unidad moral, "porque morales son, antes que nada, los problemas que vuestra profesión os llama a resolver"; moral "severa en sus principios pero benévola en sus procedimientos y bastante holgada para no oprimirnos en detalles de poca monta".

Pablo Macedo planteaba de esta forma los requisitos indispensables para conseguir la meta propuesta como director: constituir "una familia bien organizada, que ni el tiempo ni el espacio serán bastantes a dispersar". Familia que, obviamente, debía contar con una buena y espaciosa casa (un "nido caliente y grato" la llamó) no sólo moral sino también materialmente. Por ende, en la parte final de su discurso abrigó la esperanza de contar pronto, y dadas las condiciones

²⁶ *Idem*, p. 235. Las citas anteriores corresponden a esta fuente.

²⁷ *Idem*, p. 236.

económicas del país, con un edificio higiénico y decoroso, distinto al viejo edificio del ex convento de la Encarnación que hasta entonces ocupaba la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

En síntesis, en este discurso Macedo trazó el modelo de Escuela que deseaba lograr. Debía de basarse sobre los siguientes principios: la aplicación al estudio, el amor a la profesión y a los deberes, la disciplina y la unidad intelectual y moral: todo dentro de un ambiente físico cómodo, tranquilo y recogido.²⁸

B. *Ante Justo Sierra*

Casi año y medio después, el viernes 21 de julio de 1905, a las once horas, el abogado y diputado científico recibió en la Escuela de Jurisprudencia la vista del recién designado Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, el también abogado y también científico Justo Sierra Méndez (Campeche 1848 - Madrid 1912). Ese día Macedo pronunció un breve discurso que fue publicado cuatro días después en las páginas de *El Imparcial* y en el que destacó una vez más la idea de la vinculación existente entre el progreso social y el avance de la ciencia jurídica: "Nuestros problemas jurídicos son cada día más complejos —aseguró— porque la República está enganchada definitivamente a la locomotora del progreso económico que realiza el mundo moderno".²⁹ Esto obligaba a los abogados mexicanos a estudiar y aprender más, ya que, continuó, "la ciencia dilata incesantemente los confines de sus dominios; y no es lícito, a quienes por su profesión están llamados a influir tanto y por tan diversos modos en los destinos de la patria, desinteresarse en el movimiento científico, producto preciosísimo de la civilización humana en la época en que vivimos".

Antes había manifestado su satisfacción por el hecho de que el gobierno comenzara a construir el nuevo plantel de la Escuela. Pero no era suficiente un nuevo edificio; más importante aún era la formación del espíritu de los alumnos, dado que a corto plazo estarían encargados de la misión de administrar justicia y de aconsejar a sus conciudadanos en los asuntos que afectaban su honra y su fortuna, "que son la honra y fortuna de la comunidad". Macedo, finalmente abordó un tema no tratado en la alocución de 1904; se refería a la posibilidad de establecer distintos tipos o grados de instrucción jurídica para los

²⁸ *Idem*, p. 238.

²⁹ *Vid*, *El Imparcial*, 25 de julio de 1905.

alumnos de la Escuela, según sus aptitudes, vocación y posibilidades materiales y debido a que de las aulas habrían de salir lo mismo "el humilde juez menor y el magistrado de más alta jerarquía, el abogado que se conforma con pasar su existencia entre las zarzas del procedimiento y el político, y el profesor y el estadista capaz de empuñar las riendas del gobierno". Sin embargo, las dificultades de adoptar un sistema que estableciese tal distinción (calcada de la vieja diferencia habida entre los grados universitarios) no se le ocultaban, ya que a la reforma en los planes de estudio debería corresponder una reforma en otros ramos de la administración, "a efecto de que un grado superior de instrucción correspondiese una actitud legal superior también".³⁰ Otros problemas señaló Macedo en esta ocasión (organización del profesorado, reglamentación de exámenes) pero según su propia confesión era éste el que más ocupaba no sólo su atención sino la del profesorado.

En la respuesta al anterior discurso, Sierra insistió en las ideas del director. Dos eran las metas, según su criterio, de la carrera del juriconsulto: "la del profesional, que simplemente requiere conocimiento de las leyes y de sus variados procedimientos de aplicación, y las de los altos estudios del derecho, que son especialidades para las que hay que tener en cuenta una vocación perfectamente definida".³¹ Por lo mismo, debería haber dos programas de estudio que permitiesen a quienes optasen por la vía "profesional" acceder lo más pronto posible a la práctica. Sierra tocó también la "cuestión del latín", idioma que debido a sus gestiones se había suprimido como asignatura obligatoria pero cuyo restablecimiento prometía como estudio libre en las humanidades.

Lo más interesante del breve discurso del Ministro de Instrucción fueron sus palabras sobre la decadencia de la enseñanza del derecho, dirigida, en su época de estudiante, hacia el aprendizaje de antiguas rutinas y que planteaba un vivo contraste entre los ideales "soñados en los libros" y la realidad de la sociedad; contraste que fomentó en los alumnos "aliento de tribunos, de reformadores, de agitadores políticos empeñados a todo trance en revolucionar a la sociedad entera". En su concepto, y en consecuencia, la reforma de los estudios jurídicos se debería encaminar, a "suprimir este semillero de futuros disturbios y acercar los estudios jurídicos a las fuentes de los estudios sociales e

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Vid*, *El Imparcial*, 22 de julio de 1905.

históricos, que eran las únicas que podían sosegar el ánimo inspirando la conciencia de una evolución lenta y fecunda".³²

Sin duda, Sierra y Macedo compartían la máxima positivista "Orden y Progreso", aun tratándose de los estudios jurídicos, en cuyo seno la máxima bien podría formularse en los siguientes términos "Disciplina y Ciencia".

C. En la Escuela Nacional Preparatoria

Ya en 1956, en su aún no superada *Historia de la Facultad de Derecho*, don Lucio Mendieta y Núñez destacó la "influencia del positivismo en la enseñanza del derecho" a través del pensamiento de Gabino Barreda.³³ En dicho libro el autor transcribió largos párrafos de un extenso estudio titulado "La instrucción pública", obra de Barreda, publicado por vez primera en forma de artículos los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1872 en el *Diario Oficial* y de nueva cuenta, en 1901, en el tomo I de la *Revista Positiva* dirigida por Agustín Aragón. En ese estudio el fundador de la Escuela Preparatoria mexicana, según Mendieta, había trazado "con mano maestra, la evolución operada en la enseñanza del derecho, cuyos resultados se tradujeron en la formación de un nuevo tipo de abogado".³⁴ Lo que no señaló don Lucio fue la influencia de dichos artículos sobre el pensamiento de Macedo.

Efectivamente, los párrafos transcritos también habían sido utilizados por el Director Macedo en la conferencia pronunciada en la Escuela Nacional Preparatoria el día primero de febrero de 1906, como parte de una serie de alocuciones dirigidas a orientar a los jóvenes preparatorianos sobre las consecuencias e inconveniencias de las diferentes profesiones. Macedo, desde luego, habló sobre la profesión de abogado.³⁵

Esta conferencia es, a nuestro gusto, la mejor fuente para conocer la influencia de Barreda sobre Macedo, tratándose de los estudios jurídicos y la idea de la abogacía. Es, en consecuencia, elemento esencial para —como lo vio Mendieta— conocer y comprender los alcances de la influencia del pensamiento positivista sobre esos dos temas.

³² *Idem*, el subrayado es nuestro.

³³ Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1975, p. 142.

³⁴ *Idem*, p. 143.

³⁵ "Conferencia dada por el señor licenciado D. Pablo Macedo el día 1o. de febrero de 1906", en *Boletín de Instrucción Pública*, México, 1906, t. V, pp. 893-906.

Macedo dividió su conferencia en dos partes; en la primera, después de plantearse el dilema de elogiar o deprimir la profesión del abogado, y, por lo mismo, la conveniencia o inconveniencia de invitar a los oyentes a seguirla o no, pasó a darles "algunos consejos... completamente sinceros e inspirados sólo en el amor" que profesaba a la patria; mismos que se proponía dar a su hijo, si tenía la oportunidad de vivir lo suficiente para hacerlo.³⁶ En la parte segunda se ocupó de analizar la profesión de los abogados.

A dos se redujo el número de los consejos: El primero consistió en sugerirles no seguir ninguna carrera; "que desechéis esa preocupación que existe entre la clase social a que pertenecemos, de que la independencia personal, la consideración de nuestros conciudadanos y, en suma, el bienestar personal sólo se conquistan siendo abogado, médico o ingeniero y no consangrándose a trabajos de otro género".³⁷ Siguiendo una línea de ideas que recuerdan en mucho al pensamiento ilustrado, pero al mismo tiempo reflejan el darwinismo social dominante en el pensamiento de los hermanos Macedo, el primogénito afirmó en aquella ocasión ante sus sorprendidos oyentes:

mientras en una sociedad se necesitan muchos trabajadores que produzcan directamente la riqueza, bástanle pocos sabios e inventores; que son éstos quienes dirigen, y sabido es que se necesitan pocos jefes para conducir a muchos hombres... Puede esto aplicarse perfectamente a las carreras profesionales: son quienes las abrazan directores de sus conciudadanos, y para lograr el bienestar individual y contribuir poderosamente al social, no es indispensable pertenecer a la clase directora... basta con ser dirigido y acaso aún sea mejor tanto para los fines individuales, como para los sociales, siempre que se trabaje y se posean ciertas cualidades morales.

Para dirigir —continuó—... se necesita saber, se necesita cultura intelectual, porque precisa conocer los principios superiores, las leyes conforme a las cuales se unifican los fenómenos de la producción, del cambio y del movimiento social.³⁸

A este primer consejo se unió el segundo: "sed cultos y sobre todo sed virtuosos, cumpliendo con vuestros deberes".³⁹

³⁶ *Idem*, p. 894.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Idem*, pp. 895 y 896.

³⁹ *Idem*, p. 896.

En resumen, "practicando la economía, la previsión y la virtud no era necesario seguir una carrera profesional"; quienes la emprendieran, debían poseer "grandes cualidades en la inteligencia" y "grandes energías en el corazón, porque aspiran a ser directores de hombres y esto a muy pocos es dado alcanzarlo".⁴⁰

La segunda parte del discurso —relativa a la abogacía y a los abogados— representa, como antes hemos dicho, una verdadera confesión de los principios positivistas profesados por Macedo y, en última instancia, por su maestro Barreda. La clasificación de las ciencias propuesta por Comte era recordada al inicio de esta parte. En la base las matemáticas, después, la física y la química, la biología y la psicología, y al fin, "como coronamiento del edificio, hállase la sociología, que estudia los fenómenos que se producen en las sociedades y fija y establece las leyes conforme a las cuales las agrupaciones de hombres se forman, se desarrollan, crecen y mueren".⁴¹ Dentro de este esquema, el derecho formaba parte de la sociología, la ciencia de las sociedades, "la más elevada de todas" y de todas, la más difícil; por lo tanto, debía quedar claro que quien aspirase a la carrera de abogado "dedicará sus esfuerzos al estudio y conocimiento de los más arduos problemas científicos".

El abogado desempeñaba para el ilustre "Científico" un triple papel en la sociedad: el de consultor o consejero, el de administrador de justicia y el de legislador. Para analizar el primer papel Macedo recurrió al estudio de Barreda, parte del cual transcribió Mendieta y Núñez, y al discurso pronunciado por su hermano Miguel en la inauguración del curso escolar de 1902 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. De ambas fuentes Pablo entresacaría largas citas, de las cuales aquí conviene reproducir las siguientes por su importancia para comprender el perfil del abogado deseado por el positivismo mexicano desde 1872 hasta 1912, cuando menos. De Barreda:

Hoy el tipo del abogado, y sobre todo del abogado de primera clase, ha cambiado totalmente con los progresos de la civilización. Los simples curiales van siendo reemplazados por jurisperitos que comprenden y pueden administrar y dirigir vastas negociaciones, que con frecuencia se confían a sus cuidados inteligentes, que intervienen en las combinaciones mercantiles, sin coartar la libertad ni

⁴⁰ *Idem*, p. 897.

⁴¹ *Ibidem*.

comprimir la espontaneidad de los propietarios; pero sí viendo y señalando escollos que una vista menos ejercitada podría desconocer.

Estos elevados personajes de hoy, estos abogados de la nueva era se encarnan e identifican con sus clientes, se interiorizan y entran en sus más importantes y activos negocios, se penetran de las dificultades prácticas de todos ellos, son, en una palabra, los directores y consejeros permanentes de los capitalistas e industriales que depositan en ellos su confianza. Su destino no es tanto el de seguir los pleitos de sus clientes, para ganarlos o transarlos; su intervención tiene por principal objeto evitar esos pleitos y allanar los tropiezos que por motivos de las disposiciones legales o cualesquiera otras semejantes, puedan atravesarse en el giro de los capitales, de las propiedades o de las industrias. El objeto, en fin, de sus funciones y su más importante utilidad, es... más bien higiénica que patológica, su destino más bien prevenir que curar las enfermedades de los negocios.

Se comprende fácilmente cuánto más noble, más social, más útil es esta función de la abogacía moderna que la de la antigua; y también, preciso es decirlo, cuánto más productivo para el que la ejerce. Pero al mismo tiempo cuántos más conocimientos exige de las verdaderas condiciones de la vida práctica y de buen éxito en los negocios; cuánta mayor penetración, método y espíritu del orden requiere y cuánta más ilustración sólida de parte del que la desempeña.

El abogado del tipo antiguo cumplía con aplicar mecánicamente a las enfermedades de los intereses, las recetas que las leyes tenían formuladas conforme a ciertas reglas que ellos ni podían, ni querían, ni debían transgredir, y para esto podían ser casi con eterna impunidad, y sin echarlo ellos mismos de ver, enteramente ignorantes en todo lo demás. El abogado postulante no tenía necesidad de saber, para desempeñar su oficio automático, sino las leyes civiles y criminales y los Cánones y las Decretales. Pero el abogado de hoy, el verdadero patrono de sus clientes, jamás podrá considerarse con mayor ilustración de la que necesita, con más ciencia y conocimientos del mundo real en todas sus manifestaciones y en toda su plenitud, de la que ha de menester para dar un consejo oportuno, o para dirigir vastos y complicados intereses, como se encomienda con frecuencia a su dirección.

¡Cuántas veces los abogados modernos que he bosquejado arriba, no habrán deseado en el fondo de su corazón, haber adquirido las nociones suficientes de las ciencias naturales de que me ocupó, para poder ver por sus propios ojos, a recoger por sí mismo y apreciar en lo que valen en sí, muchos datos importantes, para los que hoy

tienen que servirse de peritos, que a pesar de su instrucción especial, no pueden suplirlos sino en parte y de un modo incompleto, precisamente porque no tiene, como el que los llama, el conocimiento pleno de la totalidad del asunto; condición siempre indispensable para apreciar el verdadero valor de un dato!

Bajo cualquier aspecto que veamos al abogado práctico, llegamos siempre a la misma conclusión: a la necesidad de darle una educación que le proporcione un conjunto de conocimientos más variado y más sólido que el que la antigua educación podía darles aun suponiendo que los que adquieran este honroso título, hayan de restringirse al estricto ejercicio de su profesión, con tal de que se desee que al desempeñarla cumplan con el destino altamente social de ella.⁴²

De su hermano Miguel:

Hay que recordar asimismo, para tenerlo siempre presente y que jamás se vele en nuestro espíritu, que en los tiempos contemporáneos se ha transformado la sociedad, entrando más y más de lleno cada día en la senda industrial y mercantil, y que, como consecuencia de ese hecho, la misión social del abogado va transformándose *pari pasu* y adquiriendo mayor importancia y trascendencia. En todas las épocas ha sido altísima esa misión, pues el abogado ha tenido la más activa parte en la dirección de los negocios públicos y, por eso mismo, ha influido más que cualquiera otra clase profesional en los destinos nacionales, al propio tiempo que ha administrado la justicia en nombre de la soberanía nacional, y ha sido en la esfera privada, el defensor y guardián de los derechos del individuo en los casos de contienda, con lo cual, pidiendo o declarando la justicia, ha tenido a su cargo la piedra angular del orden social. Pero al lado de esa función ha surgido otra, también elevada y trascendente: la de dirigir la marcha general de las empresas de sus clientes, que más de una ocasión constituyen poderosos elementos de la riqueza pública, ya que el desenvolvimiento de las fuentes de producción, lo mismo en este país que en el resto del mundo, hace que cada vez se acometan empresas más vastas y que absorben capitales más cuantiosos. En la transformación que ha experimentado la República durante el periodo de paz en que vivimos hoy y que comprende ya un cuarto de siglo, el progreso ferroviario industrial, agrícola y mercantil ha tenido que contar con una importante cooperación de los abogados, en cuyas manos han puesto las nuevas empresas sus más vitales

⁴² *Idem*, pp. 899-902: "La Instrucción Pública" completo puede consultarse en Gabino Barrera, *La Educación Positivista en México*, México, Porrúa, 1978 (Sepañ Cuantos... 335), pp. 151-204.

intereses, encargándoles su constitución y organización legal como compañías y la celebración de los contratos de mayor trascendencia, constitutivos a veces de la base misma de la empresa, y oyendo siempre el consejo y dictamen de sus abogados consultores en todos los actos importantes de su vida legal y económica; de suerte que el abogado no es ya tan sólo director de litigios, sino que háse elevado a director de la actividad humana general, comprendiendo el orden material, el intelectual y el moral.⁴³

Ideas, todas las anteriores, que significaron en nuestro medio, por un lado la crítica al positivismo jurídico, dogmático, formalista y racionalista y a una ciencia jurídica reducida al mero análisis exegético de la ley y, por otro, el triunfo de las corrientes que Wiaecker ha comprendido bajo el término genérico de *Naturalismo jurídico* y que en síntesis "determinan al Derecho explicándolo como mera realidad y, consiguientemente, como ciencia de la realidad y como su método el causal".⁴⁴ Desde entonces, la idea del derecho como simple orden social y el papel del jurista como creador, conocedor y defensor de ese orden penetran en el ámbito e las ideas jurídicas mexicanas, tal vez hasta nuestros días. La explicación, el análisis y el conocimiento de la realidad histórica, social y económica pretenden sustituir desde entonces, tanto a la actividad técnica del frío exegeta de la ley como, también, a la reflexión sobre el derecho y sobre sus fines desde unas perspectivas filosóficas o metafísicas. La búsqueda de una justicia material o la mera interpretación de un orden racional reducido a fórmulas legales dan paso a la lucha por la conservación del orden social, única vía posible hacia el progreso material y espiritual de la sociedad y del individuo. Para coadyuvar a su logro, enfatizó don Pablo Macedo, "que alta moralidad debe poseer el abogado que pretenda serlo de veras y cumplir sus deberes".⁴⁵

Los papeles del jurista-juez y del jurista-legislador fueron finalmente destacados. La actividad judicial implica el crecimiento de la importancia social del abogado, ya que la justicia es considerada como piedra angular, "sin la que nada puede existir", ni propiedad, ni familia, ni libertad, porque simplemente sin ella "el derecho no existe".⁴⁶

⁴³ *Idem*, pp. 902-903.

⁴⁴ Franz Wiaecker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 498.

⁴⁵ "Conferencia dada por...", p. 903.

⁴⁶ *Ibidem*.

El otro aspecto de la misión social del abogado —continuó el director de Jurisprudencia— es también importantísimo, como que la tarea de legislar impone responsabilidades sin cuento. La ley, aunque no sea el derecho, lo formula y, desde este punto de vista, puede decirse que los legisladores son los que forjan los moldes dentro de los cuales la sociedad debe desarrollarse. ¡Cuánta ciencia, qué conocimientos tan profundos no se necesitarán para ello, y qué inmensa responsabilidad no contraerá el que asume la tarea de forjar esos moldes!⁴⁷

Lamentó, al finalizar, no tener tiempo para transcribir otro párrafo de "La Instrucción Pública" en donde Barreda

con justicia atribuye a la educación metafísica de nuestros abogados de antaño muchos de nuestros males y sufrimientos políticos, porque basada en principios y máximas *a priori*, y no en la atenta observación de los hechos que determinan nuestro modo de ser político y social implantaron entre nosotros leyes e instituciones enteramente exóticas e inadecuadas entre nosotros.⁴⁸

Esta era, "brevísimamente e imperfectamente descrita", la carrera del abogado, y tales "las dificultades intelectuales y morales más importantes" con que tropezarían quienes se decidiesen a seguirla.

Cuando la conferencia se publicó en el *Boletín de Instrucción Pública* años después, se le añadieron en nota de pie de página, algunos otros conceptos vertidos por Miguel S. Macedo en su discurso pronunciado en 1902, mismos que resulta importante ahora transcribir por la íntima relación que guardan con los temas abordados por su hermano mayor:

Así, ya se considere al abogado en su función del orden privado, en que la consulta directiva aventaja con mucho al patrocinio de litigios; ya se le considere como representante de la soberanía para administrar la justicia, o se atienda a la participación que por la especialidad de sus estudios está llamado a tener en la cosa pública, su misión es la de dirigir o conducir a otros hombres al través de las intrincadas sendas de la vida, y de guiarlos, sorteando los escollos y los precipicios, hacia la virtud, la riqueza y cuanto constituye el bien para la humanidad.

La misión no puede ser más grande, ni mayor la responsabilidad que en ella se contrae. ¡Y qué magna preparación será necesaria

⁴⁷ *Idem*, p. 904.

⁴⁸ *Ibidem*.

para salir avante en el empeño! De ahí la necesidad de que vuestros estudios en esta Escuela, jóvenes alumnos, tengan por base la ciencia de los fenómenos generales de la sociedad en toda su amplitud y complicación, y vayan elevándose gradualmente al conocimiento de todos y cada uno de los fenómenos jurídicos considerados como hechos concretos, palpantes, de la vida del hombre en sociedad, y no como meras abstracciones de la razón que se pueden conocer y manejar desde el gabinete, sin estudio y por simple intuición.

Para conducir al hombre por los senderos de la vida, fuerza es conocer de antemano cuáles son sus tendencias naturales, los móviles que lo impulsan a obrar, las fuerzas capaces de enfrentar sus impulsos, y saber también el trazo de las rutas del bien, y los obstáculos que en ellas pueden cerrar el paso.

La misión de los que tenemos la honra, que nunca será demasiado estimada, de sentarnos en las cátedras de esta Escuela, cada una de las cuales debe ser un solio de ciencia y de virtud, es la de prepararos para que seáis, a vuestra vez, conductores de hombres.

Para cumplir la misión que pretendéis desempeñar, no os bastará conocer el texto de las leyes, ni aun siquiera entenderlas y aplicarlas con acierto, lo que apenas es suficiente para dirigir un litigio, como patrono o para decidirlo como juez; a eso tenéis que agregar conocimientos superiores y completos sobre toda la organización de la sociedad, para prever el rumbo y marcha de los fenómenos que en su seno se desenvuelven, y para elegir los medios adecuados a modificarlos en sentido propicio al fin que os propongáis, que no ha de ser otro que el del bien. Y si para vuestras funciones como patronos o jueces necesitáis luz en la inteligencia, para comprender la justicia; alientos en el corazón para seguirla, aun contra vuestro interés inmediato; perseverancia y firmeza para sostenerla; para asumir la plena dirección de otros hombres, habréis de añadir a esas condiciones las que requiere la discriminación de la justicia superior, que no está escrita en las leyes, sino que sirve para dictarlas y para modelar las instituciones; las dotes que exige la participación en la más alta empresa que el hombre pueda acometer y que lo eleva a un poder no ha mucho considerado todavía sobrehumano: variar por su voluntad y por su esfuerzo, conscientemente, el curso espontáneo de los fenómenos sociales.⁴⁹

Saber para prever, prever para obrar, ni más ni menos.

⁴⁹ *Idem*, pp. 905 y 906.

D. *La fórmula de protesta*

Conforme al artículo 30 del "Plan de estudios de la carrera de abogado y de las de especialistas en ciencias jurídicas y sociales" promulgado el 19 de enero de 1907, cualquier alumno egresado de la Escuela de Jurisprudencia debía, después de aprobar su examen profesional, protestar "que al ejercer la abogacía tomará la justicia y la moral como norma suprema de su conducta".⁵⁰ Para este efecto Pablo Macedo propuso a la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes el texto de una *Fórmula conforme a la que se pide la protesta de los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia al declararles que se les considera dignos de recibir el título de abogado*, texto que la Secretaría aprobó el día 15 de agosto del mismo año y que "con sensibles mutilaciones"⁵¹ sigue empleándose en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y en las escuelas de derecho incorporadas a nuestra máxima casa de estudios. En esta fórmula de protesta han quedado sintetizadas muchas de las ideas sobre la abogacía que Macedo había expuesto en los discursos anteriores, completadas con otras nuevas. La administración de justicia considerada como importante función social; el carácter científico del derecho; la nobleza de una profesión que eleva a sus miembros en la escala social hasta convertirlos en los directores de la sociedad; la obligación —eco de las Partidas— de defender sólo causas justas; la necesidad de poseer no sólo la sabiduría sino, aún más importante, los valores morales como la lealtad y la honradez; la deuda contraída con la Patria, resultado del esfuerzo social que hace posible una buena formación profesional; las dimensiones social y humana de la profesión, el deber —nuevo eco de la obra de Alfonso El Sabio, ahora reforzado por el amor a esa Patria—, de apoyar y defender gratuitamente al pobre y al desvalido; la mayor jerarquía del interés público y de la organización social por encima de los intereses particulares; el valor, el desinterés, la honradez y la serenidad del juzgador frente al poderoso; la justicia como única institución humana para conseguir el orden y la paz; la equidad para moderar el rigor de la ley escrita; la benevolencia y la humildad; la independencia de juicio y el estudio constante, fueron las reflexiones en las cuales, y en conjunto, Macedo nos legó una visión de la profesión y de sus cultivadores que en mucho continúa plenamente vi-

⁵⁰ Publicado en el *Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos* de la misma fecha.

⁵¹ Mendieta, *op. cit.*, p. 160.

gente; tal vez porque ella fue el resultado de la vinculación, operada en el pensamiento de su autor, entre las tradicionales y ancestrales concepciones acerca de la abogacía y el derecho y las nuevas ideas, producto de una época creyente en el orden y el progreso. Las primeras —firmemente resistentes a morir— se plasmaron en el juramento final, tal y como lo contempló el plan de estudios; las segundas, en el concepto de justicia propuesto: no como fin en sí mismo, sino como vehículo para "el reinado del orden y de la paz".

He aquí la fórmula de Macedo completa:

El Jurado aquí reunido para calificar vuestros conocimientos jurídicos os ha considerado digno de recibir el título de abogado, que os habilitará, entre otras cosas, para desempeñar la importante función social de administrar la justicia, y para ejercer, a la sombra de nuestras libres instituciones, la profesión de consejero y director de quienes, menos afortunados que vos, no poseen la difícil ciencia del derecho.

En el ejercicio de profesión tan noble que por sí sola puede elevaros al rango de miembro selecto de la sociedad, tened presente siempre que no debéis defender sino causas justas, y que quien pone en vuestras manos su fortuna, su honra y tal vez su vida, confía no sólo en vuestro saber, sino también, y acaso más, en vuestra lealtad y honradez, estimando que seréis incapaz de anteponer a su interés legítimo el vuestro personal o vuestras pasiones.

Tampoco olvidaréis que habéis adquirido la ciencia que os enaltecerá entre vuestros conciudadanos, poderosamente auxiliado por el esfuerzo social, que, entre otras cosas, y con el producto de impuestos que representan el sacrificio de una parte del patrimonio individual, sostiene esta escuela y otros establecimientos públicos, que permiten a la República impartir a sus hijos educación física, intelectual y moral, para que lleven dignamente el nombre de mexicanos. Deberéis, en consecuencia, mucho, acaso todo lo que mañana seréis, al esfuerzo colectivo de la sociedad de que formáis parte, a la patria: amadla siempre y pagadle honradamente la deuda que para con ella tenéis, sirviéndola de buena voluntad en cargos públicos gratuitos o mal remunerados, aconsejando y defendiendo también gratuitamente o por remuneración insuficiente, al pobre y al desvalido, y considerando que en el fondo de todo conflicto de intereses particulares hay una cuestión superior de interés público y de organización social, a cuyo servicio deberéis poner vuestra ciencia y el prestigio de vuestra profesión.

Como administrador de la justicia, única institución humana que puede realizar en la tierra el reinado del orden y de la paz, aplicad

la ley con serenidad y rectitud, sin dar oído a los grandes cuando os amenacen o quieran poner en juego vuestro interés para que favorezcáis el suyo, ni dejar de impartirles, por ser grandes, la protección a que tengan derecho.

No olvidéis que la ley escrita pocas veces alcanza la perfección, y que con frecuencia hay que moderar sus rigores: al aplicarla sed tan benigno como ella misma os lo permita.

Por último, aunque con sincera humildad, porque el error es patrimonio del hombre, sed independiente en vuestras juicios: continuad estudiando mucho, estudiad siempre, que vuestra ciencia es sólo el resultado de la sabiduría de las generaciones pasadas; pero una vez que hayáis penetrado lo que pensaron vuestros predecesores en la vida, pensad por vos mismo y no juréis en la palabra del maestro. Sólo así podréis contribuir al adelanto y progreso del saber humano.

Recordados ya los principales deberes que os impondrá el título que recibiréis en breve, ¿protestáis sinceramente que al ejercer la abogacía, tomaréis como norma suprema de vuestra conducta la justicia y la moral?

Si así lo hiciéreis, que la República os honre y glorifique como uno de sus buenos hijos; y si no, os lo demande.⁵²

E. En presencia del Dictador

A casi cuatro años de haber comenzado las tareas de construcción del nuevo edificio que albergaría a la Escuela de Jurisprudencia, éste se inauguró el día 15 de marzo de 1908. Pablo Macedo, indudablemente, había conseguido el apoyo del régimen que comenzaba a tambalearse para concluir una obra que marcaría en forma indeble su paso por la dirección de la venerable institución. Los años de la construcción correspondían a sus años como director. El nuevo edificio era, pues, su mejor fruto. Había sido posible dotar por fin a sus alumnos de un nido cálido y grato.

Después de una breve alocución pronunciada en la ceremonia de inauguración por el alumno Antonio Caso, el director pronunció un discurso ante la presencia del presidente Díaz, de los ministros Sierra, Justino Fernández y —no podía faltar— Limantour, su amigo y apoyo

⁵² *Boletín de Instrucción Pública*, México, 1907, t. VII, pp. 938 y 939; también la transcribe Mendieta, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

incondicional, y de algunos de los futuros alumnos fundadores de la Escuela Libre.⁵³

En sus palabras Macedo volvió a referirse a dos de los temas que le habían preocupado en sus discursos de 1904, 1905 y 1906: la evolución del derecho y de la ciencia, y las tendencias educativas que guiaban los estudios profesionales en México. A éstos, ahora unía la reflexión sobre la Universidad —cuyo establecimiento había cobrado vida en la mente de Justo Sierra— e, íntimamente ligado con el anterior, sobre el papel de la iniciativa privada en la enseñanza superior. De esta forma se perfilaron —y ligaron— las futuras fundaciones de la Universidad de México (1910) y de la Escuela Libre de Derecho (1912).

La naturaleza evolutiva de la sociedad, del derecho y de la ciencia —comenzó diciendo Macedo— también afectaba a los centros de enseñanza: ⁵⁴ "Los hombres de ciencia como todos los demás sintieron la suprema necesidad de unirse para conquistar un puesto respetable y respetado" en el seno de las sociedades medioevales; de esta forma de limitar y "disputar el poder social" a la casta militar nació la Universidad. Triste es confesarlo —afirmó Macedo— pero de este hecho, extraído del análisis de la evolución histórica, es posible inferir y demostrar que "el derecho, que consiste fundamentalmente en el respeto a los demás, no ha podido establecerse en el mundo, sino al amparo de la fuerza", o, en otras palabras, que "el derecho sólo es patrimonio de quien es bastante fuerte para conquistarlo y defenderlo". Una vez agrupados, los hombres de ciencia esgrimieron armas formidables, la palabra y el libro, y con ellas fueron alcanzadas verdades fecundas que sirvieron "para alzar a los humildes, para redimir a los desheredados v. en una palabra, para acabar con muchas injusticias... y para establecer la libertad civil y política sobre los sólidos cimientos de la igualdad de derechos para todos los hombres".⁵⁵ Sin embargo, en la medida en que la Universidad medioeval no respetó las leyes de la evolución científica, se petrificó:

⁵³ Ese año ya se encontraban inscritos en primer año los alumnos que en 1912 estarían inscritos en quinto año y que participarían en la fundación de la Libre.

⁵⁴ El discurso se publicó en *El Imparcial* del 16 de marzo de 1906; lo reproducen Mendieta, *op. cit.*, pp. 184-193, y Jorge Aguilar Islas, *Escuela Nacional de Jurisprudencia 1867-1910*, México, CESU-UNAM, 1984, pp. 43-50; las citas provienen de esta última fuente.

⁵⁵ Aguilar, *op. cit.*, p. 44.

La ciencia immaculada, la ciencia que sin prejuicios busca la verdad y sólo la verdad, en una palabra, la ciencia que tiene alas y es libre, se convirtió en la ciencia oficial, subyugada, encadenada y, por lo mismo, estéril y condenada a desaparecer. Por el contrario, allí donde la Universidad obedeció a la suprema ley de la evolución, allí donde abandonó el privilegio a que en un tiempo hubo de acogerse para vivir, la ciencia se conservó pura e independiente, y su mayor guardián fue y ha continuado siendo la Universidad.⁵⁶

La justificación de la futura Universidad —de la *nueva* universidad mexicana— estaba planteada: lo malo no era en sí la Universidad, lo nefasto era que ésta no respetase las leyes del progreso y de la ciencia. Si había que fundar una en los próximos años ésta habría de obedecer a la suprema ley de la evolución.

En el lugar de la vieja universidad novohispana, fruto de una época en la cual los súbditos, según afortunada frase del virrey Marqués de Croix, habían nacido para callar y no para discutir y pensar, se alzaron los colegios nacionales (ninguna mención, por cierto, a los seminarios tridentinos) de la joven República, cuna de las inteligencias del partido liberal "a quienes esta tierra debe su existencia política". Esos colegios fueron "los centros de ciencia que habían evolucionado entre nosotros; por eso sobrevivieron". Afortunadamente, dijeron las optimistas y poco imparciales palabras del director, esos centros "no se incorporaron plenamente a la nación para convertirse en centros de ciencia oficial, encadenada, mentirosa y falsa, sino para ofrecer a las jóvenes inteligencias la enseñanza gratuita de la verdad, bajo todas sus formas".⁵⁷

Respecto a las dos tendencias seguidas en la enseñanza profesional por el Estado mexicano y que habían ocupado la atención de Macedo y de Sierra en los discursos de 1905, el primero, en esta ocasión, volvió a insistir en su carácter irreconciliable. La solución intermedia adoptada por los antiguos planes de estudio habían tenido como resultado:

descontentar a todos, y, lo que es todavía peor, dar abundante pasto a la formación de ese tipo profesional que llamamos "medianía", y que, aunque se cree superior, en realidad no alcanza, ni con mucho, las alturas y frecuentemente dejándose llevar de una impaciencia

⁵⁶ *Idem*, p. 45.

⁵⁷ *Idem*, p. 46.

malsana, se aparta hasta de los rectos principios del deber, y todo lo sacrifica al dios éxito.⁵⁸

¿Escuela útiles y carreras cortas o escuelas de cultura superior y carreras largas?, ¿conocimientos humildes, honestos y utilitarios o aptos para alcanzar las altísimas cimas del saber y facilitar la entrada al mundo poco poblado de los "elaboradores de la ciencia?" El dilema lo había resuelto el Viejo Dictador, al partir tajantemente en dos las series de cursos que se darían en el futuro en las escuelas profesionales, conforme a los deseos de su ministro de Instrucción:

La una, obligatoria para la expedición del título comprenderá, sólida y ampliamente estudiadas, las materias cuyo conocimiento es indispensable para la práctica ordinaria de la vida profesional; la otra, de carácter voluntario, abarcará materias de orden superior, los estudios serán en ella mucho más profundos y abrirán las puertas del alto saber a los jóvenes que busquen en las esferas culminantes de la ciencia los inefables goces que ésta proporciona, y el respeto con que la sociedad, casi siempre justa, premia a los obreros abnegados que, prescindiendo de fines egoístas, consagran desinteresadamente sus fuerzas al bien y al progreso de sus semejantes.⁵⁹

Respecto a la enseñanza del Derecho, dicho objetivo, según Macedo, lo contemplaba con toda nitidez el Plan de estudios promulgado un año antes y obra de él mismo, en buena parte. A partir de su expedición, los estudios prácticos o profesionales para obtener el título de abogado se cursarían en cinco años (no en seis, como desde 1868 se habían hecho); y se diferenciarían, según el artículo 4 del Plan de los del especialista (en derecho civil, derecho mercantil, penal, criminología, derecho constitucional, administrativo, internacional, o en economía política), quien debería cursar cuando menos en dos años más materias tales como derecho romano, historia de las instituciones civiles, derecho mercantil comparado, estadística, estudios superior de economía y de sociología, etcétera. Además, y entre otras reformas, el Plan suprimió para los "prácticos" la enseñanza del derecho romano e incorporó ¡por fin! el estudio de la sociología; aumentó un año al estudio de la economía política y sustituyó la filosofía del derecho por la síntesis del derecho; también, en forma sorpresiva, suprimió una ma-

⁵⁸ *Idem*, p. 47.

⁵⁹ *Idem*, pp. 47 y 48.

teria tan cara para los positivistas, como lo era la medicina legal; sin embargo, la concepción "científica" acerca del estudio del Derecho triunfó en toda la línea.⁶⁰

El buen funcionamiento del plan previsto, cuya implantación a nivel de las especialidades debía ser paulatina, requería de la participación privada de los abogados mexicanos, dado que implicaba "la solución de numerosos y arduos problemas de todo género, y especialmente de orden científico". Macedo, en este momento, se dirigió "a las más distinguidas personalidades de la magistratura y del foro de esta capital", ahí presentes, para decirles:

Base indispensable para una buena solución de esos problemas, de la cual dependerá, hay que decirlo claramente, el porvenir de la ciencia jurídica entre nosotros, será que pueda contarse, no sólo con el concurso y la buena voluntad, sino con el empeño y la abnegación de nuestros abogados; *porque no es posible ni sería conveniente echar entera sobre los hombros del Estado la carga de ser el único guardián, el solo conservador del fuego sagrado de la ciencia jurídica*. Obra tan alta que, si redundará en bien general de todos los mexicanos, cederá sobre todo en honra y prez de quienes hemos consagrado los mejores años de nuestra vida al estudio del derecho, *ha de contar con el apoyo, con la cooperación amplia y liberal del Estado; pero tiene que ser principalmente hija de aquellos de entre nosotros que aman la ciencia jurídica, por ella misma, y sientan vivamente el peso de la responsabilidad que tenemos los hombres de hoy de transmitir a nuestros hijos, ya que no acrecida, por lo menos sin mengua, la herencia científica que recibimos de nuestros predecesores*. Precisaré, sin duda, para que este deber sea cumplido con el aliento y con la esperanza que son indispensables a toda obra humana, si ha de ser fecunda y duradera, que quienes a ella se consagren *tengan cierta autonomía* (rayana en independencia, me atrevería yo a decir) *para desempeñar la misión que se impongan*; se necesitará también —lo repito— la amplia y liberal cooperación del Estado en muchas formas económicas, y sobre todo en la de conferir a la Escuela superior capacidad jurídica para adquirir por herencia y donación; pero tengo por cierto que ninguno de estos elementos primordiales ha de faltarnos por parte de nuestro ilustrado Gobierno; *lo demás tenemos que hacerlo los abogados. ¿Nos faltará el aliento?*⁶¹

⁶⁰ Cfr. artículos 2, 4 y 5 del plan citado.

⁶¹ Aguilar, *op. cit.*, pp. 48 y 49. Los subrayados son nuestros.

La evolución social lo imponía: una nueva etapa se vislumbraba en el devenir de la enseñanza del derecho en México, etapa en la cual el Estado debía de replegarse para asumir su papel de simple y liberal colaborador y dar paso a "la iniciativa individual... todavía tan escasa y flaca entre nosotros".⁶²

La semilla de la Libre de Derecho estaba echada; también la de la Universidad Autónoma:

Y cuando cada grupo de hombres de ciencia se haya constituido dentro de su especialidad para formar lo que podríamos llamar las Escuelas superiores en cada profesión, entonces, y tal vez sólo entonces, podrá surgir de nuevo a la vida la *Universidad mexicana, autónoma, libre*, encargada no sólo de conservar la ciencia, sino de ensanchar sus dominios.⁶³

¿Nos faltará el aliento?, preguntó finalmente Macedo. La respuesta la darían los más prestigiados abogados mexicanos en 1912, quienes, a diferencia de lo ocurrido dos años antes en el caso de la Universidad Nacional, fundaron la Escuela Libre de Derecho sin el apoyo y la cooperación estatales, como primer ejemplo de institución docente en nuestro país "con base puramente social".⁶⁴ Por su parte, los miembros de esa generación juvenil que fue a la huelga aquél año obedecieron por última vez a su antiguo director. En efecto, ante su propia pregunta Macedo había indicado el camino:

Espero confiadamente que no; y aquel de nosotros a quien falte calor en el corazón, que vuelva los ojos y siga el penacho blanco de nuestro don Luis Méndez, que cercano ya a la ancianidad, pero vigoroso y fuerte, sigue siendo quien más se interesa por los progresos del derecho en México.⁶⁵

En julio de 1912, Méndez fue nombrado Rector Honorario de la Escuela Libre y firmó, en primer lugar, el Estatuto Provisional de una institución que, en el sentir de los positivistas mexicanos, representaría un eslabón importante de la larga cadena de la evolución hacia el progreso social.

⁶² *Idem*, p. 47.

⁶³ *Idem*, p. 49.

⁶⁴ "Memorial del cuerpo de Profesores de la Escuela Libre de Derecho" al Senado, de 16 de octubre de 1912, en Del Arenal, "La Fundación", *op. cit.*, p. 641.

⁶⁵ Aguilar, *op. cit.*, p. 49.

LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS *

Javier Ramón BRITO MONCADA

SUMARIO: *Introducción. I. El desarrollo histórico de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros. II. La inmunidad jurisdiccional del Estado en el siglo XX. III. Los ocho instrumentos legislativos sobre inmunidad de Estados extranjeros. IV. Las consecuencias e implicaciones que la ley norteamericana ha tenido para México.*

INTRODUCCIÓN

Par in parem non habet imperium, escribió la pluma de Bártolo di Sassoferrato en 1354, en su *Tractatus Represaliarum*.¹ Esta máxima reflejó, a lo largo de más de cinco siglos, el principio conforme al cual un sujeto de derecho internacional, *v.gr.* el Estado, no podía estar sometido al ordenamiento jurídico de otro, y por ende gozaba de una inmunidad absoluta con respecto a la jurisdicción de tribunales extranjeros.

En efecto, en el transcurso de ese largo arco de tiempo, las relaciones internacionales y transnacionales fueron concebidas predominantemente como relaciones entre iguales, primero entre las diferentes *civitas* y luego entre los diversos Estados. Sin embargo, una vez que la filosofía económico-liberal, basada en el principio decimonónico del *laissez-faire*, fue paulatinamente erosionada desde mediados del propio siglo XIX, y los Estados empezaron a incursionar e interferir en terrenos económicos que con anterioridad habían sido considerados como característicos del dominio privado, emergió un nuevo tipo de relaciones transnacionales: aquéllas en que un Estado, actuando como particular por sí mismo o a través de alguna de sus dependencias o entidades, descende al terreno del derecho privado para celebrar contratos u otros actos jurídicos civiles o comerciales con personas privadas individuales o colectivas del propio país o de otros Estados. En otras pala-

* Conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho el 22 de septiembre de 1987.

¹ Bártolus, *Tractatus represaliarum* (1354), *Quaestio* 1/3, *par.* 10. La cita completa es "*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*".

bras, el Estado trasciende la esfera constituida por los actos de dominio público o *acta jure imperii*, para incursionar en el ámbito de los actos privados o *acta jure gestionis*.

Es entonces cuando comienza a cuestionarse el principio arriba apuntado de inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados, aduciéndose que dicha inmunidad no debe extenderse a las reclamaciones entabladas contra un Estado extranjero, en cortes nacionales, por incumplimiento de sus obligaciones asumidas en el terreno del derecho privado. Nace así la llamada "teoría restrictiva de la inmunidad jurisdiccional soberana", conforme a la cual la inmunidad debe reconocerse a los Estados extranjeros por sus actos de dominio público, pero no por sus actos de carácter privado.

Resulta curioso observar, a luz de las consideraciones anteriores, que algunos tratadistas, como Lauterpacht,^{1 bis} hayan llegado a afirmar que realmente no hay un principio de derecho internacional que requiera otorgar inmunidad de jurisdicción a los Estados extranjeros. Dicho autor es el propulsor de la llamada "teoría asimilativa", que ha sido seguida por Badr,^{1 ter} según la cual los Estados extranjeros deben asimilarse o asemejarse, para efectos de derecho interno, al Estado doméstico o del foro, por cuanto hace a su sujeción a la jurisdicción de los tribunales de este último, o a su inmunidad respecto de dicha jurisdicción.

Por su parte, los defensores de la doctrina absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, señalan que dicha inmunidad es una consecuencia directa del concepto de soberanía internacional de los Estados y del principio de la igualdad jurídica entre éstos, por lo cual en buena medida consideran como una ofensa que se pretenda someter a un Estado, sin su consentimiento, a la jurisdicción de otro.

Sin embargo, la tesis anterior, en opinión de los exponentes de la teoría restrictiva de la inmunidad, es debatible, ya que estos exponentes aducen que la sujeción de un Estado a la jurisdicción de otro debe considerarse como un resultado de la propia intrusión del Estado demandado en la esfera jurídica del Estado del foro. Desde luego, para sustentar esta afirmación, los propulsores de la teoría restrictiva suelen echar mano de tesis jurisdiccionales sumamente liberales y permisivas, muy comunes en el derecho anglosajón, pero que son consideradas

^{1 bis} Cfr. Lauterpacht, H. "The Problems of Jurisdictional Immunities of Foreign States". *XXVII British Year Book of International Law*, 220-272.

^{1 ter} Badr, Gamal Mousri, *State immunity. An analytical and prognostic view*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 133-139.

como extraterritorialistas por muchos países de corte romanista y por lo mismo contempladas con poco favor, y hasta con desdén, por estos últimos países.

Como podrá observarse, la discusión académica en torno a la inmunidad de jurisdicción de los Estados permite entrever que este tópico, en nuestros días, ha pasado a situarse precisamente en la línea divisoria entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. De ello se deriva precisamente su complejidad, ya que es menester que el jurista esté compenetrado con ambas ramas del Derecho para que pueda entender el alcance del tema y encontrar soluciones reales a los problemas que esté llamado a resolver en este campo.

Naturalmente, la cuestión que nos ocupa reviste una importancia singular, ya que estamos de frente, ni más ni menos, al problema de cuándo un Estado extranjero o sus dependencias o entidades, pueden ser demandados en los tribunales nacionales de otro Estado y de cuándo y en qué medida, como resultado de la sentencia ejecutoria que ponga fin al procedimiento, pueden embargarse los bienes que el Estado o sus dependencias o entidades mantienen en el territorio del Estado del foro.

De ahí que la comunidad internacional siga con particular interés los trabajos que realiza la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre un proyecto de Convención sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y que, hasta su pasada 38a. sesión (5 de mayo al 11 de julio de 1986),² consta de 33 importantes artículos, algunos de los cuales ya han sido aprobados en su primer examen, y otros se encuentran con numerosos corchetes, ante la falta de acuerdo sobre su contenido.

Sin embargo, no se trata de una cuestión sobre la cual se esté despreocupadamente formulando una convención de alcance universal, ya que, en espera de que se termine de formular y se adopte dicho instrumento, la realidad en nuestros días es que demandar a Estados extranjeros en las cortes nacionales de otro se ha convertido en un fenómeno sumamente común y ordinario en los países anglosajones cuyo derecho pertenece al llamado *Common Law*.

Para entender el origen de esta problemática, resulta menester pasar revista al desarrollo histórico del principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, con una alusión específica a la práctica de las judicaturas de los diferentes países en la materia, y a las recientes legislaciones que han sido promulgadas por algunos Estados en la materia.

² Vid. McCaffrey, Stephen C. "The Thirty-Eight Session of the International Law Commission". 81 *Ajil* 668 (1987).

I. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

1.1 La doctrina absoluta de la inmunidad soberana

Ya fue señalado anteriormente que la conocida máxima de Bártolo di Sassoferrato, *Par in parem non habet imperium*, reflejó por más de cinco siglos la práctica internacional en materia de inmunidad jurisdiccional estatal, esto es, hasta las postrimerías del siglo XIX.

En ese sentido, el derecho inglés del siglo XVII se encargó de esbozar mayormente tanto la doctrina de la inmunidad soberana como su corolario, la llamada doctrina del acto de Estado, pues se reconocía entonces que, mientras la inmunidad soberana protegía a un gobierno contra demandas entabladas en el extranjero, la doctrina del acto de Estado extendía dicha inmunidad a los representantes oficiales que actuaban en nombre de su gobierno.^{2 bis}

Más tarde, en los albores del siglo XIX, las cortes de diversos países consagraron en sus fallos la llamada regla de la inmunidad soberana absoluta, empezando por la Suprema Corte norteamericana, en el célebre caso *The Schooner Exchange v. M'Faddon*,³ de 1812, en el que el famoso *Chief Justice* John Marshall dictaminó que un buque de guerra al servicio de Napoleón Bonaparte gozaba de inmunidad con respecto a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses y por ende no estaba sujeto a embargo. De manera aún más explícita, la Suprema Corte de Francia aludió a la doctrina de inmunidad soberana en 1849, en el caso *Gouvernement d'Espagne v. Lambèrge et Pujol*, donde tuvo ocasión de señalar que

La independencia recíproca entre los Estados es uno de los principios de derecho internacional más respetados universalmente, y de él se sigue, como resultado, que un gobierno no puede estar sujeto a la jurisdicción de otro contra su voluntad, y que el derecho de jurisdicción de un gobierno sobre los litigios que se deriven de sus

^{2 bis} Vid. Bazylar, "Abolishing the Act of State Doctrine", 134 *U. Pa. L. Rev.* 325, 331 (1986). Para un desarrollo exhaustivo de la evolución histórica de la doctrina del Acto de Estado en los Estados Unidos, y su interrelación con la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, bajo el derecho estadounidense, véase: Brito, Javier Ramón. *International economic litigation in United States courts against foreign States defendants*. LL.M. Thesis, University of Houston, August 1986, pp. 6-36.

³ 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

propios actos es un derecho inherente a su soberanía, que otro gobierno no puede adjudicarse sin deteriorar las mutuas relaciones.⁴

Por su parte, las cortes inglesas hicieron similares pronunciamientos en la decisión de los casos *The Prins Frederik*,⁵ de 1820 (inmunidad de arresto concedida a un buque holandés); *Duke of Brunswick v. King of Hanover*,⁶ de 1848 (inmunidad reconocida al rey de Hanover respecto a su acto soberano de nombrar un administrador de la fortuna del depuesto demandante); *The Charkieh*,⁷ de 1873 (inmunidad reconocida a un barco perteneciente a un príncipe egipcio), y *The Parliament Belge*,⁸ de 1880 (inmunidad reconocida a un buque postal del rey de Bélgica).

1.2 Los albores de la teoría restrictiva de la inmunidad soberana

El carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros empezó a cuestionarse desde la segunda mitad del siglo XIX. El pionero, en ese sentido, fue el sistema judicial de Bélgica, pues desde 1857 la Corte de Apelaciones de Bruselas, al conocer de una reclamación entablada contra una dependencia del gobierno del Perú, por el incumplimiento contractual de una venta de guano, resolvió en favor de los demandantes belgas y de la indemnización que éstos reclamaban.⁹ A esta sentencia siguieron otras en el mismo sentido, dictadas en 1876 y 1878 respectivamente por la misma Corte de Apelaciones y por la Corte Mercantil de Ostend, en dos casos también concernientes a la venta de guano peruano.¹⁰ El razonamiento de dichas cortes, en sus respectivas sentencias fue que

Cuando un gobierno extranjero lleva a cabo acciones y celebra contratos que siempre y en todas partes han sido considerados como transacciones comerciales, la soberanía de dicho gobierno no se ve afectada si se sujetan sus transacciones a la jurisdicción de cortes comerciales.¹¹

⁴ Sweeney, J.M. et al. *The international legal system*. The Foundation Press, Inc. Mineola, New York, 1981. 2nd ed., p. 288. (La traducción es nuestra.)

⁵ Badr, *op. cit.*, p. 14.

⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁸ *Ib.*

⁹ *Id.*, p. 22.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

De la misma manera, en 1889 la Corte Civil de Bruselas decidió en favor de una compañía belga que demandó al gobierno de Bulgaria, en un caso relacionado con la venta de municiones búlgaras, fundando su resolución en la consideración de que la celebración de un contrato de compra-venta de municiones no era un acto soberano de Bulgaria, sino uno civil, y por ende dicho Estado, al actuar como persona privada, se había sometido de hecho a las consecuencias de tal contrato.¹²

Paralelamente a las cortes belgas, los tribunales italianos también contribuyeron significativamente a la formulación decimonónica de la teoría restrictiva de la inmunidad de jurisdicción de Estados soberanos. En efecto, desde 1886, la *Corte di Cassazione* de Turín señaló, en un litigio entablado contra el gobierno de Dinamarca,¹³ que dado que un Estado debe adquirir y poseer propiedades y celebrar contratos, también debe demandar y ser demandado, ejercitando sus derechos civiles como cualquier otra persona privada. Bajo la misma línea de razonamiento, la *Corte di Cassazione* de Florencia y la Corte de Apelaciones de Lucca ejercieron su jurisdicción en 1886 y 1887, respectivamente, en dos casos privados que involucraban al rey de Túnez,¹⁴ y lo propio hizo la *Corte di Cassazione* de Nápoles en 1886, en un caso relativo a un contrato celebrado a nombre del gobierno griego por su cónsul en aquella ciudad.¹⁵

II. LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN EL SIGLO XX

2.1 La posición consistente de Bélgica e Italia

Es un hecho que las judicaturas belga e italiana se han mantenido fieles, en el presente siglo, a la teoría restrictiva de la inmunidad jurisdiccional de los Estados que, como se deduce de lo expuesto, es aquella según la cual la inmunidad de jurisdicción se aplica exclusivamente a los actos *jure imperii* (de dominio público) del Estado extranjero, pero no a sus actos *jure gestionis* (de dominio privado).

Baste señalar, a manera de ilustración, que la propia Corte Suprema de Bélgica confirmó dicha posición restrictiva desde 1903 en el caso *Société Anonyme des Chemins de Fer Liègeois Luxembourgeois v. Les Pays-Bas*, en el cual la corte citada señaló que la soberanía extranjera

se aplica a los casos en que el Estado realiza actos políticos, pero no a los actos desempeñados por éste como persona privada, por lo que en este último caso el Estado extranjero debe considerarse como cualquier otra persona extranjera sujeta a demanda en las cortes belgas.¹⁶

Por su parte, la *Corte di Cassazione* de Roma, en 1922, asumió jurisdicción contra el Emperador de Austria en una acción real,¹⁷ y lo propio hizo la Suprema Corte de Italia en 1928 en el caso relacionado con una disputa ocasionada después de que el Embajador de México celebrara un contrato para la adquisición de una propiedad que fungiría como nuestra Embajada en aquel país.¹⁸ De igual manera, vale la pena mencionar que, en 1951, la Corte de Primera Instancia de Roma decidió en contra de la Agencia Soviética de Exportación un caso en que ésta reclamaba inmunidad de jurisdicción, desechando así su alegato de que sus actos, a pesar de ser comerciales, eran oficiales.¹⁹

2.2 La posición de otros países de Europa occidental

La teoría restrictiva de la inmunidad soberana recibió un mayor impulso cuando otros países de Europa occidental empezaron a aplicarla en sus tribunales. Tal es el caso de la resolución emitida por la Suprema Corte de Suiza en 1918, en el caso *Ministere des Finances Austriennes v. Dreyfus*,²⁰ de la resolución dictada por un tribunal menor de Grecia en 1928 contra la U.R.S.S. en un caso comercial;²¹ y de la dictada por la Suprema Corte de Francia en 1929, en el caso *U.R.S.S. v. Association France-Export*.²² Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Austriaca empezó a aplicar la teoría restrictiva desde 1956, en el caso *Dralle v. Checoslovaquia*²³ y la Corte Constitucional Federal de la República Federal Alemana hizo lo propio desde 1965.²⁴

Esta teoría restrictiva europea de la inmunidad de jurisdicción de los Estados fue plasmada, en forma definitiva, en la *Convención Euro-*

¹⁶ Cfr. Sweeney, *op. cit.*, p. 289.

¹⁷ Badr, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sweeney, *op. cit.*, p. 301.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Id.*, p. 302.

²⁴ *Id.*, p. 301.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*, p. 24.

¹⁴ *Id.* pp. 24-25.

¹⁵ *Id.* p. 25.

pea sobre Inmunidad del Estado y su Protocolo Adicional, firmados en Basilea, el 16 de mayo de 1972.²⁵

2.3 El caso de la Gran Bretaña

La Gran Bretaña, como se sabe, no se asoció a la Comunidad Económica Europea sino hasta 1973. Antes de esa fecha, los tribunales ingleses siguieron aplicando la teoría absoluta de la inmunidad soberana, como lo demuestran los casos *The Porto Alexandre*, de 1920;²⁶ *The Cristina*, de 1938,²⁷ y *Krajina v. The TASS Agency*, de 1949. Fue después de la adhesión de la Gran Bretaña a la CEE que la Corte de Apelaciones de Inglaterra declaró, en el caso *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* de 1977, que "la teoría restrictiva de la inmunidad soberana se había convertido en la regla del derecho internacional y, por incorporación, en la del derecho inglés."²⁸

2.4 La posición de los Estados Unidos

Por su parte, los Estados Unidos de América permanecieron fieles a la doctrina absoluta de la inmunidad soberana hasta 1952. En efecto, hasta esa fecha existía una presunción de inmunidad soberana en cuanto a las actividades de las dependencias de un Estado extranjero que operaban en territorio norteamericano y por ende, cuando surgían reclamaciones, el Departamento de Estado norteamericano resolvía las mismas sumariamente con base en la inmunidad existente. Sin embargo, en 1952 dicha inmunidad dejó de ser absoluta, ya que en esa fecha los Estados Unidos se pronunciaron en favor de la "teoría restrictiva de la inmunidad soberana", en el documento conocido como "Carta Tate", que tomó su nombre de la comunicación dirigida con ese propósito al Procurador General de Justicia por el entonces Consultor Jurídico del Departamento de Estado, señor Jack B. Tate. De acuerdo con esa posición, la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero sería reconocida exclusivamente por verdaderos actos de gobierno o *iure imperii* y no por actos de carácter privado o *iure gestionis*. No obstante, el Departamento de Estado podía intervenir ante los tribunales, a petición

²⁵ Véase el texto en inglés de la "Convención Europea sobre Inmunidad Estatal y Protocolo Adicional", en Badr, *op. cit.*, pp. 169-184.

²⁶ Sweeney, *op. cit.*, p. 295.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

del gobierno extranjero, para sugerir la inmunidad en los casos en que ésta procediera.²⁹

2.5 La posición del bloque socialista

La postura de los Estados socialistas bajo la égida de la U.R.S.S., es digna de una mención especial, toda vez que dichos Estados han categóricamente defendido —y lo siguen haciendo hasta la fecha— la doctrina absoluta de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Sobre este particular, vale la pena mencionar que, en opinión de la U.R.S.S., la doctrina restrictiva de la inmunidad soberana no es sino un artificio inventado por los Estados "burgueses" con el propósito específico de hacer zozobrar el monopolio ejercido por la Unión Soviética sobre su comercio exterior, y de someter la economía soviética a las economías de los Estados capitalistas.

Es por ello que el bloque socialista insiste en que el derecho internacional exige que la inmunidad soberana de jurisdicción deba ser respetada incluso en los litigios que se originan en razón de actividades comerciales o privadas realizadas por los Estados objeto de la demanda. Como ejemplo de reciprocidad, los Estados socialistas suelen citar el caso *Aldona v. Reino Unido*, decidido en 1948 por la Suprema Corte de Polonia, y en el que fue concedida inmunidad a la oficina del semanario inglés "Voice of England", publicado en Cracovia por el British Foreign Office, contra la reclamación entablada en su contra por la demandante, que había sido despedida en su calidad de mecanógrafa sin ser debidamente indemnizada.³⁰

2.6 La postura de los países en vías de desarrollo

En la mayoría de los países en vías de desarrollo, cuya familia pertenece a la familia romanista, cuando se entabla ante sus tribunales una demanda en contra de un Estado extranjero, las cortes mismas toman nota de la calidad de Estado extranjero del demandado, y por esa razón la inmunidad soberana conlleva al desechamiento de la demanda, si no existe una razón poderosa para remover la inmunidad en cuestión. Algunos de esos países, adicionalmente, defienden expresamente la doctrina absoluta de la inmunidad soberana, como Argentina y Chile, que

²⁹ Véase el interesante texto de la "Carta Tate" en *Id.*, pp. 203-304

³⁰ *Id.*, p. 290.

invocan al efecto un principio de reciprocidad, toda vez que el Decreto Ley argentino del 9 de octubre de 1964, y el Decreto Ley chileno número 2349 del 13 de octubre de 1978,³¹ sirven de sustento a la teoría absoluta de la inmunidad soberana.

Sin embargo, otros países en vías de desarrollo se han mostrado partidarios de la teoría restrictiva de la inmunidad soberana. Tal es el caso de Egipto, pues consta que ya desde 1924 la Corte de Apelaciones egipcia negó inmunidad de jurisdicción al banco *Caisse Nationale d'Epagne*, institución del gobierno de Francia, por considerar que las actividades bancarias eran de índole privada y no soberana.³² De igual manera, existe constancia de que en 1930 la misma corte decidió en contra del gobierno de Turquía un caso relacionado con la importación de tabaco.³³

Por otra parte, cabe señalar que países como Paquistán y Singapur también han asumido una clara postura en favor de la teoría restrictiva de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, como se verá a continuación.

III. LOS OCHO INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS SOBRE INMUNIDAD DE ESTADOS EXTRANJEROS

Como ya se ha mencionado anteriormente, en 1972 los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea adoptaron una Convención sobre Inmunidad de los Estados y un Protocolo Adicional a la misma. Sin embargo, a nivel estrictamente nacional, el primer Estado en legislar sobre la materia fue Estados Unidos. En efecto, el 21 de octubre de 1976 fue promulgada en los Estados Unidos el *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), o sea la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras, que entró en vigor el 19 de enero de 1977.³⁴

Esta ley, que naturalmente confirmó la tesis restrictiva en materia de inmunidad soberana, ya adoptada previamente en 1952, con la famosa "Carta Tate", tuvo como principal propósito crear una relación que no existía anteriormente entre los gobiernos de Estados extranjeros y el sistema judicial norteamericano. En efecto, el ordenamiento en cuestión transfirió *totalmente* la resolución de cuestiones de inmunidad soberana, del Poder Ejecutivo, al Poder Judicial, transformando así por

³¹ Badr, *op. cit.*, p. 101.

³² *Ibidem*, p. 30.

³³ *Idem*, p. 32.

³⁴ Véase el texto de la ley estadounidense en *Id.*, pp. 185-191.

completo la defensa de los gobiernos extranjeros ante las reclamaciones entabladas en su contra, pues desde entonces dichos gobiernos, incluido el nuestro, se han visto forzados a interponer la defensa de inmunidad *directamente* ante los tribunales norteamericanos, en el marco de un procedimiento local, independientemente de la frivolidad de las reclamaciones o de la falta de fundamentación de las demandas.

La iniciativa de legislar sobre la materia que nos ocupa fue posteriormente secundada por la Gran Bretaña, que el 21 de julio de 1978 promulgó *The United Kingdom State Immunity Act*. Lo propio hizo Singapur al año siguiente, al promulgar el 26 de octubre de 1979 su *State Immunity Act*. De igual manera, en 1981 se promulgaron la *State Immunity Ordinance* de Paquistán y el *Foreign States Immunities Act* de Sudáfrica. Por su parte, Canadá adoptó su *State Immunity Act* el 3 de junio de 1982, y lo propio hizo Australia en 1985, mediante la promulgación de su *Foreign States Immunities Act*, o ley Núm. 196 de 1985.³⁵

3.1 Aspectos comunes a los ocho instrumentos

Todos estos instrumentos citados incorporan la teoría restrictiva de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, y para ese efecto:

a) enuncian el principio general de inmunidad y señalan, a manera de listado, numerosas excepciones a esa regla general;

b) adoptan una definición "objetiva" de los actos privados y comerciales por los cuales el Estado no tiene derecho a la inmunidad, señalando que en esos casos la intención o el motivo del Estado al ejecutarlos, aun siendo político, es irrelevante;

c) incluyen como áreas sujetas a la jurisdicción local, las obligaciones contractuales (civiles y laborales), los llamados *torts* (responsabilidad extracontractual, objetiva o por negligencia), las obligaciones reales (exceptuando las relativas a propiedad diplomática y consular), las sucesiones, y las obligaciones relacionadas con patentes y marcas (la ley estadounidense no las menciona explícitamente, pero las engloba en el concepto de "acto comercial");

d) excluyen la inmunidad del Estado extranjero en los casos en que éste se somete voluntariamente a la jurisdicción del Estado del foro en

³⁵ Véase el texto de las leyes de Gran Bretaña, Singapur, Paquistán, Sudáfrica y Canadá en *Id.*, pp. 192-230. El texto de la ley de Australia no aparece en el libro de Badr, en virtud de que esta ley fue expedida un año después de la publicación de dicho libro.

forma implícita (*v.gr.* en el texto de un convenio) o explícita (si funge como demandante, o si comparece como demandado sin invocar su inmunidad inicialmente); y

e) permiten la prosecución en rebeldía de juicios iniciados contra Estados extranjeros.

3.2 Diferencias entre los ocho instrumentos: la ejecución de las sentencias

Los ocho instrumentos presentan diferencias en cuanto al problema de la ejecución de las sentencias dictadas en contra de los Estados extranjeros, tema que, técnicamente, es diverso al de la inmunidad de jurisdicción y se conoce como el de la inmunidad de ejecución.

A este respecto, la Convención europea crea la obligación, para todo Estado miembro, de cumplir voluntariamente con las sentencias que se dicten en su contra, transfiriendo así el aspecto de la ejecución de sentencias, del orden interno, al orden internacional. En caso de que el Estado demandado no cumpla voluntariamente la sentencia ejecutoria, el acreedor tiene la opción de llevar el asunto a una corte del Estado demandado originalmente, o bien ante el Tribunal Especial creado por la Convención y que está integrado por miembros de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyo presidente también preside el citado Tribunal Especial.

Las disposiciones de los siete instrumentos legislativos restantes son, sin embargo, muy diferentes en materia de ejecución. Todos ellos permiten la ejecución en contra de bienes del Estado extranjero. La ley estadounidense, por ejemplo, permite dicha ejecución en los siguientes casos:

1) Cuando el Estado extranjero ha renunciado implícita o explícitamente a su inmunidad de ejecución respecto de algún bien o propiedad;

2) Cuando los bienes del Estado extranjero sean o hayan sido usados para la "actividad comercial" que dio origen a la reclamación en su contra;

3) Cuando la sentencia es en contra de una dependencia o entidad (agency or instrumentality) del Estado extranjero. En este caso, la ejecución puede efectuarse contra *cualquier* bien del demandado, sin importar que el bien en cuestión no sea ni haya sido usado para la actividad que dio origen a la demanda;

4) Cuando la ejecución se refiere a una propiedad tomada en violación del Derecho Internacional o que haya sido intercambiada por ésta (siempre y cuando la propiedad en cuestión esté "ubicada" física o legalmente en territorio estadounidense);

5) Cuando la ejecución se refiere a una propiedad inmueble o a aquella adquirida en sucesión o donación (exceptuada la propiedad diplomática o consular);

6) Cuando se trata de sumas adeudadas por una aseguradora al Estado extranjero.

La ley canadiense contiene disposiciones casi idénticas, sin hacer mención a los supuestos 4) y 6) arriba enumerados. Debe destacarse, por ende, el amplio margen de ejecución permitido en los Estados Unidos y Canadá, sobre todo a la luz de que puede embargarse *cualquier* bien perteneciente a entidades o dependencias de un Estado extranjero cuando éstas son demandadas.

Esta posibilidad no está contemplada en los demás instrumentos legislativos, pues en ellos se establece que sólo puede ejecutarse una sentencia contra bienes de dependencias o entidades del Estado extranjero cuando dichos bienes son o han sido usados en relación con la "actividad comercial" que dio origen a la demanda, como en el caso de los bienes que pueden embargarse al Estado extranjero mismo cuando se dicta una sentencia en su contra. A este respecto, tales instrumentos legislativos establecen incluso, como no lo hacen las leyes estadounidenses y canadienses, que el Jefe de la Misión Diplomática del Estado demandado puede certificar que la propiedad o el bien en cuestión "no ha sido usado ni se pretende utilizar para propósitos comerciales", y que esa certificación será considerada como prueba satisfactoria de ello, a menos que el demandante pruebe lo contrario.

Por último, debe destacarse que todos los instrumentos legislativos nacionales a que se ha hecho referencia prohíben expresamente la posibilidad de que pueda ejecutarse una sentencia contra propiedades diplomáticas o consulares, o contra bienes del banco central o la autoridad monetaria del Estado extranjero "mantenidos para su propia cuenta". Las leyes de Estados Unidos, Canadá y Australia también prohíben la ejecución contra propiedades militares extranjeras.

4. LAS CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES QUE LA LEY NORTEAMERICANA HA TENIDO PARA MÉXICO

No resultaría adecuado concluir la presente exposición sin hacer alusión, aun cuando sea en forma sucinta, al hecho de que las demandas en contra de México y de sus dependencias gubernamentales en tribunales extranjeros, y particularmente estadounidenses, han observado un inquietante y vertiginoso efecto multiplicador en los últimos años,³⁶ concomitantemente a la adopción en los Estados Unidos de la tesis restrictiva de la inmunidad soberana, y en seguimiento a la rápida expansión de algunos sectores de la economía mexicana (v.gr. la industria petrolera, los servicios bancarios y la transportación aérea) en el periodo comprendido entre 1977 y 1982, y a la crisis, austeridad y reordenación económica subsiguientes. La razón de ello es que muchas de las actividades gubernamentales y paraestatales mexicanas a lo largo de dichos periodos han conllevado a un sensible incremento de los contactos de la economía mixta mexicana con los Estados Unidos, lo cual, aunado a la llamada teoría de los "contactos mínimos" que rige la jurisdicción y competencia de los tribunales norteamericanos (y que por desgracia les otorga la facultad de conocer de un sinnúmero de controversias internacionales cuya relación con los Estados Unidos puede ser muy colateral e incluso casi imaginaria), y a la acendrada litigiosidad de la sociedad norteamericana en sus niveles individual y corporativo, ha creado paralelamente un significativo potencial de disputas que pueden convertirse en litigios.

Por otra parte, como ha sido expuesto, el *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 ha transformado radicalmente el procedimiento para la argumentación de la defensa de inmunidad que nuestro país puede esgrimir ante reclamaciones privadas norteamericanas, ya que, desde su entrada en vigor, nuestro país se ha visto obligado a defenderse *directamente* ante los tribunales estadounidenses, en cualquier procedimiento ahí iniciado en su contra.

La defensa, naturalmente, tiene que hacerse en cada caso con apego a las reglas de procedimiento local, ya que de conformidad con el Derecho Internacional vigente, el procedimiento mediante el cual la defen-

³⁶ Para un análisis general de las implicaciones que este fenómeno ha tenido en México, y sobre la manera en que ha influido en los programas de defensoría conducidos por la Secretaría de Relaciones Exteriores, véase: Brito Moncada, Javier Ramón, "La Capacitación de los Cuadros Permanentes del SEM", en Revista PROA, publicación de la Asociación del Servicio Exterior Mexicano ASEM, Año VI, número 14, México, pp. 33-37.

sa de inmunidad de un Estado extranjero se hace llegar a las cortes del Estado en que se formula la reclamación, es una materia que corresponde regular al derecho local de este último Estado. Además, el mismo Derecho Internacional establece que el procedimiento local debe agotarse por el Estado extranjero antes de que éste pueda tener acceso a la Corte Internacional de Justicia.

Lo anterior tiene serias implicaciones de índole económica, ya que ante la proliferación de las demandas entabladas en cortes norteamericanas contra México (en todas las cuales se exigen cuantiosas indemnizaciones por conceptos que van desde simples caídas sufridas por extranjeros en las escaleras de alguno de nuestros consulados, hasta accidentes aéreos, diferendos contractuales de diversas entidades de la Administración Pública, disputas laborales, acuerdos de financiamiento comercial, incumplimiento de pagos en dólares de intereses correspondientes a depósitos bancarios efectuados antes de la adopción del control de cambios, etc.), y dada la necesidad de defender oportunamente los intereses nacionales (para evitar el embargo de haberes mantenidos en el exterior, a los que una corte desconozca un propósito oficial), resulta claro a todas luces que el recurso a la utilización de bufetes legales estadounidenses, para todos esos casos, ha dejado de ser una vía prosequible, en las condiciones en que la economía mexicana se encuentra actualmente.³⁷

En efecto, la defensa de un caso en particular por un bufete extranjero puede costar entre 25,000 dólares y 200,000 dólares, por concepto de honorarios, según el número de horas que los abogados del bufete inviertan en él (cada hora se cotiza entre 250 dólares y 300 dólares, dependiendo del bufete).

Por ello, se hizo necesario evitar a toda costa una sangría de divisas nacionales, y la única solución viable fue la constitución, dentro de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de un bufete que se encargara de la adecuada supervisión y manejo directo de esos asuntos, lo cual requirió una previa capacitación *ad hoc* de abogados funcionarios del Servicio Exterior Mexicano de Carrera. El programa en cuestión ha dado resultados que pueden considerarse más que satisfactorios, si se tiene en cuenta que, con el manejo directo de diversos asuntos por la Consultoría Jurídica, nuestro país ha ahorrado hasta

³⁷ Sobre el interesante y reciente fenómeno de la defensa "pro se" por gobiernos extranjeros en los Estados Unidos (innovación del gobierno de México), consúltese: Brito, Javier Ramón. *International Economic Litigation in United States Courts Against Foreign States defendants*, *supra*, nota (2 bis), pp. 37-79.

la fecha una cantidad superior a un millón y medio de dólares (cantidad calculada conservadoramente, con base en los tabuladores utilizados por los bufetes extranjeros) por concepto de honorarios.

Sin embargo, nuestro país no puede concretarse a defender sus intereses en los tribunales extranjeros, conforme a procedimientos locales a los que remiten leyes que incorporan la tesis restrictiva de la inmunidad estatal de jurisdicción, cuando en México los Estados extranjeros y sus dependencias y entidades gozan de hecho todavía de una inmunidad absoluta de jurisdicción con respecto a nuestros tribunales. Sin lugar a dudas, existe una urgente necesidad de legislar al respecto, a fin de que nuestras normas jurídicas reflejen con mayor realismo, y bajo un criterio estricto de reciprocidad, la transformación que ha experimentado el principio de la inmunidad soberana en la arena internacional.

TODAVÍA MÁS SOBRE LA "FÓRMULA OTERO"

Juventino V. CASTRO

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *Delimitación del tema*. III. *Examen de argumentos*.

I. PROEMIO

En el Número 11 del Año 11, de esta misma Revista, correspondiente a este año de 1987, aparece un interesantísimo artículo de don Carlos Arellano García intitulado "La F6rmula Otero y amparo contra leyes", en que el excelente amparista examina dicho tema para concluir en que debe subsistir la llamada "F6rmula Otero", tal y como est1 expresada en nuestra Constituci6n y en la Ley Reglamentaria del Amparo, despu6s de haber analizado y revisado las posiciones contrarias.

Debemos de agradecer al autor del art6culo la excelente s6ntesis y antecedentes que nos proporciona respecto a la reflexi6n por 6l escogida, y el cuidadoso an1lisis que hace de los elementos que le permiten fundar sus conclusiones.

Sin embargo, tanto porque el autor de este trabajo no coincide con sus conclusiones, como por el hecho de que me hace el alto honor de referirse continuamente a mi posici6n personal respecto del tema, creo conveniente m1s que polemizar al respecto, clarificar los conceptos que en lugares diversos he manifestado, y a6adir algunos nuevos que he expuesto en c1tedra o en conferencias. Pero debo aclarar que el examen de la cuesti6n es trascendente para la justicia de nuestro pa6s —y para el futuro de nuestro Derecho de Amparo—, y que por lo tanto rebasa totalmente las posibilidades circunstanciales de una pol6mica o de una exposici6n doctrinaria sobre una conceptuaci6n jur6dica. Insistir6 en que m1s que dilucidar la posici6n que se debe adoptar hacia el futuro, el tema tiene que ver no s6lo con el rezago del Poder Judicial de la Federaci6n en la tramitaci6n de los amparos, y el logro de una justicia r1pida y expedita —que es ideal de nuestra Constituci6n—, sino con cuestiones pol6ticas sumamente delicadas y trascendentes, que no pueden quedar en simple an6cdota respecto de una improbable pol6mica.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Entrando en materia respecto al artículo del distinguido amparista que comento —y que ha revivido un tema que me parece fundamental dilucidar—, de antemano elimino algunos renglones que me parecen poco consistentes en relación a los argumentos para que subsista la Fórmula Otero, tales como el que se refiere a que si se dan efectos derogatorios a la declaratoria de inconstitucionalidad "se pone en peligro la vida misma de la institución", así como aquel otro de que la experiencia mexicana ha demostrado que el Supremo Poder Conservador no funcionó, y en cambio el amparo ha arraigado profusamente entre los habitantes de México y demostrado su eficacia durante más de un siglo, ya que en el primer caso no se precisa la razón por la cual la vida del amparo podría estar en peligro, y en el segundo no se indica qué relación puede haber tenido el Supremo Poder Conservador fracasado, y el juicio de amparo triunfante, sobre todo frente al hecho de que jamás el Supremo Poder Conservador conoció de un caso de anulación de leyes que se le autorizaba, y por lo tanto al respecto no existe "experiencia mexicana" de ninguna especie.

III. EXAMEN DE ARGUMENTOS

En cambio me permitiré examinar con cuidado algunos argumentos de mayor profundidad en un orden que me parece interesante:

1. Se dice en el artículo que comento, que la sentencia es un acto jurídico y el acto jurídico sólo produce efectos para las partes, y que por ello, y en respeto al principio de la división de poderes, si se mantiene la relatividad de los efectos de las sentencias de amparo se obtiene el equilibrio de los poderes, y se evita el enfrentamiento entre ellos impidiéndose en esta forma que el Poder Judicial degenera en un poder incontrolable.

Muchas reflexiones nos produce la anterior síntesis, implicándose no sólo lo que se afirma textualmente; sino otras muchas cuestiones anexas, conexas o relacionadas.

En primer lugar yo volvería a insistir en que el equilibrio armónico de los poderes que concurren en el moderno Estado de Derecho, de ninguna manera puede encerrarse en los rubros que en nuestra propia Constitución y en otras muchas se enuncia como de *división de poderes*. El Poder Público, en el sistema constitucional moderno, se origina y pertenece al pueblo; para su ejercicio se distribuye en Legislativo, Eje-

cutivo y Judicial. Pero de ahí a concluir que el Legislativo se limita a legislar; el Ejecutivo a ejecutar o cumplimentar las leyes, y a administrar la función pública; y el judicial a juzgar de las controversias, implica no sólo la amputación de una fisiología de los tres poderes —flexible y humana—, sino una vivencia imposible.

En efecto, el legislativo legisla, pero también realiza numerosos actos de administración —interna y externa—, y juzga, tanto dentro de un jurado de sentencia, cuando se instaura un juicio político a altos funcionarios de la Federación, como cuando la Cámara de Diputados declara si ha lugar o no a proceder penalmente contra un funcionario de esa calidad. Por su parte el Ejecutivo tiene a su cargo nombrar a los miembros, y supervisarlos en varios extremos, de los llamados Tribunales Administrativos, en lo que podría entenderse, como función jurisdiccional; e igualmente expide reglamentos, con apoyo en lo dispuesto en la fracción I del artículo 89, que significa el decreto de normas jurídicas de carácter general. Finalmente, el Poder Judicial Federal de hecho legisla, cuando decreta Jurisprudencia Obligatoria, que es de característica general, y además realiza otras muchas funciones administrativas internas y externas. Por todo lo anterior, es bien claro que lo que realmente ocurre con los Poderes es que en la medida en que constitucionalmente se decreten las funciones de cada uno de ellos, tienen atribuciones en ocasiones exclusivas, en otras paralelas, e inclusive hay actos jurídicos que requieren de la concurrencia de dos o de los tres Poderes.

Por ello, y en cuanto a los efectos que podrían tener las sentencias en materia de amparo no existe otro requisito que el que la propia Constitución fije los diferentes efectos de las sentencias, los cuales evidentemente se propugna que sean respecto de un acto concreto, de carácter relativo o restringido a las partes, y en lo que se relacionara con normas generales obligatorias (leyes, tratados y reglamentos) que precisamente por su generalidad deberán tener efectos *erga omnes*.

Como argumento de autoridad, y en tratándose de las características de una sentencia que puede tener efectos de generalidad, Hans Kelsen, en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, en las páginas 155 y 156 textualmente nos ilustra:

La decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a responder. Una decisión judicial puede tener el carácter de un precedente, es decir, de decisión futura

de todos los casos semejantes. Dentro de un sistema jurídico de este tipo (en que los tribunales están facultados no solamente para aplicar el derecho sustantivo anterior, sino para crear nuevo derecho al resolver situaciones concretas), los tribunales son órganos legislativos exactamente en el mismo sentido en que lo es el órgano que llamamos legislador en la acepción estricta y ordinaria de la palabra. Los tribunales son creadores de normas jurídicas generales.

En efecto, la sistematización del amparo en nuestro país debe ubicarse en el tipo de normatividad a que se refiere Kelsen, desde el momento en que nuestros artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo prescriben para la Suprema Corte y para los Tribunales Colegiados de Circuito la facultad de crear jurisprudencia —es decir precedentes o criterios—, obligatoria para los Tribunales y los Juzgados de todo el país. Además el manejo de las tesis contradictorias contenidas en fallos de los Tribunales Colegiados de Circuito, y dilucidadas para llegarse a una única tesis, también constituyen jurisprudencia obligatoria.

Por ello si contemplamos las tesis jurisprudenciales bajo esta normatividad obligatoria, fácilmente se entiende que estamos en presencia de normas de derecho que rigen no únicamente para el caso concreto, sino para todos los casos similares, en los cuales los órganos jurisdiccionales no son libres para preferir o resolver nuevas controversias en los términos de la norma legislada, sino a la manera de la norma interpretada por los más altos tribunales del Poder Judicial de la Federación.

No pierdo el punto de vista de que con todo este manejo no estoy tratando más que de clarificar conceptos, pero bien entendido de que lo único que se pretende es llegar o no a la conclusión contraria, o sea de que en nuestro concepto las normas legisladas se ven anuladas por las normas interpretadoras. Pero tampoco me muestro seguro de que ésta no sea una de las tantas conclusiones a las que podemos llegar respecto al tema que se analiza, si bien estará faltando que toda esta realidad jurídica se plasme en una declaratoria constitucional que ratifique y decrete la nulidad de una ley que el Más Alto Tribunal de la República ya ha declarado que es inconstitucional, y bajo el sistema de nuestra jurisprudencia de que este criterio es inalterable y obligatorio.

A la vista de todo lo anterior no acabo de entender —como se afirma—, que se obtiene el equilibrio de los Poderes, y se evita se enfrenten, si cerramos los ojos ante el hecho de que normas inconstitucionales permanezcan vivas, a pesar de la evaluación negativa de los Tribunales

competentes que pongan claramente de manifiesto que la Constitución ha sido violada por la ley impugnada, concluyéndose finalmente que para evitar el enfrentamiento entre el Poder Judicial Federal y los Poderes Legislativos de la Federación y de los Estados, más vale que vivamos sin darle mayores efectos a la jurisprudencia obligatoria, y permitiendo por lo tanto que se sigan aplicando a pesar de que eso signifique el reinado de mandatos inconstitucionales.

En este lugar, y sin ahondar excesivamente en el criterio de Piero Calamandrei (en una Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Roma, el 11 de febrero de 1956, y publicado como artículo bajo el rubro "Corte Constitucional y Autoridad Judicial" en el *Boletín de Información Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, el 10. de octubre de 1956), que hace consideraciones sobre conceptos interesantísimos que no debieran ser ignorados por aquellos que se interesen en el tema que se está examinando, quisiera transcribir conceptos que ya en ocasión distinta he proporcionado parcialmente. Decía el ilustre maestro italiano en la Conferencia recordada, entre otras cosas lo siguiente:

Es un peligro para la certeza del derecho y una mengua al principio de legalidad, el tolerar (como se ha debido hacer en estos años, hasta que la Corte Constitucional no hubo entrado en ejercicio), que ciertas leyes declaradas ilegítimas en la vía incidental y por ello inaplicables, por algún juez más valeroso, continúen siendo aplicadas en casos casi absolutamente semejantes, por algún otro juez más prudente, y de esta manera siguen formando parte del Ordenamiento Jurídico leyes desacreditadas, respecto de las cuales los ciudadanos no saben ya si les deben guardar el respeto que se otorga a las leyes válidas. . . Y no puede considerarse como un ordenamiento civilizado aquel en el cual se tolera la libre circulación de las leyes desacreditadas; venga entonces de una buena vez la Corte Constitucional y nos diga finalmente la palabra definitiva sobre esta norma que ha inferido a los ciudadanos y a los jueces tantas molestias.

2. Un argumento que con mucha frecuencia se utiliza —y que inclusive tiene la tradición de haberse introducido en el Constituyente 1856/1857—, es aquel en que se afirma que mediante la Fórmula Otero se evita la pugna abierta entre el Poder Judicial Federal y los otros poderes, consolidándose desde entonces el criterio de que las leyes inconstitucionales "caerían a golpes redoblados de jurisprudencia".

En esta cuestión se da por entendido que si el Poder Judicial Federal anula las leyes expedidas por el Poder Legislativo Federal, o por las Legislaturas locales, ello constituye una pugna directa entre el órgano que anula leyes contrarias a la Constitución, con los autores de los actos legislativos inconstitucionales. Por ello es que se pretende colocar a la Fórmula Otero como la salvadora del juicio de amparo, ya que éste va evitando —caso por caso—, que la ley no se aplique a los que interpusieron su demanda (dándose por entendido que ya hubo declaratoria de inconstitucionalidad), y en cambio sí se aplica a los que no interpusieron su demanda, no lo hicieron en tiempo, o no acertaron a entablar la controversia en sus extremos adecuados. En esta forma sufrirían las consecuencias de aplicar una ley inconstitucional tan sólo las personas, pero en cambio los Poderes que expidieron la ley inconstitucional no se considerarían lesionados u ofendidos.

Si lo anterior realmente estuviera colocado en su lugar, precisamente creo que es cuando nuestro juicio de amparo estaría en el predicamento de perecer.

En efecto, todo el juicio de amparo tiene como fundamento una regla prima: las autoridades tienen una atribución privilegiada —como lo es dictar mandatos—, y contar con la fuerza pública para imponer éstos. Contra dichos mandatos se pueden interponer recursos o medios de defensa que permitan rectificar, cuando sea el caso, el mandato de la propia autoridad autora de la orden o sobre la que recae una omisión, o de un inferior cuando el recurso o medio de defensa deba plantearse ante su superior. Pero terminado todo este proceso normal, o no existiendo recurso o medio de defensa ordinario, el mandato de autoridad debe ser cumplido, y la persona a la cual se dirige el mandato debe obedecerlo, o arriesgarse a sufrir una sanción adecuada a su desobediencia. Esta es la regla normal en las relaciones *governante-gobernado*.

Pero la acción de amparo viene a romper con este esquema. Constitucionalmente se prevé la posibilidad de una controversia respecto del acto de una autoridad, en el sentido de que el mandato no debe ser obedecido y se debe proteger a las personas contra él, si es que después de un examen adecuado aparece que el mandato es inconstitucional. Cuando esto último ocurre los tribunales de amparo competentes *anulan* el acto o la omisión inconstitucionales, en los términos y para los efectos que precisa el artículo 80 de la Ley de Amparo.

Toda controversia requiere de procedimientos adecuados y tiempo suficiente para reflexionar sobre una argumentación de inconstitucionalidad. Como se corre el riesgo de que mientras la controversia se di-

lucida el acto reclamado pudiera consumarse en toda su extensión, de manera que dejara la controversia sin materia para fincar los procedimientos, se dispone una institución cautelar suspensiva, que permite salvaguardar la controversia planteada.

Si se observan con cuidado todas estas estructuraciones bien conocidas, el proceso de amparo viene a constituir toda una teoría sobre el abuso del poder, y forma de oponerse a tal abuso. Por ello pudimos haber creado el amparo ya sea por órgano político, o bien por órgano jurisdiccional. Pero la meta a alcanzar es la misma: frenar al poder abusivo, reconociendo simultáneamente que se está dentro de un orden jurídico nacional que no significa oposición a la autoridad y a sus mandatos, sino que institucionalmente se practica el examen de la controversia planteada.

La finura del proceso de amparo consiste en poder llevar a cabo ese freno, sin poner en entredicho a las autoridades, de tal manera que pudiera expedirse una especie de permiso para desobedecer a la autoridad. La propia anulación del acto inconstitucional, o de la conducta omisa, no enfrenta a los tribunales de amparo contra las cuales se aplica el acto anulatorio. De ahí que en ocasiones diversas yo me he referido a este argumento de apoyo a la Fórmula de Otero, que ningún poder está por encima del otro, sino los tres están sometidos a la Constitución, que es la que crea el sistema.

Francamente parece catastrofista una argumentación en el sentido de que si bien todo acto inconstitucional fundamentado, y planteado por vía de amparo, debe ser anulado, cuando se trate de un acto legislativo de ninguna manera debe recibir el mismo tratamiento, porque esto constituiría un enfrentamiento de Poderes.

Es bien sabido que nosotros en América, desde nuestra independencia adoptamos el sistema presidencialista, por parecernos más adecuado que el parlamentarista de Europa. Que bajo este sistema representan al pueblo tanto el Parlamento o Congreso, como el Jefe de Gobierno, generalmente denominado Presidente de la República, y de ahí la denominación del sistema. Históricamente el Poder presidencial ha ido creciendo, y nos preocupa profundamente reducir su fuerza y sus posibilidades, para obtener un equilibrio de poderes. Si alguna institución jurídica pudiera acercarnos a un problema de enfrentamiento de poderes, éste se produciría precisamente mediante la acción de amparo, puesto que la anulación de un mandato presidencial por parte del Poder Judicial Federal, podría significar someter al Ejecutivo al Poder del

primero, declarando la invalidez y la no obligatoriedad del mandato presidencial.

En más de un siglo después de estar en pleno ejercicio, desarrollo y superación el amparo, no se ha llegado a ningún enfrentamiento de dichos Poderes. Es más, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —cabeza del Poder Judicial Federal—, son nombrados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, y en los casos de amparos enderezados contra actos del Presidente de la República, y que la Suprema Corte anula, no se observa ni desobediencia a la ejecutoria de amparo, ni revancha del Presidente de la República respecto al cargo otorgado, o el condicionamiento del propio alto funcionario para llenar nuevas vacantes.

Es por ello que muchos no concebimos por qué si la Suprema Corte de Justicia no ha chocado contra el Presidente de la República dentro de un régimen presidencialista, en cambio, si la Suprema Corte de Justicia anulara leyes inconstitucionales lo más probable es que existiera un enfrentamiento entre los Poderes Legislativo y Judicial de nuestro país.

En conclusión: la esencia de la acción de amparo procedente y fundada es la anulación de actos inconstitucionales, provengan de quienes provengan; y sin que esto signifique que el Poder Judicial Federal se sustituya en su totalidad a todas las autoridades del país, tomé sus funciones, invada sus atribuciones, y finalmente ofenda, lastime y desconozca jerarquías.

Su misión —bajo su más estricta responsabilidad y criterio—, es coartar el acto frente a lo que dispone la Constitución en el Capítulo que establece las garantías individuales; si encuentra contradicción o desobediencia anula el acto, y así lo declara. Remite la ejecutoria a la autoridad responsable, y ésta actúa de inmediato para cumplimentarla. Si no lo hace así se inicia el procedimiento para destituir de su cargo a la autoridad que no respeta la ejecutoria, y obtenida su meta protectora se archiva el asunto definitivamente. Nada de todo esto puede significar técnica novedosa, cuando se propugna que las leyes inconstitucionales se anulen, y las legislaturas no tienen por qué considerarse contradichas o enfrentadas.

El propio Kelsen, en las páginas 163 y 164 de la obra anteriormente citada, al examinar los conflictos de las normas que él estima de diferentes grados, evalúa las garantías individuales, así como el tema de la abrogación de la ley "inconstitucional". El prestigiado maestro textualmente nos precisa:

La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano—, sea 'inconstitucional'. Puede existir un órgano especial establecido para este fin, por ejemplo, un tribunal especial, el llamado 'tribunal constitucional'; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada 'revisión judicial', puede encomendarse a los tribunales ordinarios y, especialmente, a la Suprema Corte. El órgano revisor puede estar facultado para abolir completamente la ley 'inconstitucional', de manera que no pueda ser aplicada por ningún otro órgano. Si un tribunal ordinario es competente para verificar la constitucionalidad de una ley, únicamente puede estar facultado para negarse a aplicarla en el caso concreto, si considera que es inconstitucional, en tanto que otros órganos permanecen obligados a aplicar el precepto. Mientras una ley no ha sido nulificada, tal ley es 'constitucional' y no 'inconstitucional', en el sentido de ser contraria a la Constitución. Entonces, es voluntad de la Constitución que esta ley sea también válida. Pero la Constitución pretende que lo sea mientras el órgano competente no la anule. La llamada ley 'inconstitucional' no es nula *ab initio*, es únicamente anulable, y puede ser anulada por razones especiales. Tales razones son que el órgano legislativo ha creado la ley en otra forma, o le ha dado un contenido distinto de los directamente prescritos por la Constitución. Es verdad que el legislador está autorizado para hacer tal cosa, y que puede muy bien no aplicar en un caso concreto los preceptos directamente establecidos en la Constitución. Sin embargo, ésta da preferencia a la primera de las dos posibilidades. Tal preferencia se manifiesta en el hecho de que una ley que adquiere fuerza obligatoria en la segunda forma, puede ser nulificada no solamente —como la llamada ley 'constitucional'— por un acto del órgano legislativo, sino también por un acto de un órgano distinto del legislador, encargado de la revisión judicial de la propia ley.

Una norma, nos dice Kelsen, es nula *ab initio*, de tal manera que no requería llegarse a su anulación mediante un procedimiento jurídico, cuando —por ejemplo—, no ha sido expedida por un órgano competente, o ha sido decretada por una persona que no tiene competencia alguna para crear normas, o no posee en absoluto esa calidad. Si cualquiera de estas hipótesis ocurriera, no habría necesidad de anular la disposición siguiendo un procedimiento jurídico; pero habrá que

observar que de cualquier manera se requeriría de una declaración formulada por la autoridad competente en el sentido de que en efecto es nula *ab initio*, para llenar las condiciones de nulidad establecidas por el orden jurídico, el cual es un acto constitutivo y produce un efecto jurídico definido. Por ello, concluye, se trata de una verdadera anulación con fuerza retroactiva.

No es posible creer que al gran maestro de la normatividad jurídica, de su estructura y de sus efectos en todas las áreas, se le confundiera con un agitador que pretende el enfrentamiento de los poderes de un país. El sistema propuesto por él para Austria, y después adoptado por Suiza y por Italia, y que tantas repercusiones ha tenido en numerosos países, incluye la declaratoria de la nulidad de las leyes evaluadas como inconstitucionales.

3. Hay, sin embargo, un análisis que don Carlos Arellano no ha manejado, y que el que esto suscribe considera fundamental en los exámenes que podrían conducirnos a un posible cambio en el principio de la relatividad de las sentencias de amparo contra leyes, si es que convence el planteamiento. Podría parecer una cuestión teórica o doctrinaria; la estimo, por el contrario, práctica y productora de efectos jurídicos y materiales de la mayor importancia para nuestro orden jurídico.

Traer a colación en este pequeño artículo el intento de llegar a un consenso sobre lo que debemos entender por *ley*, sería rebasar todos los límites de la prudencia. Pero sí podríamos coincidir rápida y fácilmente en que uno de los deslindes es que consiste en una norma jurídica que tiene como caracteres específicos la generalidad y la abstracción. Si la ley retomara eventualmente la naturaleza de particularidad y de concreción a una persona específica, estaríamos en presencia de una ley privativa, de aquellas que prohíbe nuestro artículo 13 constitucional. En este grave vicio de constitucionalidad caería finalmente el tratamiento que se da a las leyes declaradas inconstitucionales en una sentencia de amparo: uno —el que interpuso y obtuvo el amparo—, estaría exento de someterse a sus mandatos; otros, —los que no han interpuesto la acción porque aún no aparece un acto de aplicación—, podrán alcanzar los beneficios de su no aplicación final, si interponen en tiempo y forma dicha acción; el resto, fuera de tiempo para interponerla, u omisos en impugnarla, tendrán que someterse a ella, a pesar de que haya sido declarada claramente contraria a la Constitución, específicamente en el Capítulo de garantías individuales.

Por supuesto que lo que resalto en la anterior argumentación es el grave ataque a una orden jurídico nacional, que permite se obligue el que unos cumplan con una ley declarada inconstitucional, y otros se abstengan de ajustarse a ella. No es tanto que pudiera llegarse a la conclusión de que el sistema es contrario al artículo 13, que prohíbe la expedición o el sometimiento a una ley privativa, ya que las sentencias favorables a un quejoso en las condiciones ya apuntadas significan la otra cara de la misma moneda; las leyes privativas se dictan contra una persona, y las sentencias de amparo contra las leyes apreciadas como inconstitucionales, por el contrario, sólo benefician a una persona quejosa y le permiten desobedecerla, pero nada más a ella.

La Fórmula Otero, aplicada inconsultamente a los amparos interpuestos contra leyes que se afirman son inconstitucionales, no atenta contra el artículo 13, sino contra las garantías de igualdad jurídica que se establecen en numerosas disposiciones, pero genéricamente en el primer artículo constitucional. Los habitantes de México se dividen así en dos bandos: los que tienen que someterse a leyes inconstitucionales, y "los otros", los que con copia certificada en la bolsa demuestran a cada intento de nueva aplicación que ellos tienen una patente para incumplirla.

El sistema judicial universal produce este fenómeno: mandatos generales y abstractos que se contienen en las leyes —aunque igualmente ocurren en reglamentos—; mandatos particulares y personales, que se decretan en las sentencias —si bien se observan también en los actos administrativos concretos—; y en virtud de jurisprudencia obligatoria, mandatos particulares que —sobre todo entre nosotros—, mediante reiteración se transforman en generales, y con la fuerza mandatoria de una norma legislada, compuesta por los precedentes concretos en fallos particulares. O como textualmente lo indica el segundo párrafo del artículo 197-A de la Ley de Amparo: "La resolución que se dicte (por la Suprema Corte al decidir en una denuncia de tesis contradictorias cuál es la que debe prevalecer) no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen dictado las sentencias contradictorias". Es, por tanto, *ex nunc* y no *ex tunc*.

A todo este sistema de particularidades sobre mandatos particulares —todos ellos integrados como normas jurídicas—, los mexicanos añadimos otra disparidad: leyes y reglamentos declarados inconsti-

tucionales por el Más Alto Tribunal de la República, que algunos deben obedecer y otros no.

Para no citar ejemplos del pasado —demasiado conocidos—, especialmente el referido a la tesis jurisprudencial que declara inconstitucionales los artículos 15, 18 y 20 de la Ley de Profesiones, respecto a los profesionistas extranjeros a quienes se les niega el ejercicio de su profesión, preferiría actualizar la ejemplificación con las declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley Federal de Turismo y la Ley General de Salud, según las cuales en México algunos hoteles y restaurantes, por una parte —y señalados laboratorios y farmacias, por la otra—, no están obligados a respetar las tarifas u otras órdenes decretadas por las Secretarías de Turismo y de Salud, respectivamente, por haberse sentenciado definitivamente en vía de amparo, que ese mandato es inconstitucional; y en cambio otros establecimientos de los anteriormente enumerados tienen que obedecer las tarifas o mandatos a que se ha hecho mención, bajo la pena de ser sancionados si no lo hacen así, porque no interpusieron la acción de amparo correspondiente. Las ejemplificaciones respecto de leyes impositivas en materia fiscal, establecen un verdadero caos entre aquellos que deben pagar una contribución, frente a otros "exentos", son tan numerosas que no intento siquiera enumerarlas.

Ningún beneficio podría traer a nuestro país este desigual sistema de tratamiento y conceptualización, que en mi concepto aplica indiscriminada y parcialmente la Fórmula Otero (puesto que la original incluía forma de anular leyes), y que supuestamente fue creada para evitar enfrentamiento de poderes, todo ello a pesar del rechazo público a un orden nacional no igualitario, que simple y sencillamente no se acaba de entender.

Los que propugnamos porque se clarifique, afine y reconsidere la Fórmula Otero —ubicándola en su verdad de origen—, pretendemos reconstruir un orden jurídico nacional que nos devuelva la cordura y la juridicidad, lo cual es una cuestión delicada que de ninguna manera se debe tomar como una eventual polémica doctrinaria.

Quisiera finalizar recordando que la primera conclusión de la Comisión de Amparo de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, llevada a cabo por la Procuraduría General de la República en el año de 1983, en cumplimiento de las instrucciones al respecto por el Presidente de la República, y a la cual concurren juristas y estudiosos en diferentes foros de todas las capitales de los Estados y de la Capital de la República, quedó redactada en la

siguiente forma, según lo informó su Coordinador, el doctor Héctor Fix-Zamudio:

En primer lugar en varios de los citados trabajos se propone ampliar los efectos de la sentencia de amparo que declare la inconstitucionalidad de una ley, de tal manera que pudiera llegarse al sistema de declaración general en virtud de que la llamada fórmula Otero', que fue de gran utilidad para la consolidación de nuestro juicio de amparo, ya cumplió su misión histórica y debe superarse para adaptar a nuestra máxima institución procesal a las circunstancias actuales, en las cuales se requiere tanto celeridad en la resolución de los problemas constitucionales como respecto al principio de la igualdad de los gobernados ante la ley.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE GARCÍA DE ENTERRÍA: CONTEXTO, APOGEO Y DESENCANTO

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. 1. Enterría y las corrientes. 1.1 Inadaptación al Método. 1.2 La Ruta Personal. 1.3 La Institución y los Principios, ejes del pensamiento Enterriano. 2. Historia verdadera de la legalidad moderna. 2.1 Modelo Revolucionario y Legislación de la Disidencia. 2.2 El Estado como reunión de funciones y como vocación jurídica. 2.3 Los riesgos de la Administración disidente y los aumentos contemporáneos. 2.4 El amarre constitucional. 3. La institución expropiatoria. La etapa del entusiasmo. 3.1 Primeras avanzadas y participación en la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa. 3.2 El trasfondo combativo de la ley y los contrapesos de una juventud clásica. 3.3 El "cuadro técnico" de la institución expropiatoria. 4. La institución expropiatoria. Inicio del desencanto. 4.1 Infunciones de la Ley. 4.2 El tiempo y las profundizaciones temáticas. 4.3 Esbozo de la desilusión.*

INTRODUCCIÓN

La evidente falta de contacto del medio jurídico mexicano con las corrientes europeas y la doctrina comparada reciente, motivan a buscar la reanudación de un enlace que en la década de los años 50 mostró sus ingentes posibilidades de fertilidad.

Remitirse al derecho público español, puerta abierta a las manifestaciones doctrinales de Francia, Italia y Alemania, obliga a enfrentar la obra de uno de sus más sólidos pilares contemporáneos: Eduardo García de Enterría. Hombre de integridad cabal como lo demuestran sus manifestaciones de apoyo al homenaje de Nicolás Pérez Serrano, Jurista de la República, en pleno auge del franquismo, es también un tratadista de corte clásico cuya confianza en la técnica y en las posibilidades humanistas del Derecho contagian un entusiasmo civilizador, digno de ser difundido.

La tarea de reseñar críticamente los temas enterrianos no es sencilla; la profusión de su obra obliga incluso a replantear la intención en términos modestos y a constreñir selectivamente los esfuerzos.

Se han tratado de analizar sus enfoques sobre la institución expropiatoria, pero en continua remisión a los parámetros teóricos más generales de su obra. Este último contexto se fija en los dos primeros capítulos del trabajo, para luego permitir que la reflexión se adentre en los aspectos concretos de la institución en los dos últimos, a modo de comprobación y de contraste.

Ojalá que el autor de este artículo cumpla sus propósitos y pueda ser vehículo de la obra de un jurista genuinamente técnico, tanto, como en nuestra situación ya no es frecuente.

1. ENTERRÍA Y LAS CORRIENTES

1.1 *Inadaptación al Método*

Suspica, García de Enterría arremete contra las "aspiraciones imperiales" del método que se dispone a la creación de su objeto. "Es la idea sustantiva del Derecho lo que determina su método y no lo contrario".¹ Su escepticismo procede de las dificultades que reconoce para entroncar los aspectos generales de la reflexión, con frecuencia procedentes de alguna corriente filosófica ajena al campo de especialidad sobre el que se trabaja, con los datos técnicos de que se conforma la especialidad en un determinado ámbito de reflexión. Cabe recordar como corolario de estas dudas la ingeniosa sentencia de Umberto Cerroni, quien manifiesta que el derecho transcurre entre dos extremos: es objeto sin ciencia o, en ocasiones, ciencia sin objeto.²

Aceptado que "el modo de buscar las premisas influye en la índole de las deducciones y, al revés, la índole de las conclusiones indica la forma de buscar las premisas",³ García de Enterría se decide a renunciar, parcialmente claro, a las formulaciones generales. Acepta el riesgo de trabajar inmerso en la especialidad técnica del Derecho, aunque no son extrañas sus remisiones a la situación teórica de los paradigmas jurídicos. Resumiendo, afirma, "nuestra reflexión será orientada por ello predominantemente al margen de las posiciones de principio y partiendo de experiencias comunes en la técnica aplicativa y científica que

¹ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, Esp., 1984, p. 15 (en general toda la Introducción).

² Cerroni, Umberto, *Metodología y ciencia social*, Ed. Martínez Roca, Esp., 1971, pp. 95-112.

³ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (Pról. E. García de Enterría), Trad. Díez-Picazo, Ed. Taurus, Esp., 1964, p. 58.

no es familiar, aunque con la intención (...) de alcanzar desde esa base modesta algún esclarecimiento general". A pesar de que efectivamente su obra no es nunca "teoría general del derecho", la fuerza de sus engarces y la firmeza clásica de los principios que la alientan, la convierten en un ejemplo de construcción en el ámbito del derecho público. La obra de García de Enterría se presenta siempre ordenada y siguiendo el trayecto técnico que en líneas generales expuso Savigny cuando trató lo relativo a las relaciones y a las instituciones jurídicas en su famoso *Sistema de Derecho Romano Actual*.⁴

La desconfianza que García de Enterría alberga respecto de una actitud "metódica" demasiado ostentosa se vincula íntimamente con la rebeldía que la axiomática jurídica le inspira. A la mejor usanza de los periodos clásicos, nuestro autor prefiere los balbuceos casuísticos profundamente resueltos que las grandes generalizaciones, tan caras al racionalismo desde la época de Descartes. La insubordinación Enterriana contra la axiomática lo conduce a un coqueteo con las recientes manifestaciones de la "Tópica". De hecho prolonga la edición en español del libro de Theodor Viehweg *Tópica y Jurisprudencia*, y en plena complicidad con el autor afirma "que la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático reductivo expresado en las matemáticas".⁵ Esta convicción mantendrá la obra de García de Enterría a buen recaudo de los modelos formalistas y, en cambio, la aproxima al tipo de trabajo casuístico de los juristas romanos de la época clásica, de los autores del "mos italicus", e incluso al de los más recientes dictaminadores procedentes del *usus modernus pandectarum*.

Asumir las conveniencias de una construcción "Tópica" confiere a la obra de García de Enterría la ventaja de convertirse en una aportación dinámica a la formulación "de un orden —no concebido como tal— que continuamente se está decidiendo".⁶ Ello facilita el trabajar con hipótesis flexibles, cuyo propósito central responde a interpelaciones directas de la realidad; en este caso, de la realidad europea y española en particular. El trabajo "tópico" es el rumbo seguro para contemporizar una obra con las emergencias de su tiempo; asimismo, este tipo de procedimiento garantiza en buena medida el cumplimiento de la fun-

⁴ Savigny, M. F. C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, 6 vols. (Pról. Manuel Durán), Trad. Mesía y Poley, Ed. Centro Ed. Góngora, s/a., t. I, pp. 65 a 67.

⁵ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...*, p. 76.

⁶ Viehweg, Theodor. *op. cit.*, p. 52.

ción social del conocimiento jurídico. Los nexos y compromisos con las situaciones del propio tiempo se encuentran omnipresentes en la obra Enterriana. La expresa renuncia a los regodeos metodológicos tiene como contrapartida una posición personal íntegra y progresista del autor, que orienta sus resoluciones confiriéndoles una *auctoritas* que va mucho más allá de la simple convalidación formal de sus afirmaciones.

1.2 La Ruta Personal

Contra el positivismo. El signo teórico con el que inicia el siglo es preponderantemente positivista. El combate de las nuevas convicciones sociológicas se encamina frontalmente contra la metafísica; especialmente contra la retórica de sello jacobino que enarbola sin sustentos cabales la deificación de una axiología vacía. Ni la libertad, ni la igualdad, ni otros valores sociales similares tienen sentido cuando se conceptualizan y se convierten en proclamas abstractas de un individualismo imposible. Contra el discurso desgastado del liberalismo se promueven los valores sociales de obvia procedencia empírica; se recupera el significado grupal; la solidaridad y la cohesión van a tener en el positivismo filosófico y en el darwinismo social definitivamente una época de auge.

Jurídicamente el positivismo toma rumbos inesperadamente formalistas. Salvo los casos aislados que engloban al sociologismo del periodo de entresiglos, el positivismo jurídico se perfila hacia el más absoluto legalismo. Aquí, seguramente reconocemos una falta de rebeldía de las posiciones jurídicas que dócilmente se enlazan, a través precisamente del legalismo, con las construcciones axiomáticas de la época de la ilustración. Exceptuando a los verdaderos positivistas en sentido filosófico —Duguit, por ejemplo—, el legalismo se empantana en una función miope que no atiende al sentido final de la justicia y mucho menos al de la democracia.

Técnicamente la actitud legalista significa reducción del derecho a una sola de sus fuentes y, más todavía, simplificación inadmisiblemente de la realidad a un conjunto más o menos amplio de fórmulas, que por perfecto que sea resulta insuficiente para contener la "riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada de tiene".⁷

⁷ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...*, p. 18.

Para contrarrestar el legalismo de la época la propuesta de García de Enterría se esgrime como revaloración de la función del juez. El carácter creativo y fundamentalmente integrador de las decisiones judiciales constituye en sí una proclama contra una mal entendida "soberanía" del legislador. La labor interpretativa finca su sentido en la existencia de principios jurídicos que no necesariamente se encuentran insertos en la Ley positiva.⁸

La crítica de García de Enterría al positivismo es fundamentalmente una referencia a su anacronismo y al carácter reduccionista de su enfoque; sin embargo, el autor otorga crédito a los aciertos que desde esta posición filosófica han llegado a plantearse, particularmente resalta la contundencia positivista que se ejerce contra la metafísica vacía del jacobinismo, que como lugar común ha campeado en largos periodos de la historia jurídica. Sumando su voz a la de Forsthoff, García de Enterría expresa que "la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la positividad del Derecho".⁹ En la afirmación radica un convencimiento claro: la crítica del positivismo no puede desviarse a una reformulación idealista de los enfoques metodológicos; diluir la objetividad del derecho, que el positivismo sustentó con tanto vigor, significa definitivamente un retroceso epistemológico no deseable desde ningún punto de vista.

La "riña" de García de Enterría con el positivismo no se dirige, en síntesis, al cuestionamiento de la sustancialidad del Derecho; sus objeciones resaltan más bien su carácter reduccionista. Para nuestro autor el derecho sigue siendo el material jurídico por excelencia.

Contra el ius-naturalismo. Poco es en realidad lo que de referencias expresas a esta corriente puede encontrarse en la obra de García de Enterría; sin embargo, éstas existen y a ellas hemos de remitirnos. Primeramente reconocemos que Enterría rechaza cualquier sistema "abierto, retórico e irresponsable de simples juicios éticos o políticos".¹⁰ Esta afirmación que no se dirige en contra del iusnaturalismo de manera especial, nos ayuda, no obstante, a prever un rechazo a cualquier ejercicio teórico que no disponga de referencias a los planteamientos técnicos que necesariamente surgen de la vida jurídica. La Moral deja de ser tal, para convertirse en ciencia jurídica, cuando los asuntos vinculados a la justicia adquieren una dimensión práctica, material y, desde luego, racional.

⁸ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁹ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰ *Loc. cit.*

Para García de Enterría el descrédito de la idea de un Derecho natural proviene "de su pretendida formulación axiomática, de su presentación ante el jurista positivo como un supuesto y auténtico *primum verum*, del cual, por simples deducciones, más o menos extensas pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particulares ramificaciones del Derecho positivo".¹¹ La crítica Enterriana se refiere especialmente al iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, a cuyas espaldas floreció la codificación moderna y sus correspondientes exégesis. Sus objeciones denuncian la imposibilidad de reivindicar como trabajo jurídico la mera determinación apriorística de ciertos valores ideales, en buena medida, ajenos al mundo concreto de lo normativo. En realidad esta crítica no es nueva, ha sido replanteada una y otra vez desde el tiempo en que Gean Battista Vico dirigió serios cuestionamientos a las obras de Grocio, Puffendorf y Selden desde un capítulo de la *Ciencia Nueva*.

La parte esencial de la crítica de García de Enterría se refiere a la desmitificación del paso mágico que significa la traducción del contenido axiológico natural, al que alude esta escuela, en legalidad positiva. El gran riesgo de no materializar este proceso es el de presentar una asimilación lineal del orden jurídico vigente al derecho natural, lo que redundaría en la idealización del estado de cosas imperante que, de lleno, se transforma, de situación histórica, en paradigma moral. García de Enterría no niega el contenido sustancial de una materia jurídica que existe en forma de principios y que alienta la construcción de toda normatividad, pero sí afirma que cualquier principio sólo produce efectos jurídicos relevantes a partir de su inserción —léase materialización— en el orden jurídico vigente.¹²

La "positivación" del Derecho Natural no se alcanza a partir del reconocimiento universal de la validez de sus principios, sino a través de su grado de inserción en las estructuras técnico-positivas del Derecho.¹³ El carácter ahistórico del iusnaturalismo se resuelve cada vez que su axiología hace tierra con las circunstancias a través de los causes normativos concretos. La universalidad de los principios es definitivamente depuesta en la crítica Enterriana. El autor considera que los principios iusnaturalistas —históricamente definidos— comparten el trasfondo jurídico con determinaciones superiores cuya procedencia

¹¹ *Ibid.*, p. 59.

¹² *Ibid.*, p. 61.

¹³ *Loc. cit.*

puede ubicarse sin temor en la realidad política concreta.¹⁴ Historia y pensamiento ilustrado del siglo XVIII son elementos que se conjugan para sustentar buena parte del orden jurídico, aunque no todo. Existen además principios que informan la realidad normativa, procedentes de la misma estructura técnica del derecho; parámetros lógicos de construcción que no deben su causa a ningún factor extra jurídico.¹⁵

El iusnaturalismo no es una obsesión para García de Enterría como lo fue para los autores positivistas o como lo sigue siendo para muchos. El autor no lo rechaza *per se*, simplemente lo somete al cernidor pragmático de la técnica y se queda con aquellos elementos que fueron capaces de filtrarse a pesar de los obstáculos. De este modo García de Enterría no polemiza contra el fantasma de la ideología burguesa; simplemente lo aguarda en la comprobación de su función jurídica.

1.3 La institución y los principios, ejes del pensamiento Enterriano

La institución. Una deuda del pensamiento de García de Enterría que él salda con el máximo honor, la contrajo con la obra de Savigny, autor colocado en el parteaguas del romanticismo historicista y de la jurisprudencia de conceptos. Savigny mantuvo su pensamiento de cara a estas dos vertientes, acrisoladas dificultosamente en el interior de su obra. Este gran jurista alemán deja fluir en el sentido de sus conceptos una crítica que llama al iusnaturalismo a la concretización, justamente a partir de la revaloración de los elementos históricos en el proceso de creación del Derecho, pero también se permite proposiciones de carácter sistemático, que en buena medida provocan la fuga del pensamiento jurídico hacia la jurisprudencia de conceptos primero y, finalmente, hacia las elaboraciones pandectísticas. Las reflexiones de Savigny sobre el "sistema" son las que con más fuerza impulsaron el desarrollo jurídico en Alemania.¹⁶ Pero Savigny no resuelve la disyuntiva, al contrario, mantiene viva la tensión de estos dos ejes dentro de su obra, cuya proposición concreta, gira en torno a dos categorías analíticas centrales: *la relación de derecho* y *las instituciones*. Por *relación* entiende el ámbito "de naturaleza orgánica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, su origen y sus descendos".¹⁷

¹⁴ *Ibid.*, p. 64.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Trad. Martínez Molinero, Ed. Ariel, Esp., 1980, pp. 31 a 38.

¹⁷ Savigny, M. F. C., *op. y loc. cit.*

En cambio, la *Institución* es una unidad de sentido jurídico que enmarca y domina cada *relación*.¹⁸ A un elemento material (la relación) corresponde una determinación sistemática (la institución). Sin embargo, no queda claro hasta qué punto la institución precede, como unidad de sentido, a la realidad —y en todo caso estaríamos bajo el influjo de un modelo apriorísticamente construido— o efectivamente, su esencia racional la obtiene por su inserción en los “acontecimientos de la vida real”,¹⁹ como parece sugerir Savigny en la exposición ambigua de su teoría.

He querido reseñar lo anterior, para hacer evidente la deuda de García de Enterría con Savigny, pero también para poder cotejar sus resultados en relación con la formulación inicial del jurista alemán. Para García de Enterría, la *institución* constituye el elemento formador de la reflexión normativa. “Ellas, y no las reglas aisladamente consideradas, constituyen el verdadero primer elemento del pensar jurídico, tanto científico como aplicativo. . .”²⁰ “Son ellas los puntos de condensación (Sedes) a la vez de la experiencia tópica sobre un círculo determinado de problemas y del orden superior de valores que en el derecho intenta realizarse, son el receptáculo unitario donde el saber jurídico se organiza y encuentra una articulación técnica definitiva”.²¹

En el pensamiento Enterriano la *institución* es un ámbito de condensación que permite elaborar respuestas a los conflictos sociales, a partir de las necesidades de congruencia interna del Derecho. Sin embargo, la proposición en sentido inverso también cabe en el carácter dinámico de este ámbito: la *institución* favorece la confirmación de los instrumentos técnicos del Derecho, a partir de las necesidades sociales manifiestas en los conflictos planteados. En todo caso, la *institución* es un espacio de cruzamiento donde convergen los elementos ideológicos y los materiales; los tradicionales y los inferidos; los particulares y los generales. En este mecanismo de carácter sutil —que no mágico—, se procesa la realidad para juridizarse y, a su vez, lo jurídico se funcionaliza para cumplir su cometido de articulador general de la sociedad.

En la *institución* se distingue una idea organizativa a la que se subordina, en una jerarquía de sentido, un determinado proceso técnico de configuración.²² La idea organizadora obedece, a su vez, a contenidos

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones. . .*, p. 64.

²¹ *Ibid.*, p. 65.

²² *Loc. cit.*

valorativos de orden social cuyo proceso de materialización corresponde a la experiencia acumulada en relación con el tipo de problema que se pretende resolver; es decir, a su determinación “tópica”. Esta experiencia contiene la aspiración de repetirse como solución matizada a cada planteamiento específico que surge, pero siempre este uso normativo depende del sentido general de la proposición; por ello se afirma que es también un “principio general”.²³

No se entienda que el “principio general” opera como idea suelta en medio de la realidad; debe tenerse presente que el principio contrasta siempre su sentido con la función de resolver un problema planteado. Dicho de otro modo, el principio adquiere sentido de solución en razón de su viabilidad normativa; es “principio general respecto de situaciones determinadas”, como lo expresa Enterría.²⁴ Para nuestro autor, en el espacio de la *institución* se rompe el dualismo jurídico; allí se funden los valores materiales de la sociedad y el proceso de elaboración de instancias normativas que sostienen sus posibilidades de realización reproducida y aumentada.

García de Enterría, superando el planteamiento de Savigny, se manifiesta por el carácter dinámico —dígase histórico— de la *institución*. Para él no se trata de una unidad de sentido definida de manera estable; su apertura se determina por la necesaria conexión que debe mantener con un círculo determinado de problemas.²⁵ Por otra parte, la idea que fluye como organizadora encubre un principio no definitivo, ya que su realización social es prácticamente permanente y su sentido final inalcanzable. Aquí se cuela un dejo del idealismo platónico que, sin embargo, no empaña el rigor lógico de la proposición y, ni siquiera la fuerza de su propuesta ideológica definitivamente progresista. La fuga hacia la jurisprudencia de conceptos que efectúa la ciencia jurídica alemana, a partir de la noción de “sistema” pergeñada por Savigny, es imposible realizarla por los cauces de la obra Enterriana, porque en el reconocimiento del carácter dinámico de las instituciones, está también la clausura de cualquier edificio “sistemático definitivo”; las variaciones intrainstitucionales, nos dice García de Enterría, “se prolongan a todo el conjunto”, admitiendo en su sentido cualquier clase de pluralidad.²⁶

²³ *Ibid.*, p. 66.

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ *Ibid.*, p. 68.

²⁶ *Ibid.*, pp. 68-69.

A pesar del gran cierre que Enterría confiere a la teoría de la institución, todavía en su interior palpitan elementos de incertidumbre, que aunque no impiden su función técnica, si abren espacios para el análisis posterior. No parece que las soluciones formalistas hayan cumplido su cometido en el mundo epistemológico contemporáneo; por lo tanto, los rumbos del pensamiento jurídico, o bien han tendido al acercamiento con las corrientes sociológicas actuales, o, en su defecto, han intentado replantearse a partir de su propia génesis técnica e histórica. Este último es sin duda el camino de García de Enterría: el derecho vuelto sobre sí mismo y en seguida propuesto a la sociedad como un cauce efectivo de articulación racional.

Los principios. Este tema remite a la identificación de los "soportes estructurales primarios del sistema entero del ordenamiento..."²⁷ Los "principios generales del Derecho" no contienen, para García de Enterría, simples criterios morales o buenas intenciones; su contenido reúne "fórmulas técnicas del mundo jurídico". Ya tratamos cómo el autor inserta estas fórmulas en el ámbito normativo a través del papel articulado y de sentido que otorgan a las *instituciones* jurídicas. Valga recordar que los principios generales exceden la dimensión casuística concreta, pero al mismo tiempo proceden de ella. Su identificación se realiza a través del trabajo tópico y de una acumulación paciente de experiencias que motivan reflexiones que las vinculan. En estos principios se encuentra realmente la fuerza impulsora del mundo normativo; el foco efectivo de su desarrollo.

Sin que Enterría proponga una jerarquización de los principios —que son también articulación equilibrada de intereses sociales— destaca la importancia de aquellos que se vinculan con el que acepta como el valor comunitario fundante de todas las demás: la libertad humana.²⁸ Con peculiar claridad se revela aquí la asimilación —aunque sea crítica— del pensamiento de la ilustración en la obra de García de Enterría. Sin embargo, a pesar de la identificación de la libertad como centro axiológico del ordenamiento jurídico, las consecuencias que extrae nuestro autor distan mucho de las que obtuvo Kant de un reconocimiento similar. Para García de Enterría la libertad no tiene esa traducción lineal a un voluntarismo fácil que se otorga como el destino inexorable del pensamiento moderno. En la obra Enterriana libertad significa composición de intereses individuales en el medio social; pero quiere decir

²⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (2 vol.), Ed. Civitas, Esp., 1986, del t. I, p. 74.

²⁸ *Loc. cit.*

también mediación justa de las instancias públicas en las relaciones sociales como veremos al exponer el tema expropiatorio.

En razón de la importancia que García de Enterría impone al tema de los principios generales se hace necesario plantear el asunto de la definición de los "valores materiales", ya que éstos devienen el contenido fundamental de dichos principios. La proposición del calificativo *material* sobre el sustantivo *valor* es la respuesta a la interpelación implícita que se desprende del concepto genérico de valor, legado irremisiblemente a la idea de un *valor ideal*. El pensamiento jacobino fue la fuente inagotable de la enarbolación de los *valores abstractos*; propuestas morales o filosóficas que sólo tienen que ver con el derecho cuando se las recibe a través de un proceso de inserción técnica en las instituciones jurídicas. Lo que confiere sustancialidad a un valor es la asimilación comunitaria de su sentido; es decir, la experiencia que se obtiene a partir de su practicabilidad como beneficio social concreto.

El punto obligado de llegada de los valores materiales es la idea amplia de un estado de *justicia material* que implica la realización plena de las aspiraciones sociales. El Estado de Derecho es una verdadera situación de tránsito que permanentemente propende al logro de la justicia material. El deber ser del Estado de Derecho no es en realidad un estado ideal referido por un modelo; se trata del deber concreto de actualización creciente de la justicia material.²⁹ Sólo así podrá afirmarse como *Estado material de Derecho*.

2. HISTORIA VERDADERA DE LA LEGALIDAD MODERNA

2.1 Modelo revolucionario y legalización de la disidencia

El Modelo. La visión técnica que la obra de García de Enterría propone se sustenta de manera permanente en un sólido planteamiento histórico de los temas. Destaca particularmente su esfuerzo por fijar, con sentido crítico, los parámetros de existencia —ideal y material— del Estado Moderno. El rumbo clásico de su perspectiva conduce a García de Enterría directamente a la revisión del proceso revolucionario francés y, de modo particular, al análisis de "aquellos elementos que van a constituir el fondo ideológico de la nueva concepción política y jurídica que la Revolución inaugura".³⁰

²⁹ García de Enterría, E., *Reflexiones...*, p. 99.

³⁰ García de Enterría, E., *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Ed. Taurus, Esp., 1986, p. 13.

Para desarrollar su hipótesis propositiva, García de Enterría se vale de un recurso bien afinado desde el punto de vista historeográfico: reduce el Estado Absoluto y el Estado Moderno a tipos históricos de carácter ideal. En el primer caso engloba una realidad de ejercicio político central, fundamentalmente autoritaria, personal e inmune; en el caso del Estado Moderno, alinea los siguientes rasgos para componer su perfil: "el principio de legalidad, la idea de libertad o de constitución del orden social por concurrencia y, finalmente, la concepción concreta de la estructura y función del Estado".³¹

El tipo ideal que corresponde al Estado Moderno se encuentra precedido por el carácter jurídico de su composición, en todo caso el derecho —y particularmente la ley— aparece como el elemento racionalizador del ejercicio político. La sumisión del poder al sentido de la normatividad jurídica es también el encausamiento de la arbitrariedad política a un orden de cosas que espontáneamente conduce la sociedad al equilibrio. "En el fondo —nos dice García de Enterría—, esta formulación del imperio o de la soberanía de la Ley como ideal político no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo sobre el que trabaja el pensamiento de Occidente desde el Renacimiento y que alcanza en la Física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva".³²

La manera vinculada en que García de Enterría propone considerar la ley, haciendo eco de la proposición general de Montesquieu —relaciones constantes que derivan de la naturaleza de las cosas— permite al autor presentar un enfoque multivalente de las cuestiones jurídicas, ajeno por completo a la esgrima reduccionista que se juega en las ideas Kantianas. Naturaleza y sociedad —medio material e historia— pueden contemplarse, desde la óptica Enterriana, como objetos conciliables e interactuantes. A partir de aquí el pensamiento de García de Enterría zanja el terreno y se separa de cualquier enfoque "puro" del Derecho. La visión Enterriana se proyecta como suma de datos y experiencias a partir del objeto jurídico, entendido éste como normatividad históricamente presente y puede decirse que hasta actuante.

Es muy importante percibir que la legalidad, destacada como valor ideológico por la Revolución, es asimilada en el pensamiento de García de Enterría como un valor material del Estado de Derecho. Más allá del modelo revolucionario, el autor afirma la consistencia de este prin-

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 15.

cipio y la necesidad de que se concrete como cauce efectivo de la conducta política contemporánea. Al matizar el principio de legalidad con las proposiciones Enterrianas tendríamos que afirmar el sometimiento del ejercicio político de la Administración al sentido no de la ley, sino del Derecho. Por lo pronto, bástenos con reconocer que la práctica política moderna, para ser legítima, debe encontrar su habilitación y su sentido en una normatividad previamente definida. "Las funciones políticas —manifiesta García de Enterría como corolario— son reductibles a este esquema elemental: Leyes generales y actos particulares en aplicación de las mismas".³³

La garantía de la libertad individual debe ser el fin de un Estado que negándose, se realiza. El sentido de la acción política es insubsistente *per se*, su justificación la encuentra en la felicidad individual de sus miembros y en la aceptación voluntaria de su constreñimiento. Aunque definida por la suma de voluntades de los ciudadanos, la razón jurídica del Estado de Derecho es en realidad una razón individual. El Derecho, síntesis de los fines del Estado, demarca la coexistencia segura de las libertades de los súbditos.³⁴ "Estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras... aseguran sin más el óptimo del orden colectivo, la Constitución ideal" o, agregaremos nosotros, el Mercado, entendido como sistema de referencias del proceso de libre cambio.³⁵

Sobre la libertad en su sentido moderno puede muy bien completarse el pensamiento de García de Enterría con las proposiciones analíticas que realiza Umberto Cerroni siguiendo la obra de Benjamín Constant.³⁶ El hombre moderno es en esencia un hombre privado, un individuo libre expresamente habilitado para el intercambio de bienes y desgravado por ello de las tareas públicas. La única forma de acortar distancias entre la esfera privada individual y el poder público, es a través de los mecanismos formales del sufragio; pero la elección politiza, desprivatiza al individuo transitoriamente, trocando su esencia de libre agente de su voluntad por la de mandatario social.

El Sistema de libertades sólo se considera redondo cuando existen procedimientos definidos para su garantía, especialmente cauces judiciales. "El Estado de Locke —por ejemplo— se reduce simplemente a

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ *Ibid.*, p. 18.

³⁵ *Ibid.*, p. 19.

³⁶ Cerroni, Umberto, *La libertad de los modernos*, Ed. Martínez Rocca, Esp., 1972, pp. 91 y 55.

esto: Ley y Tribunales por una parte, y la coacción organizada, de otra..."³⁷ Sintéticamente la proposición puede expresarse así: Ley, Tribunales y Orden Público.

García de Enterría señala agudamente el proceso, casi imperceptible, por el que un Estado que se finca en la hipótesis de la división de poderes, parsimoniosamente realiza concesiones y termina por recibir, aunque en forma oculta, rasgos autoritarios del Estado Absoluto. La Administración francesa, tal como se consolida en la época napoleónica, significa un atentado práctico contra el dogma de la voluntad general. A este proceso de continuidad autoritaria corresponde otro de naturaleza estrictamente jurídica. Por momentos el derecho deja de ser *norma agendi*, es decir entronizador de prerrogativas subjetivas, para convertirse en un mandato que organiza técnicamente la restricción de las esferas de acción individual; pasa de ser derecho subjetivo a la compleja naturaleza de un orden competencial de características transpersonales.³⁸

La disidencia legalizada. La recepción de elementos verticales por la vía del fortalecimiento del Ejecutivo, manifiesta ejemplarmente en la obra de Toqueville, sirve a García de Enterría para perfilar los rasgos distintivos del modelo político francés, respecto del paradigma anglosajón. Para nuestro autor el proceso revolucionario incuba una paradoja y una traición del modelo político de los autores liberales. La Administración fortalecida es un motivo de disidencia a la ortodoxia que los revolucionarios representaron en el terreno ideológico. Se trata de una fuerza política superior en potencia incluso a la del Antiguo Régimen; sin embargo, esta Administración desmesurada tuvo que someterse a los dogmas revolucionarios, no para dejar de existir, como la congruencia lo hubiera aconsejado, sino para ordenarse y para racionalizar su existencia. El derecho administrativo es, en este orden, el elemento de contrapeso a la disidencia o, más todavía, el vehículo de tránsito por el que se atenúa la tensión entre modelo político y realidad de ejercicio.³⁹

No se trata, entonces, de una disidencia a contrapelo de las instituciones jurídicas, al contrario, estamos en presencia de una heterodoxia legalizada que incluso mantiene aspiraciones de control sistemático. Así, aunque la ley no sostenga su valor ideológico absoluto, dado que el Ejecutivo puede arbitrarla en el proceso de aplicación, de todos modos

³⁷ García de Enterría, E., *Revolución...*, op. cit., p. 23.

³⁸ *Ibid.*, p. 28.

³⁹ *Ibid.*, p. 33.

resulta un valor práctico y un parámetro de control a partir del cual la Administración emergente puede ser contenida y ponderada.

La "disidencia" operativamente se expresa en la imposibilidad de una revisión inmediata de los actos administrativos por parte del Poder Judicial. Antes de la valoración de los jueces, surge el contencioso administrativo como un espacio especial de autorevisión a partir del cual los excesos contra los administrados pueden rectificarse. La entificación de la Administración y la autonomía que logran sus actos distorsionan la teoría clásica de la división de poderes; prohíben incluso la continuidad de una Constitución —u orden administrativo— que se sobrepone a la Constitución de la República Francesa.⁴⁰ Esta conclusión Enterriana recuerda la división que encuentra Weber entre el orden normativo de la sociedad, como instancia formalmente instaurada y un orden convencional que se recompone de manera no legal, pero con gran efectividad en el tráfico de las relaciones sociales. El orden normativo y el orden convencional no obedecen a la primacía uniforme de uno de ellos; coyunturalmente su relación cambia, e incluso por periodos importantes puede constatarse la prevalencia convencional sobre el orden normativo.⁴¹ Quizá este sea precisamente el caso francés.

La tesis de García de Enterría sobre la disidencia, contrasta por ejemplo con el pensamiento de Loewenstein, que atribuye las desviaciones del autoritarismo francés al gobierno de De Gaulle.⁴² En cambio, André Hauriou reconoce que el parlamentarismo francés ha estado siempre en una condición inestable por la permanente disputa de la hegemonía que el Ejecutivo realiza contra el Parlamento.⁴³

2.2 *El Estado como reunión de funciones y como vocación jurídica*

Como reunión de funciones. Resulta irónico que para afianzar la autonomía de su propio ámbito normativo —el derecho público— el Estado haya tenido que acudir a las vertientes iusprivatistas, de donde se extrajo las tesis de su entificación jurídica. La personalidad jurídica del Estado se erige así —aquí García de Enterría cita a Gerber— en el presupuesto de toda construcción jurídica del derecho público.

⁴⁰ Weber, Max, *Economía y sociedad*, Ed. F.C.E., México, 1981, p. 27.

⁴¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Esp., 1979, p. 117.

⁴² Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ed. Ariel, Esp., 1980, p. 578.

⁴³ García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, op. cit., p. 24.

La personalidad del Estado es en realidad un gran ámbito de naturaleza ideal en cuyo interior se disuelve la sustantividad de los poderes constituidos.⁴⁴ Los Poderes al ser definidos como funciones pierden completamente su carácter concreto. Vale la pena recordar aquí la afirmación clásica de Lowenstein:

La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de "poderes", pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto, de una manera meramente figurativa.⁴⁵

Con el párrafo transcrito puede apoyarse la referencia enterriana a la concepción unitaria de la personalidad del Estado. Sin embargo, esta visión ideal de la unidad sufre mella cuando se la contrasta con la forma histórica en la que se organiza el poder. Aquí es precisamente donde García de Enterría recobra sus proposiciones sobre la experiencia francesa y llama a comparecer a la Administración fortalecida. Hace notar que la Administración —forma en que sustantivamente se plasma la acción ejecutiva— no es solamente la proyección ideal de una función, sino que se trata de una concentración real, estable y permanente de derechos y obligaciones que se ejercitan a partir de agentes concretos, García de Enterría lo expresa así: "bajo la etiqueta formal del poder ejecutivo va a actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de poderes".⁴⁶

La asimetría práctica de la teoría Enterriana puede resumirse así: poder Ejecutivo es a Administración sustantiva como poder Legislativo y Judicial son a funciones abstractas y formales, cuya naturaleza les impide un proceso de personificación análogo al que sustantiva a la Administración.⁴⁷

La Administración deviene el lado concreto del Estado, su vertiente jurídicamente controlable a través del despliegue de las normas admi-

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 55.

⁴⁶ García de Enterría, E., *Revolución...*, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁷ *Loc. cit.*

nistrativas. Este es precisamente el dato moderno que rescata a la Administración disidente de la revolución francesa de una continuidad lineal con respecto a la tradición absolutista. Aquí se concreta el gran valor de la aportación Enterriana, porque el autor no se constrañe a señalar la sobrevivencia histórica del poder vertical, sino que abunda en el restañamiento de las posibilidades jurídicas de control. De este modo, bien puede afirmarse, que si subsisten elementos potencialmente autoritarios en el Estado Moderno, lo específico de este tipo histórico de las relaciones políticas es, precisamente, la posibilidad de control jurídico sobre sus actos que tienen los gobernados a través de diversas vías. García de Enterría no pretende diluir la crudeza que subyace en la afirmación de que el Estado finalmente institucionaliza relaciones de dominación, más bien trata de persuadirnos sobre las posibilidades de racionalizar el dominio a través del sentido político de la técnica jurídica. El mensaje final del autor es cabalmente un desafío que puede expresarse así: no importa qué tan poderoso resulte el Estado, o incluso alguno de sus elementos, lo verdaderamente relevante es qué tan eficientes son los medios de control racional de que se dispone para disciplinar ese poder. Una técnica jurídica poderosa, ejercida como un verdadero valor comunitario, es realmente un factor de control que permite albergar confianza en la vida social contemporánea.

Como vocación jurídica. El Estado es en realidad el marco abstracto que sirve de escenario a un determinado proceso de composición nacional; su desarrollo obedece al surgimiento de las condiciones modernas de producción. El escenario estatal es fundamentalmente territorial pero su condición de existencia jurídica obedece de modo principal a la idea de un ordenamiento jurídico uniforme. Si bien en los albores de la modernidad se operó el cercenamiento del Derecho acotando su existencia exclusivamente en el espacio de la Ley, ahora se reconoce de nueva cuenta que el contenido material del derecho desborda con mucho las manifestaciones positivas de la legislación. En este orden de ideas García de Enterría afirma, apoyado en Santi Romano, que el ordenamiento jurídico procede a la norma. "Hay caracteres del Derecho que deben predicarse del ordenamiento y no analíticamente de las normas... Allí donde hay un ente social organizado hay también Derecho, hay un ordenamiento jurídico en sentido propio".⁴⁸

En el ordenamiento, como andamiage estructural del Derecho, subsisten diversas fuentes; formas de ser de lo jurídico que en algún mo-

⁴⁸ García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, *op. cit.* (t. I), p. 60.

mento han querido sintetizarse en las expresiones legales pero que siempre terminan por reivindicar su autonomía en un ordenamiento jurídico completo.⁴⁹

La función del derecho es de articulación social, lo normativo incide como un elemento de racionalización en la cohesión del conjunto.⁵⁰ En esta perspectiva racionalizadora sirve también a la homogeneidad que el Estado como instancia ideal amerita. Derecho y Estado son ambos niveles de uniformación de lo individual. El Derecho como elemento articulado expresa específicamente la existencia de una técnica uniforme de control que procede de un ordenamiento nacionalmente acotado. El Estado, por su parte, debe garantizar el meollo profundo del derecho, no sólo su exterioridad. Esta es quizás la afirmación más contundente que puede inferirse de las doctrinas Enterrianas, su lado profundo. El Estado de Derecho debe ser un Estado de realización material del mismo, de otra forma se atendería solamente a una cohesión vacía que carece de sentido axiológico para el progreso integral de la sociedad. Esto es lo que hemos llamado la vocación jurídica del Estado. Su desarrollo depende en buena medida de la revaloración que cada sociedad logre de las fuentes productoras de normatividad ajenas a la Ley. Las fuentes alternativas son espacios de control democrático que se abren respecto del poder; instancias de verificación social de las medidas administrativas que, de esta forma, se obligan a orientarse con el sentido que los ciudadanos proponen. La sola Ley es hoy insuficiente para garantizar los procesos democráticos; la misma legalidad debe ser controlada por la interpretación judicial, modulada en su aplicación en atención a los principios materiales que la alientan.

En la obra de García de Enterría hay una obstinada convicción del papel constructivo de la función judicial, al grado que puede reconocerse a la judicatura como la pieza maestra en el engarce óptimo de un Estado genuinamente jurídico. Esta insistencia lleva implícito el reconocimiento de lo que podríamos llamar la crisis de la proclamación absoluta de la Ley. Escuchemos al propio autor: "Hoy es un hecho de elemental evidencia que la norma, frente a la complejidad de las situaciones con que ha de enfrentarse, no es prácticamente nunca cierta y clara, contra lo que dejaba suponer la ingenua creencia en una legalización racionalizada, y definitiva del Derecho, que es una herencia de la filosofía mecanicista del siglo XVIII, trasladada sin más a la

⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 62.

construcción del "Estado Legislador" puesta en marcha por la Revolución francesa.⁵¹

2.3 *Los riesgos de la Administración disidente y los aumentos contemporáneos*

La Administración potenciada que emergió del proceso revolucionario francés y de las conveniencias napoleónicas no ha retrocedido ni un ápice. Los procesos que enmarcan el intervencionismo actual se han conjugado para favorecer mayormente la centralización efectiva del poder. En esta fuerza desmesurada de la Administración se centra la energía del Estado contemporáneo, pero también, de alguna manera, la perversión de su modelo y hasta sus propios límites. La vida democrática no ha podido evitar una crisis palpable de las Asambleas Legislativas; en lugar de que la revisión de la Ley proceda de las instancias judiciales, muchas veces se realiza desde la propia Administración a través de la función reglamentaria. Los reglamentos "comienzan siendo meros desarrollos particularizados de ciertas leyes administrativas, para, bajo la cobertura de la ejecución no ya de leyes singulares, sino de todo el orden jurídico en su conjunto, terminan invadiendo paulatinamente campos mayores, y concluir, ya en nuestro tiempo, desplazando en significación, importancia y, por supuesto, en número, los pronunciamientos solemnes de las asambleas legislativas".⁵² De esta forma la "soberanía" de la Ley sufre mermas innegables, aunque no se pueda aducir a favor del Reglamento la misma trayectoria legitimadora que acompaña a la ley. En muchos casos, las manifestaciones legales quedan en funciones referenciales de corte escenográfico; el verdadero protagonismo normativo lo desarrollan los Reglamentos o los planes a través de las emisiones burocráticas.

No solamente la crisis de la ley, en cuanto implica restricción a procesos democráticamente definidos, afecta la existencia del Estado de Derecho. La propia Administración, en su crecimiento desmesurado, alberga gérmenes de hipertrofia funcional. La Administración desbordada significa la burocratización de las relaciones sociales y el desplazamiento de los controles judiciales de grandes sectores de conflicto dentro de una sociedad.

⁵¹ García de Enterría, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Esp., 1981, pp. 4-5.

⁵² *Ibid.*, p. 6.

García de Enterría afirma, "la burocracia está teóricamente ordenada hacia una posición instrumental y de servicio... y es ya universalmente admitido, como la más grave de sus inevitables 'disfunciones', la tendencia a la apropiación, a convertirse en fin y no en un instrumento de la organización".⁵³

La consecuencia necesaria de la burocratización expansiva es la proliferación —o mejor dicho el resurgimiento— de zonas de inmunidad en el ejercicio del poder. Las inmunidades restauran la historia del Absolutismo; desnaturalizan el esfuerzo racionalizador de las instituciones modernas. En un Estado de Derecho el poder de la técnica jurídica debe orientarse decididamente a combatirlos.⁵⁴

La novedad enterriana sobre el tema de las inmunidades es justamente el tono positivo que norma su confianza en la técnica del Derecho y especialmente del Derecho Administrativo. Nuestro autor no se abate ante los presagios de la incontabilidad del poder; al contrario, arremete contra las zonas oscuras persiguiendo la actualización fáctica del Estado de Derecho por la vía de la técnica jurídica y, particularmente, por la vertiente de los controles judiciales, emitidos en revisión de los actos Administrativos desbordados.⁵⁵ Si algún reducto de romanticismo existe en la sobriedad del pensamiento de García de Enterría, éste debe buscarse precisamente en el optimismo que mantiene en los poderes finalísticos de la técnica jurídica, este es su gran impulso y el *leit motiv* general de su obra.

2.4 El amarre constitucional

El Estado de Derecho contemporáneo existe jurídicamente como Estado Constitucional; es decir, obedece a un rango normativo fundamental de definición jurídica, acotado dentro de una tradición común a los países europeos de occidente. "La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatizarla en abstracciones descarriadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional..."⁵⁶

⁵³ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁴ García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del Poder*, Ed. Civitas, Esp., 1983, p. 13.

⁵⁵ *Loc. cit.*

⁵⁶ García de Enterría, E. y otro, *Curso de...*, *op. cit.* (t. I), p. 93.

La idea constitucional como paradigma político se liga irremisiblemente al principio democrático de la "autodeterminación política comunitaria".⁵⁷ La Constitución entonces, alude a una forma históricamente concreta de organización política; a una fórmula participativa que existe en pleno contraste con las situaciones de carácter dictatorial.

En el constitucionalismo occidental subyace la tradición individualista, que pese a las adecuaciones sociales que los textos han experimentado en el presente siglo, todavía tira hacia una concepción peyorativa del Estado, donde se le mira con recelo y nunca se le deja atribuir una naturaleza de transgresor latente de los derechos civiles.⁵⁸

La Constitución, a pesar del carácter esencial de su naturaleza normativa —o quizás precisamente debido a ella— es en sí, institución en la que enraizan los valores materiales de la sociedad que sustenta; dichos valores, en tanto constitucionalizados, se imponen de una manera vinculante a cualquier ejercicio de los poderes constituidos.⁵⁹ Quede claro que la Constitución no funda un orden valorativo de la nada, al contrario, uno de los presupuestos de su función histórica es precisamente el de positivizar valores comunitarios ya existentes.⁶⁰ Sin que se niegue el carácter programático de la Constitución de una manera rotunda, si puede inferirse que su alcance se refiere más bien a las situaciones existentes que a posibles comportamientos futuros, condicionados por sus efectos normativos. En esto Enterría no se despega de la experiencia constitucional anglosajona, cuyo orden normativo jamás se borda en situaciones insustanciales desde el punto de vista histórico.

En el análisis del carácter normativo de la Constitución deposita García de Enterría la fuerza final que otorga congruencia al Estado de Derecho como realidad jurídica. El valor normativo supremo de la Constitución no sólo lo deriva García de Enterría de algún juicio simple de superioridad formal; la jerarquía de la Constitución data principalmente de la proximidad de este texto con los mecanismos democráticos de su creación. El valor material que otorga la voluntad general a través del Constituyente, dota la Carta de una fuerza sustantiva y la conduce, a nivel de su tratamiento judicial, prácticamente a la aplicación directa, incluso en contra de normas que contravengan sus decisiones fundamentales. La única forma en que puede garantizarse que

⁵⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ García de Enterría, E., *Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 100.

el cierre constitucional del Estado de Derecho funcione es, justamente, el establecimiento de un sistema efectivo de justicia constitucional que cotidianamente valore, a partir de las controversias que reciba, los principios materiales que la Constitución consagra.⁶¹

El carácter exacerbadamente obligatorio de la Constitución como norma es en realidad una especie de supraderecho que sirve de eje y de columna vertebral a todo el andamiaje jurídico disperso en las distintas vertientes de la vida social que se pretenden articular. La Constitución es una suerte de razón vinculante superior, donde se definen las reglas genéticas y de adecuación de lo jurídico en su carácter de orden.

Un tópico ausente en la exterioridad de la discusión Enterriana, pero que se antoja necesario por las alusiones tangenciales del autor, es el de la sobrevivencia formal de los textos constitucionales en las situaciones de prevalencia dictatorial. Analizar la suerte de las desvirtuaciones valorativas de la Constitución debe resultar un ejercicio fértil, porque aunque oscuro, éste es un eslabón imprescindible para explicar la virtud histórica del Estado de Derecho, aunque sea por la vía del contraste.

3. LA INSTITUCIÓN EXPROPIATORIA. LA ETAPA DEL ENTUSIASMO

Analizar el tratamiento que García de Enterría ha procurado a la institución expropiatoria, nos brinda la ocasión de contrastar algunos de los aspectos generales de su propuesta teórica y de observarlos en su despliegue dinámico. La expropiación reúne características suficientes de complejidad y convergencia para operar prácticamente todo el andamiaje teórico del autor. Es, además, un tema al que García de Enterría le ha brindado quizás sus mejores y más frescos esfuerzos monográficos. El autor ha tenido oportunidad lo mismo de plantear sus ideas en un ensayo de juventud⁶² que de revisar y pulir sus resultados en una obra de plena madurez, como es el *Curso de Derecho Administrativo*, del que hasta ahora tenemos los dos primeros volúmenes. Estos argumentos motivan el desarrollo de las reflexiones que se exponen a continuación.

⁶¹ *Ibid.*, p. 56.

⁶² García de Enterría, E., *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Esp., 1956.

3.1 Primeras avanzadas y participación en la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa

La *Ley de Expropiación Forzosa*, vigente en España desde 1954, es el intento más acabado de introducir normativamente las transformaciones que la variación sobre la concepción del derecho de propiedad experimentó en el siglo XX. Se trata, en síntesis, de una de las primeras leyes que acogen la derrota de las formulaciones idealistas que con tanto encono desarrollaron los autores de la Exégesis, a partir de las declaraciones de derechos abstractos —acaso también vacíos— que fueron normales en los planteamientos del iusnaturalismo racionalista. La *Ley de Expropiación Forzosa* reformula completamente el sistema de su predecesores, la ley de 1879, y recoge, con un criterio realista y preponderantemente técnico, las principales aportaciones de la doctrina española y alemana para refundirlas con los principios deducidos de casi un siglo de experiencias expropiatorias en España.

Siendo la Ley de 1954 un gran acontecimiento de la vida jurídica española, García de Enterría tuvo la ocasión de estar presente en su formación, especialmente como participante de la Comisión del Instituto de Estudios Políticos de Madrid, al que le fue encomendada la tarea de formular un Anteproyecto de Ley.⁶³

La participación Enterriana en la composición del Anteproyecto referido incidió en dos aspectos fundamentales de la ley: la determinación de su objeto y la incorporación de la tesis de la responsabilidad patrimonial de la Administración a la regulación de la institución expropiatoria. (Artículo 1º y 121 de la Ley).

A continuación se transcribe el artículo 1º de la Ley de Expropiación Forzosa para una mejor ubicación de los comentarios que habrán de verse:

Artículo primero. Es objeto de la presente ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o *interés social* a que se refiere el artículo treinta y dos del Fuero de los Españoles, en el que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permulta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

⁶³ *Op. cit.* (ver el Prólogo en la reedición de Civitas 1984).

Los subrayados muestran los progresos evidentes que la Ley de Expropiación Forzosa entraña. En su sentido radica la absoluta superación de una visión peyorativa de esta institución. La expropiación aparece como una función necesaria y no como un atentado a uno de los valores ideológicos fundamentales de la sociedad moderna. La Ley logra con un gran acierto reunir dos extremos que hasta entonces se consideraron irreconciliables, a saber: el potenciamiento de la potestad expropiatoria por encima de los cauces estrechos de la noción clásica de utilidad pública y el incremento —por cierto correlativo— de las posibilidades de defensa de los intereses del expropiado.

La noción de interés social proyecta la institución expropiatoria a una dimensión político-constructiva que antes definitivamente no tenía. Permite matizar los fines sociales y destacar situaciones de beneficio grupales que en forma mediata obedecen al interés nacional, pero que en lo inmediato sólo redundan en ventajas concretas para grupos o clases determinadas. Así, la expropiación asume, en cierto modo, un carácter instrumental subordinado a un principio redistributivo que a su vez se alinea en la secuencia que conduce a la realización de la justicia material.

Técnicamente el artículo 1º de la *Ley de Expropiación Forzosa* representa avances significativos y tangibles. En primer lugar, ubica de manera precisa el núcleo de la acción expropiatoria: "forma de privación singular". Esta fórmula obliga a entender que la expropiación significa siempre sacrificio de intereses patrimoniales del afectado; su contundencia evita la dispersión hacia proposiciones eufemísticas como las de "cesión forzosa", "venta obligatoria" u otras igualmente desafortunadas. En segundo lugar, y aquí radica su mayor mérito, magnifica el objeto expropiatorio que hasta entonces se contenía violenta e injustificadamente en el contorno de la propiedad. El sacrificio patrimonial abarca por necesidad situaciones mucho más flexibles y variadas que las que pueden encuadrarse en el tipo normativo que faculta a los propietarios privados. Es más, la propiedad definida al tenor de la Codificación Civil, es ahora sólo una referencia general a partir de la cual se han desarrollado formas normativas de apropiación de características particulares que rectifican su sentido y pluralizan los modos del que antes fuera un espectro jurídico uniforme. Amén de esta situación de evolución social y de dinámica normativa, desde siempre han existido formas patrimoniales distintas al derecho de propiedad, y no me refiero con ello exclusivamente a los otros derechos reales, sino a derechos de naturaleza personal que mantienen

una connotación pecuniaria directa. La potenciación real de la potestad expropiatoria a través de la definición extensa del objeto que se efectúa en la ley es también, obviamente, una mejoría notoria de garantía a los intereses patrimoniales privados. Antes resultaba completamente incierta cualquier pretensión jurídica, surgida por causa de un acto expropiatorio, para quien no fuera formalmente identificado como el propietario. El derecho de la indemnización se acotaba entonces en márgenes estrechos de los que la Ley de 1954 lo vino a liberar con plena razón.

Atrás quedó definitivamente la anacrónica discusión para determinar el tipo de bienes sobre los que la expropiación debía recaer. "En verdad, manifiesta García de Enterría, sólo el carácter paradigmático de la propiedad territorial propio de la época preindustrial y la sensibilidad que el dogma de la propiedad como derecho absoluto imponía para toda 'intromisión' en su círculo exento, han podido justificar la inclusión de institución de tan limitados efectos en la problemática general del derecho de propiedad"⁶⁴ y, por ende, de la expropiación.

El artículo que comentamos permite también "desformalizar" la expropiación al desprender su contenido concreto de la causa formal que lo origina. En esta perspectiva es intrascendente abundar sobre el modo normativo en el que la expropiación se manifiesta (venta, permuta, censo, etcétera), basta con que se actualice la hipótesis del sacrificio de intereses patrimoniales para que el dispositivo procesal opere y el derecho a la indemnización se reconozca.

De los aspectos trascendentes que la *Ley de Expropiación Forzosa* contiene, su definición del objeto es uno de los de mayor presencia contemporánea e integridad técnica, al grado que en el derecho comparado no se avisa otro con las mismas ventajas y resultados. Aunque algunos aspectos de la ley hayan resentido el deterioro que ocasionan el tiempo y las transformaciones sociales, éste no es el caso del artículo primero cuya visión integral conserva intacto —o quizá fortalecido por la experiencia aplicativa— su función normativa.

Es momento de referirse al otro precepto con el que García de Enterría relaciona su participación; para ello ha también de transcribirse en seguida su parte conducente:

Artículo 121. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 62 y 42.

bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo. . .”

Una de las preocupaciones constantes de García de Enterría la constituyó el vacío que en materia de responsabilidad administrativa prevaleció en el ordenamiento jurídico español hasta antes de la expedición de la *Ley de Expropiación Forzosa*, operada en diciembre de 1954. De esta forma en España no se produjeron completos los brocados de Hauriou: “que (el Poder Público) actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”, lo que daba oportunidad de afirmar la eficacia parcial de los controles legales administrativos en España.⁶⁵

En el Prólogo de su obra sobre la Ley de Expropiación Forzosa, García de Enterría nos refiere como se consuma la “gran travesura” jurídica que permite deslizarse “subrepticionalmente”, el Régimen de la Responsabilidad de la Administración, a través del capítulo de la Ley denominado “Otros Daños”, al ordenamiento jurídico español. La gran aportación de la LEF es el de haber fundado un régimen de responsabilidad inexistente; a partir de entonces la idea se ha convertido en una demanda comunitaria insoslayable que finalmente recibió reconocimiento supremo en el texto constitucional de 1978.

El tema de la Responsabilidad patrimonial de la Administración nos muestra nitidamente como la vocación comparatista de Enterría y de los juristas que participaron en la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Expropiación, fructifica en el ordenamiento racional a través de un proceso de recepción, que si en un principio fue realmente accidental, después ha pasado a convertirse en el reconocimiento social de un principio constitucional.

3.2 El Transfondo combativo de la Ley y los contrapesos de una juventud clásica

Cuando García de Enterría publica su obra sobre los *Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, motivado por la familiaridad que había adquirido con el tema a raíz de su protagonismo en la

⁶⁵ *Ibid.*, 27, t. II, p. 321.

redacción del Anteproyecto, su confianza en la institución expropiatoria es desbordante. No ve en ella solamente un mecanismo accidental de ajuste entre el interés público y el privado, como lo experimentaban la mayor parte de los juristas ortodoxos de su tiempo, sino que las convicciones Enterrianas se enraizaron en el pensamiento de quienes reconocieron a la expropiación un verdadero carácter conformador del orden social a través de la gestión pública, o si se permite la expresión, la expropiación tomó aires de auténtica herramienta constitucional del Estado. Para probar esta afirmación he de acudir a las fuentes Enterrianas tal como fueron por él invocadas.

De Teodoro Geiger, asume:

El derecho de propiedad no es dado como un a priori. . . , la ordenación jurídica positiva no *preserva* una relación de propiedad ya existente, sino que la *crea* y le infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo. De ello resulta que es, en el fondo, una insensatez el hablar de intromisiones de la legislación en la propiedad privada (como gustan de hacerlo los liberales). Sin una legislación positiva no existiría ningún derecho de propiedad en que alguien o algo pudieran entrometerse. . . Si no existe un derecho de propiedad natural, lógicamente anterior a la ordenación jurídica positiva, aquel no puede ser preservado ni limitado por el derecho positivo (. . .) cuando el legislador revoca determinadas atribuciones hasta ahora garantizadas no incurre en una “intromisión en el derecho de propiedad”, sino que sustituye simplemente una institución jurídica hasta ahora urgente por otra nueva.⁶⁶

Este extenso párrafo sintetiza en forma cabal el desarrollo de la tesis antiliberal que justificó a la propiedad sólo como un resultado legislativo pero no como un derecho natural preexistente. Aquí, en la obra de Geiger, se testimonia el triunfo de las proposiciones rousseunianas sobre los pertrechos teóricos de Locke.⁶⁷ Se palpa la confianza en un Estado que asume la realización de los valores comunitarios, previa renuncia de sus miembros a sus prerrogativas naturales individuales. Los únicos derechos socialmente posibles resultan ser los derechos civiles; es decir, aquellos que derivan del reconocimiento común plasmado en el pacto societario. Sólo el reconocimiento general a través del orden jurídico es la fuente de producción de genuinos derechos.

⁶⁶ *Ibid.*, 62, pp. 23-24.

⁶⁷ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Esp., Ed. Aguilar, 1980, pp. 22 a 39.

Fuera de este supuesto sólo existen prerrogativas accidentales, cuya inseguridad las conduce de forma inexorable a su disolución.

La propiedad es un producto constitucional y por tanto público; su establecimiento es esencialmente mutable y la expropiación un excelente vehículo de tránsito al servicio del Estado conformador. Nunca debe verse a esta institución con el carácter de un atentado, su verdadera naturaleza es funcional, realmente se trata de un mecanismo de composición donde se procesan diversas vertientes de intereses sociales. ¿De qué otra forma histórica podría existir el derecho de propiedad sino a partir de su encauzamiento por las directrices de la voluntad general, públicamente ejercidas a través de los poderes constituidos? La visión del Estado fundante corresponde a la crisis del modelo ideológico liberal y al desprestigio de la propiedad como un derecho que sirve de continente a una atribución absoluta.

La otra cita toral en el trabajo de García de Enterría corresponde al pensamiento de Forsthoff, veamos:

"La razón del acontecimiento estricto de la institución expropiatoria durante el siglo XIX 'está en la estructura del Estado de Derecho... y su relación con el mundo social de los bienes... Este Estado no tuvo intención de cumplir respecto de la libertad social una función conformadora (...) es un hecho que el Estado de esa época no aspiró a dominar, dándole una estructura propia, el mundo social de los bienes'..."⁶⁸

Analizada la obra de García de Enterría desde la perspectiva mexicana, las transcripciones de la doctrina alemana que fijan el fondo de su reflexión adquieren un sentido todavía más contundente. Entre nosotros es indudable la existencia de un Estado árbitro de las relaciones de propiedad y de las relaciones sociales conformadas a partir de ellas. Tanto sucede así que la Constitución vigente, restaura incluso el sentido patrimonialista que el régimen de propiedad mantuvo en la época colonial, aunque claro, de cara a una organización puntual del "intervencionismo" contemporáneo.

Vale la pena reflexionar sobre las posibilidades históricas inmediatas de la posición juvenil de la obra Enterriana, independientemente de que, en su autor, ésta se haya diluido parcimoniosamente con el curso de los años para llegar a reformularse en proposiciones con mayores matices. En esta línea de ideas las tendencias "reprivatizadoras" que

prevalecen señalan un techo a los despliegues públicos y sobre todo a sus funciones en materia de propiedad. Parece ser el urbanismo el último reducto generalmente admitido para la conformación pública de las relaciones de propiedad; fuera de este ámbito acontece más bien un repliegue de índole general respecto de la función pública.

Siempre las afirmaciones de García de Enterría sobre la dinámica administrativa referente a la propiedad, desde su misma juventud, estuvieron matizadas por una vocación técnica orientada a la protección de los intereses de los gobernados frente a los excesos administrativos. Para García de Enterría el "Estado conformador" nunca abandonaría la sustancia que yergue al Estado de Derecho. Su concepción de un Estado potente se ubica dentro de los parámetros y de los principios que alientan la tradición constitucional de Occidente. Simplemente para ejemplificar lo anterior, conviene tener presente un pasaje de su obra en el que, al referirse a la potenciación de la facultad expropiatoria derivada del objeto de la Ley, señala que la inclusión de la fórmula de los intereses legítimos como receptáculo de la afectación "está pensada más en función de la garantía negativa del expropiado, y concretamente para consagrar su derecho a indemnización, que para habilitar positivamente la posibilidad de que tales intereses sean sacrificados".⁶⁹ La misma intención equilibradora se descubre cuando García de Enterría atribuye al principio de la garantía patrimonial del expropiado el carácter de fundamento unitario de toda la Ley.⁷⁰ Igualmente sus acertos reiterados en favor de garantizar a los particulares por la Responsabilidad civil de la Administración se inscriben en esta línea. En García de Enterría se perfila siempre una vocación natural al equilibrio; en la sobriedad de su pensamiento cualquier impulso radical es sometido por esta disciplina rigurosa de su ánimo; ello le confiere también una disposición muy favorable para el trabajo técnico donde indiscutiblemente ha logrado resultados constructivos.

3.3 El "Cuadro técnico" de la institución expropiatoria

La naturaleza institucional de la expropiación deviene de la idea central organizadora de sus elementos, en este caso vinculada particularmente con su causa. La razón expropiatoria parte de la idea clásica de la utilidad pública y hoy se extiende hasta la dimensión del interés social.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 163 y ss.

⁶⁸ *Ibid.*, 62, pp. 42-43.

“Todo régimen de expropiación forzosa —refiere Enterría— y por tanto el nuevo sistema legal, puede ordenarse alrededor de dos principios esenciales: por una parte, habilita en un modo formal una potestad expropiatoria de la Administración; por otro lado, al definir esta potestad —según ya se ha notado— uno de los límites finales de la propiedad, garantiza consecutivamente los contenidos positivos que reconoce a la misma en relación con la actividad del Estado”.⁷¹

Los dos principios estructurales de la expropiación se articulan en una unidad dialéctica común, forman “haz y envés” de la misma institución. De esta forma, podemos afirmar que la expropiación admite como centro institucional a dos principios cuyo equilibrio sustenta la idea organizadora de sus elementos; por lo tanto, el núcleo rector de la expropiación es dinámico y tenso.

Creo que debe advertirse desde ahora que precisamente el gran mérito de la Ley, el de haber superado tanto las posibilidades expropiatorias como los mecanismos de defensa del expropiado, engendra también su mayor riesgo. Dos principios tan simétricos están expuestos a la mutua neutralización. Aunque García de Enterría nunca atribuye algunas ineficacias de la Ley a esta razón, creo que su valoración no debe quedar ausente.

Al comparar la potestad expropiatoria con el derecho subjetivo, a efecto de caracterizar la primera, García de Enterría la identifica como un poder abstracto y genérico; no surge de ninguna relación jurídica concreta, sino que se alza sobre ellas y las conserva o incluso las modifica.⁷² La facultad de expropiar responde al tipo de una potestad innovativa que reconvierte situaciones patrimoniales.⁷³ La habilitación genérica proviene siempre de una atribución normativa constitucional que se proyecta como un acto vertical sobre los administrados. El núcleo de la expropiación se ofrece como una fórmula categórica: “privación imperativa” que equivale precisamente a capacidad de ejercicio vertical.

El ejercicio de la potestad expropiatoria, por más que es potente, se encuentra racionalmente limitado. El coto mayor radica en el hecho de que la potestad en sí recae genéricamente sobre el legislativo y no sobre la Administración. La declaratoria procede por la vía legal. De todos modos la *lex specialis* conserva un nivel tal de generalidad que requiere de concretización final a través de un acto ejecutivo; éste lo atribuye

⁷¹ *Ibid.*, p. 37.

⁷² *Ibid.*, p. 45.

⁷³ *Loc. cit.*

la Ley al Consejo de Ministros.⁷⁴ El esquema de la Ley admite numerosas excepciones a la regla genérica de atribución de la declaratoria al legislativo. En materia de obras públicas “se exceptúan de formalidad de la declaración de utilidad pública... (por considerarse implícita) toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución... estuviera designada en leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos dictadas o que se dicten en lo sucesivo”. (Esta cita literalmente tomada de la obra de Enterría.)⁷⁵ En la obra monográfica que comentamos no existen mayores previsiones para recomendar el control de las excepciones; pero apoyándonos en otros sectores del pensamiento Enterriano, manifestamos que esta zona de inmunidad relativa sólo puede restringirse a través de la aplicación de la técnica de los principios generales de Derecho, aplicada por la vía judicial en casos de controversia.

Trasladando la reflexión al otro eje expropiatorio, es decir, al de la garantía patrimonial de los administrados, es menester partir de la demarcación que García de Enterría realiza del asunto: “toda regulación de la expropiación forzosa —sentencia— es una regulación que aparece consecuencias sustanciales en el orden de la garantía de los particulares”.⁷⁶ La consustancialidad de la garantía procede del reconocimiento jurídico de la propiedad y otras prerrogativas patrimoniales como valores garantizados por la normatividad. La causa de utilidad pública o de interés social no niegan las titularidades o habilitaciones sobre los derechos afectados, más bien los transforman en pretensiones indemnizatorias. La modernidad de la institución expropiatoria data de la superioridad axiológica que ésta ostenta respecto de la confiscación. La afectación privada y el sacrificio individual son legítimos cuando la Ley así lo valora, pero el principio rector obliga a la restauración de la situación por vía compensatoria; se trata entonces de un sacrificio legítimo del interés particular en beneficio general, siempre y cuando el demérito resulte compensado.⁷⁷

Otro segmento de la garantía patrimonial lo conforma la retrocesión por incumplimiento en el destino que determinó *la causa expropriandi*. Este es un derecho de reconocimiento prácticamente universal que se perfila como una expectativa que el afectado conserva y que puede

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 81-82.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

hacer valer cuando la reacción sobre un bien o derecho, o incluso la acción desviada, desvirtúan el sentido de la razón expropiatoria.

No basta con el reconocimiento abstracto de la consustancialidad de la indemnización, es necesario que el interés del afectado se proteja además con una garantía procedimental adecuada y precisa. La Ley prevé al efecto un procedimiento conciliatorio de composición con amplia participación del afectado. Para el caso de que el Acuerdo conciliatorio resulte inalcanzable por persistir la inconformidad de alguna de las partes, el asunto lo resuelve un *Jurado de Expropiación*, integrado colegiadamente para el efecto de justipreciar la indemnización.⁷⁸

Resumiendo, el cuadro técnico de la expropiación se integra de la siguiente manera. La institución expropiatoria, unidad de sentido jurídico, obedece a una doble determinación de principios que se combinan para formar su idea organizadora: la potestad expropiatoria y la garantía patrimonial de los administrados. Estos principios, dialécticamente vinculados, se conforman por el reconocimiento jurídico de los intereses patrimoniales legítimos y por la idea de su sacrificio por causa de utilidad pública o interés social. Su determinación final sucede a partir del cruce de su sentido ideal con la experiencia acumulada en la resolución de casos anteriores. El engarce de todos estos elementos conduce al reconocimiento social de los intereses patrimoniales legítimos y a una afectación controlada jurídicamente de los mismos en casos de necesidad expresamente valorados.

4. LA INSTITUCIÓN EXPROPIATORIA. INICIO DEL DESENCANTO

Después de que García de Enterría perfila el marco técnico inicial para el análisis de la *Ley de expropiación forzosa* en 1956, continúa pendiente de su desarrollo aplicativo por más de dos décadas y cuando aparece el segundo volumen del *Curso de Derecho Administrativo* en 1978, en su primera edición, el tratamiento de la institución expropiatoria adviene integralmente enriquecido y en un tono crítico que confiere a sus planteamientos de madurez una profundidad mayor. La postura metodológica se conserva pero la experiencia se incorpora como contraste sin ninguna concesión ni miramiento. De este proceso vamos a continuación a efectuar una reseña sintética.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 250-254.

4.1 *Infunciones de la Ley*

Al evaluar dos décadas de vigencia de la *Ley de expropiación forzosa*, García de Enterría la sigue considerando una pieza técnica muy apreciable pero admite que sus "merecimientos no le han impedido haber sufrido ella misma una profunda erosión durante el no muy largo plazo de su vigencia. Hoy puede decirse, con rigurosa frialdad, que la Ley de 1954 *está en crisis* y que el sistema positivo de regulación de la expropiación forzosa debe ser renovado en puntos sustanciales..."⁷⁹ Uno de los datos que con más evidencia exigen la adecuación es precisamente la promulgación de la Constitución de 1978, que a pesar de no variar sustancialmente los principios del Fuero de los Españoles en esta materia, su proyección finalística sí obedece a una orientación distinta.

Uno de los problemas más serios generados a partir de la vigencia de la *Ley de Expropiación Forzosa* lo constituye la generalización del uso de un procedimiento que en el ordenamiento se había diseñado como excepcional. En el artículo 17, parágrafo 2, se autoriza que "cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción detallada (de los bienes), la necesidad de ocupación se *entenderá implícita* en la aprobación del proyecto..." Esto acarrea una rectificación de fondo del sistema de la Ley para ejercer la potestad expropiatoria; lesiona concretamente las posibilidades de defensa del afectado a quien el procedimiento normal le asegura un control de las condiciones de legalidad del acto y de la vinculación directa entre los bienes a ocuparse y la causa de utilidad pública que han de satisfacer. El vicio de proyección general de la excepción lo entraña la propia Ley porque en su artículo 52 hace extensivo el tema de la declaración implícita a todos los supuestos de ocupación urgente.⁸⁰

García de Enterría es muy contundente en la proposición para solucionar este problema y se inclina por "un retorno a las sanas soluciones clásicas (sino al sistema judicial de expropiación) que solemnizan y no trivializan la expropiación..."⁸¹

En la misma línea de lo que acontece con las declaraciones implícitas de las necesidades de ocupación, también la proliferación del ejercicio expropiatorio por la vía de la denominada "expropiación urgente" se ha vuelto cada vez más habitual. Lo que en un principio se legisló como

⁷⁹ García de Enterría, E. y otro, *Curso de...* op. cit., t. II, p. 194.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 236.

⁸¹ *Ibid.*, p. 237.

habilitaciones especialísimas para responder a casos de necesidad, ahora se practica con una normalidad que compromete todo el sentido de la regulación de la expropiación.⁸² El cauce de expropiación urgente definitivamente disminuye las instancias procesales que para el interés del afectado pueden resultar eficazmente defensivas; lo mismo, compromete el carácter del previo pago indemnizatorio que normalmente se considera una verdadera condición para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Sobre el asunto de las "expropiaciones urgentes" García de Enterría demanda soluciones inmediatas de carácter correctivo. "La expropiación forzosa no es, en efecto, ni puede ser razonablemente, una técnica de imponer una financiación forzosa a las obras públicas".⁸³ Es necesario eliminar la vía del simple decreto para hacer marchar los actos expropiatorios, afianzar la función judicial y sujetar temporalmente la eficacia del acto; estas son las medidas que García de Enterría recomienda para apuntalar el sistema legal expropiatorio y evitar su perversión.⁸⁴

Parte del desencanto enterriano sobre la institución expropiatoria procede precisamente de la tendencia irregular que las expropiaciones han acusado, no solamente en España sino en el mundo entero. La potenciación de los actos de la Administración casi siempre ocurre de una manera furtiva a través de los procedimientos excepcionales o de urgencia previstos en las leyes. Incluso puede afirmarse que en cuanto más se sostiene el carácter "constructivo" de las expropiaciones, mayores son las posibilidades de acción inmune por parte de la Administración en estos actos. Aquí, sin embargo, no pueden dejarse de ponderar las distintas coyunturas políticas nacionales. En algunos casos las emergencias constructivas han favorecido la laxitud de los procedimientos expropiatorios; esto es más frecuente en los países en vías de desarrollo como México, donde el Estado suple muchas debilidades orgánicas de la sociedad civil. En los países desarrollados el amarre técnico de la expropiación tiene como contrapartida otras vías eficaces de la acción pública.

Entre las fallas secundarias que la *Ley de Expropiación Forzosa* ha vuelto manifiestas, puede mencionarse la insuficiencia de los criterios de valoración (artículo 38 y ss.) que no cubren con especificidad los tipos de bienes y derechos susceptibles de expropiarse. Aunada a esta

⁸² *Ibid.*, pp. 260-262.

⁸³ *Ibid.*, p. 264.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 278-279.

deficiencia podrían mencionarse algunos de carácter procesal pero de importancia secundaria. Estos señalamientos no deben demeritar, no obstante, la imagen de la que sin duda es una de las mejores leyes a nivel internacional.

4.2 *El tiempo y las profundizaciones temáticas*

Entre los temas reformulados con mayor riqueza en el *Curso de Derecho Administrativo*, destacan los que en seguida reseñamos brevemente.

En relación con la naturaleza de la potestad expropiatoria y de carácter primordialmente legislativo que ésta tiene en España, García de Enterría esclarece el carácter de condición que la declaratoria del legislador tiene para permitir la participación administrativa en la expropiaciones; pero al mismo tiempo confirmadas situaciones que naturalmente corresponden a la Administración y además de forma irremplazable: el acto de efectividad final —o sea la fase propiamente de realización— y el pago de la indemnización. A modo de corolario, García de Enterría expresa: "En forma positiva podemos, pues, decir: en cuanto la expropiación ha de ultimarse en hechos efectivos, inexcusablemente ha de ser realizada por la Administración".⁸⁵

Otro asunto resuelto con mucha fineza por García de Enterría es el de la explicación que da al sacrificio del derecho por el acto expropiatorio. En todo caso se trata de un sacrificio controlado a partir de un mecanismo compensatorio que permite sustituir el bien por un equivalente dinerario y distribuir socialmente la responsabilidad por el perjuicio que causa la afectación, a través del sistema fiscal.⁸⁶ Nadie ha expuesto con tanta claridad la forma en que el grupo social asume la responsabilidad del daño; generalmente el pago de la indemnización se refiere exclusivamente como responsabilidad administrativa.

En otro orden de ideas, son también muy esclarecedoras las reflexiones enterrianas sobre el núcleo de la actividad expropiatoria. La "privación" imperativa es desenvuelta en todas sus facetas y perseguida incluso por las formas en que otras leyes administrativas previenen su realización.⁸⁷ Particularmente el autor destaca como la privación no produce necesariamente la adquisición por parte de la Administración u otro beneficiario eventual. Puede suscitarse también la destrucción, o

⁸⁵ *Ibid.*, p. 200.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 202.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 217.

la cesación del ejercicio de un derecho, el uso o aprovechamiento forzoso, la excavación u otros modos análogos de suspensión de facultades subjetivas sobre los bienes o derechos. Con gran paciencia y rigor, Enterría exhibe los casos con sus referencias legales y de paso, nos demuestra un dominio impecable de las concepciones de las prerrogativas patrimoniales.

Respecto a los asuntos procesales destaca el sentido con el que los aborda. Por un lado, esclarece sus vicisitudes técnicas, pero por otro, no cesa en propugnar por la realización de una justicia concreta en la materia expropiatoria. Esgrime la idea de identificar con precisión al procedimiento como un derecho subjetivo sustancial del afectado.⁸⁸

La revisión del pago indemnizatorio es, sin duda, otro de los apogeos de la obra enterriana. En los aspectos generales no se conforma con manejar este derecho exclusivamente como garantía patrimonial; también lo inserta en el planteamiento técnico del procedimiento y lo considera una condición de ejercicio. La indemnización deviene requisito de legitimidad y de identidad de la institución expropiatoria.⁸⁹ La técnica de Enterría en el tema indemnizatorio se dirige a vencer cada obstáculo que vuelve incierto el pago, insuficiente o diferido. El énfasis sobre las técnicas de valoración es también notable.

4.3 Esbozo de la desilusión

García de Enterría deja de confiar en el papel constructivo de la institución expropiatoria que, en la obra de juventud, precedía sus reflexiones como una guía permanente. No parece abandonar la confianza en su Estado fuerte, aunque claro, controlado. Sin embargo, a dicho Estado ya no le atribuye como fundamental el recurso de la expropiación. "Hoy se es consciente —dice— de que, sin necesidad de onerosos trasposos de propiedad y sin sus visibles inconvenientes, no resulta difícil asegurar al Estado una dirección efectiva de la economía o de cualquiera de sus sectores".⁹⁰ Al criticar no el sentido sino las inconveniencias de las nacionalizaciones, García de Enterría está reconociendo la declinación definitiva de la expropiación en este último cuarto de siglo.

Aunque la institución que ha servido de eje analítico para la vertebración de este trabajo, deponga su sentido creador o constituyen-

⁸⁸ *Ibid.*, p. 248.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 252.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 257.

te, ello no implica que la propiedad en su conjunto haya perdido por completo su carácter referencial en esta sociedad. Cuando García de Enterría confina en sus críticas la expropiación a un control mayor, casi inhabilitante, es porque ha pensado ya en un elemento dinámico de reemplazo y, para ello, examina las nuevas técnicas de "intervención sobre la libertad de la actuación privada". Al analizarlas vuelve precisamente sobre la huella de la propiedad y pide crédito Gierke para utilizar su esquema teórico al respecto. El jurista alemán distingue en su análisis de la propiedad, los actos delimitadores definitivos del contenido del derecho y los actos de comprensión. A estos últimos preferimos entenderlos más que como actos limitativos, como posibilidades de definición del sentido del ejercicio del derecho en cuestión.⁹¹ Extrapolado el esquema de Gierke a otros sectores como el empresarial, el minero o el financiero, ayuda a plantear la lógica de la que podríamos denominar "intervención pública directiva". El modelo tiene como eje técnico el mecanismo de la remisión legal. A partir de un marco normativo general la Administración expresamente habilitada, efectúa el proceso de ajuste y encauzamiento del derecho. Quizás el área donde mejor se ha aclimatado este procedimiento es el Urbanismo. La Ley del Suelo remite al Plan Urbano, a partir de cuya aplicación e interpretación la Administración reformula el derecho de propiedad, redefiniendo el sentido de su ejercicio.⁹²

Contra la abrupta irrupción de las operaciones expropiatorias, la omnipresencia suave del sentido del Plan. A partir de este corolario la sociedad parece haberse superado en cuanto a los mecanismos de autoconstrucción que históricamente ha puesto en práctica. Así, lo que fue cenit técnico en los años cincuentas, aparece ahora como acto demasiado tosco, cada vez más relegado a los niveles de la sanción brutal, frente a mecanismos de carácter sutil que se ofrecen como modos eficientes de racionalización del comportamiento social. La obra enterriana no traiciona a su época con vínculos afectivos o con inmovilismos, al contrario, persigue el sentido de las transformaciones contemporáneas con la intención inquebrantable de someterlas a controles jurídicos, sólo así podrá sobreponerse la idea final del Estado de Derecho a los ajustes que la historia lo somete.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 132 y ss.

⁹² *Ibid.*, p. 140.

BREVE ANALISIS DE LA LEY SIMPSON-RODINO

Victor Carlos GARCÍA MORENO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contenido de la Ley.* III. *Breves comentarios críticos.* IV. *Posición mexicana y alternativas.*

I. INTRODUCCIÓN

1. El día 6 de noviembre de 1986 fue promulgada la comúnmente conocida como Ley Simpson-Rodino, que en realidad es una reforma a la Ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952.* Dicha ley tiene su fundamento en la XIV enmienda, sección primera, de la Constitución de los Estados Unidos. La Ley de 1952 sustituyó a la ley de la materia de 1940.

2. Desde que la Ley de 1952 fue emitida se ha presentado una serie de intentos fallidos para reformarla, siendo uno de los últimos precisamente el proyecto Simpson-Mazzoli, que fue introducido para su discusión en marzo de 1982.

3. La filosofía que se trasluce de la Ley Simpson-Rodino es recuperar el control de las fronteras, según se lee en su exposición de motivos.

4. Las reformas involucran modificaciones a siete títulos de la Ley: I. Control de la inmigración legal; II. "Legalización"; III. Reformas a la inmigración legal; IV. Informes al Congreso; V. Asistencia a las entidades federativas por los costos del encarcelamiento de extranjeros ilegales y ciertos cubanos; VI. Comisión para el estudio de la inmigración internacional y cooperación para el desarrollo económico; y, VII. Competencia federal para las deportaciones y exclusiones de extranjeros convictos de delitos.

5. Como se ve, las reformas son muy complejas y prolijas, por lo que solamente haremos el análisis de las partes más relevantes y que tengan, de alguna manera, trascendencia para los trabajadores indocumentados mexicanos en los Estados Unidos.

* En inglés: *Immigration Reform and Control Act of 1986.*

II. CONTENIDO DE LA LEY

6. Como se asentaba antes, el título primero se refiere al control de la inmigración ilegal, mismo que se desagrega en tres apartados: empleo, vigorización de las medidas de control y verificación del estatus migratorio.

7. En verdad no existen métodos estadísticos, cien por ciento confiables, para calcular, aunque sea de una manera aproximada, cuántos extranjeros indocumentados se encuentran viviendo y laborando en los Estados Unidos, menos aún para saber cuántos de ellos son de nacionalidad mexicana. Se calcula que existen entre 800 mil y dos millones de indocumentados mexicanos en los Estados Unidos, dependiendo, entre otras cosas, de la época del año, los cuales constituirían un 55% de los seis millones de extranjeros indocumentados. Repetimos, estos cálculos son meramente empíricos, sin ninguna base científica, ya que el gobierno de Estados Unidos manipula siempre las estadísticas, con fines de carácter político.

8. El primer título, control de la inmigración ilegal, contiene sanciones para las personas que contraten los servicios de extranjeros que no tengan su documentación migratoria en orden; medidas para el reforzamiento de las actividades del SIN (Servicio de Inmigración y Naturalización) pero muy especialmente de la Patrulla (Border Patrol), así como rígidas penalizaciones a quienes introduzcan o transporten ilegales hacia los Estados Unidos.

9. En efecto, se declara ilegal la contratación de personas que carezcan de documentos migratorios. Cabe aclarar que *en los términos de la Ley de 1952 era ilegal trabajar en los Estados Unidos sin documentos migratorios, pero no se tipificaba como delito el emplear a dicho extranjero*. Se vuelve, pues, ilícita su contratación. De acuerdo a los autores de esta ley, la única forma de acabar con este fenómeno era castigar al empleador, conjuntamente con el empleado. Sin embargo, la misma ley contiene términos tan ambiguos como "el que a sabiendas contrate...", "buena fe", etc., mismos que en un momento dado pueden amortiguar una eficacia plena del ordenamiento migratorio.

La Ley Simpson-Rodino expresamente señala que toda persona que pretenda emplear a un extranjero deberá comprobar que éste posee la documentación necesaria que le permita laborar en los Estados Unidos. Dicha comprobación se hará mediante la exhibición del pasaporte de los Estados Unidos, del certificado de la ciudadanía de

dicho país, del certificado de naturalización, del pasaporte extranjero con autorización de empleo o de la llamada tarjeta verde. De no contarse con alguno de los anteriores documentos se puede presentar una credencial del Seguro Social, o un carnet de identificación que tenga una fotografía, como una licencia de conducir. Se propone que el Titular del Ejecutivo de los Estados Unidos implemente un sistema que asegure la determinación de la ilegibilidad del empleo.

Para el caso de violación de lo expuesto en el párrafo que antecede, se establecen multas que van desde 250 dólares hasta 10 mil dólares, incluyendo prisión por no más de 6 meses, o multa y prisión. Sin embargo, se establece un periodo de 6 meses a partir de la entrada en vigor de la Ley para la divulgación de las sanciones anteriores.

También se castiga severamente a quien contrate los servicios de un extranjero, en el extranjero, para que preste servicios en la agricultura estacional de los Estados Unidos.

Los empleadores deben guardar sus archivos y exhibirlos a las autoridades competentes cuantas veces sean requeridos para constatar la legal estancia de sus trabajadores. Sin embargo, si lo anterior implica altos costos para los patrones se establecen mecanismos para su derogación, al igual que si implican prácticas discriminatorias en relación al empleo. Cabe aclarar que no constituye una práctica discriminatoria si el empleador prefiere a un nacional más que a un residente, en igualdad de circunstancias. Por nuestra parte consideramos que al respecto la última palabra la tienen las cortes judiciales.

Se establece un Consejo Especial a fin de analizar cualquier cargo de discriminación en relación a prácticas ilegales de empleo con motivo de la situación migratoria.

Asimismo, se establecen sanciones durísimas a todas aquellas personas que crucen o ayuden a cruzar la frontera a los trabajadores indocumentados.

Se prevén sanciones severas a los que falsifiquen o ayuden a falsificar documentos que faciliten la entrada de extranjeros a los Estados Unidos.

En una sección especial, se prevén fondos suficientes a fin de reforzar el SIN, especialmente a la Patrulla Fronteriza. La ley considera lo anterior como un punto esencial en el propósito de recobrar el control de la frontera. Una serie de organizaciones chicanas y de derechos humanos de los Estados Unidos han considerado lo anterior como una franca militarización de la frontera, pues jamás se le habían asignado tantos recursos a una agencia gubernamental en tiempos de paz, como

los asignados al SIN y a la patrulla fronteriza: 422 millones de dólares para 1987 y 419 millones para 1988, es decir, 50% más con respecto a 1986. Además, todo lo que se recaude por los servicios migratorios se destinará al mismo fin.

Una de las secciones más relevantes de la ley lo constituye lo relativo a la transportación de trabajadores indocumentados con destino hacia los Estados Unidos. En efecto, aquella persona que, a sabiendas que un extranjero es indocumentado, lo introduzca o intente introducirlo a los Estados Unidos, lo transporte o pretenda transportarlo, o lo induzca será multado o encarcelado hasta por cinco años, o con ambas penas.

Se instituye un Fondo de Emergencia para Inmigración para reforzar a la patrulla de la frontera y otros gastos de contingencia.

10. Sin duda alguna, uno de los títulos más relevantes de la ley lo es el segundo, que se refiere a la "legalización", es decir, lo relativo a la regularización migratoria de los indocumentados.

Empieza el título disponiendo que el Procurador General podrá otorgar su "legalización" a todo aquel extranjero indocumentado que se encuentre residiendo en Estados Unidos *en forma ininterrumpida antes del 1o. de enero de 1982*. La residencia temporal se puede cambiar por la residencia definitiva, después de 18 meses si el interesado puede comprobar mínimos conocimientos de inglés, de historia y de gobierno de los Estados Unidos.

Este mecanismo es el mismo propuesto en intentos de reforma legislativa anteriores, tales como los de Eastland-Rodino y Simpson-Mazzoli entre otros, solamente cambiando la fecha.

Adicionalmente, se exigen otros requisitos tales como que no exista ningún obstáculo para ser admitido en los Estados Unidos y que no existan antecedentes penales. Rompen con la continuidad las deportaciones y la firma de una orden de salida voluntaria.

La solicitud para este "ajuste", como lo llama la Ley, debe ser formulada dentro del año posterior a la entrada en vigor de la misma.

Como decíamos antes, la exigencia de la permanencia continua, ininterrumpida, es el requisito que seguramente derrumbará las esperanzas de muchos mexicanos indocumentados en virtud de que está plenamente documentado que una gran parte de ellos son trabajadores *temporales*. Ya lo asentábamos en otro ensayo: "De los diversos estudios de varios tratadistas sobre el tema, se desprende el carácter temporal en la estancia de los trabajadores indocumentados, puesto que desde hace tiempo atrás, se ha evidenciado que lo que pretende

el mexicano que emigra es obtener un ingreso y después regresar a su lugar de origen, en donde, la mayoría de las veces, ha dejado a su familia. Esto convierte a la migración mexicana en un fenómeno muy peculiar dado que se ha visto que la tendencia en las migraciones internacionales es precisamente la contraria, es decir, su matiz es la permanencia. La estancia del mexicano varía según sea la actividad a la que se dedique. Así, por ejemplo, la permanencia de un indocumentado que se dedica a faenas agrícolas va de dos a seis meses, pero su promedio es de cuatro a cinco meses, coincidiendo su estancia con el ciclo agrícola respectivo, especialmente con el periodo de la cosecha. En lo que se refiere a actividades distintas a la agricultura puede decirse que el cálculo de su permanencia es más aleatorio, aunque, en términos generales, puede afirmarse que una mayoría sustancial reportó una estancia de dos a seis meses, como promedio...". aunque "es un mito que el trabajador indocumentado vaya única y exclusivamente a las labores agrícolas; en estos momentos se pueden ver mexicanos laborando en la industria, el transporte, en el sector servicios (hoteles, restaurantes, etc.)", por lo que, "retomando la temporalidad que caracteriza al migrante mexicano, podemos concluir que en dicha peculiaridad estriba el verdadero meollo del problema para una posible solución, aunque sea parcial. Es decir, se debe partir del hecho que el trabajador mexicano más que un *ilegal*, más que un *indocumentado*, es un *trabajador temporal*", especificidad que la Ley Simpson-Rodino simplemente ignora. De ahí que hubiera sido más razonable la celebración de "un acuerdo bilateral México-estadounidense en el cual se pacten visas de entrada y estancia temporal para los trabajadores mexicanos, con plena libertad para el trabajador para contratar sus servicios con el empleador que le conceda las mejores ventajas", aunque no ignoramos las críticas a este tipo de mecanismos, ya que como ejemplo se menciona el "Programa Bracero", mismo que, se dice, mostró su "ineficacia dadas las sistemáticas violaciones a los acuerdos internacionales por parte de las autoridades norteamericanas y a la impotencia de los funcionarios, incluidos los cónsules, mexicanos para fiscalizar el cumplimiento de los tratados, lo cual derivó en una permanente explotación de los trabajadores mexicanos."¹

¹ García Moreno, Víctor Carlos. "Los trabajadores indocumentados mexicanos en los Estados Unidos; enfoque jurídico-internacional". En: García Moreno, Víctor Carlos (comp.). *Análisis de algunos problemas fronterizos y bilaterales entre México y los Estados Unidos*. México, UNAM, 1982, pp. 108-109.

Continuando con la legalización, la Ley que se comenta establece que se considerará cada solicitud por separado, es decir caso por caso, por lo que se desdeña al núcleo familiar como tal, al menos los hijos sujetos a la patria potestad, lo cual traerá como consecuencia la disgregación familiar, pues es muy factible la hipótesis en que algunos miembros demuestren su residencia legal en el país antes del 1o. de enero de 1982, pero que otros no la puedan comprobar.

Ciertos organismos, entre otros, la Iglesia Católica y asociaciones de derechos humanos y civiles, ya han señalado la crueldad de esta disposición.

Las personas que alcancen la legalización no podrán recibir, en los cinco años posteriores a su regularización, ninguna asistencia pública prescrita por las leyes federales, como seguro social, exceptuando asistencia médica de emergencia, ayuda a ancianos, invidentes o incapacitados. Lo anterior constituye franca y abiertamente una violación tanto a las leyes internas de los Estados Unidos como a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, pues establece una ominosa discriminación hacia un sector de la población, con base en su situación migratoria.

Dentro del discurso político norteamericano se insiste que los indocumentados mexicanos constiuyen una carga social para el sistema norteamericano y para los contribuyentes, argumento que tiene más de político, en el mejor de los casos, y de racista, en el peor, pues está plenamente documentado que nuestros indocumentados pagan al fisco y al seguro social cinco o seis veces más de lo que obtendrían a través de las diversas prestaciones sociales, ya que rara vez acuden a los sistemas de seguridad social por su prima de desempleo, precisamente por su carácter clandestino y al consecuente temor de ser aprehendidos y deportados. Y todavía como colofón la ley los estigmatiza por cinco años.

Cabe mencionar que de acuerdo a la nueva ley los indocumentados, sus familias y sus niños no tendrán derecho a instrucción pública, alimentos o desayunos escolares, becas, servicios asistenciales, etc.

Los cubanos y haitianos tienen un tratamiento preferencial para fines de su legalización.

Las siguientes personas están descalificadas para solicitar su "legalización": los convictos de algún delito grave o de tres o más delitos o faltas menores; los procesados o sentenciados en relación a narcotráfico; los que han cometido delitos contra otras personas por motivos de raza, origen nacional, religión, opinión política y otros; aquellos

que impliquen un riesgo para la seguridad nacional, tales como los comunistas o aquellos que sean o pudieran convertirse en una carga pública.

11. El título tres se refiere a las reformas a la inmigración legal, y comienza refiriéndose a los trabajadores del campo y estableciendo el Programa 'H-2A'.

En efecto, cuando en los Estados Unidos no existan trabajadores en número suficiente, que estén o quieran trabajar y sean aptos, y que estén disponibles cuando se les requiera, siempre y cuando no afecte negativamente en el nivel de salarios y en las condiciones generales de trabajo, se podrá solicitar la internación de trabajadores extranjeros para labores agrícolas, a discreción del Secretario de Trabajo. Se puede hacer la contratación a través de asociaciones de productores o individualmente cada productor.

En esta sección se establece una Comisión Consultiva para que establezca un mecanismo de consulta con el gobierno de México y pueda asesorar al Procurador General. Ya decíamos que México debe rechazar entrar en contacto con la antedicha Comisión, pues sería tanto como legitimar una política, una ley, un mecanismo unilateral con el cual no puede estarse de acuerdo. Dicho mecanismo se debió haber establecido antes de la expedición de la ley y no a posteriori.

Los trabajadores agrícolas que hayan entrado legalmente a los Estados Unidos podrán optar por su residencia definitiva, a partir de mayo de 1987, y durante un periodo de 18 meses, si han residido permanentemente en los Estados Unidos y han laborado en la agricultura durante 90 días, durante un periodo de 12 meses, hasta un límite de 350 mil trabajadores. Ciertas asociaciones no lucrativas, como iglesias, asociaciones de derechos humanos, etc., canalizarán las solicitudes de estos campesinos.

Se establece que toda la información será confidencial y severas sanciones para los que presenten documentos falsos.

Sin embargo, aún quedan muchos aspectos por esclarecer. En efecto, las autoridades fiscales consideran que una solicitud de legalización estará completa, siempre que se anexe a la misma una comprobación de que se está al corriente en el pago de impuestos, cuando menos los últimos tres años, argumento que basan en ciertas reformas a las leyes fiscales de 1986. Sin embargo, las autoridades migratorias consideran que la Ley Simpson-Rodino no menciona dicho requisito y que no darán ninguna notificación, ni información al fisco en virtud de tratarse de datos confidenciales.

Así como lo anterior, existen muchos aspectos que es necesario aclarar, incluso antes de iniciar la recepción de solicitudes, en mayo de 1987. Hace falta, pues, una buena reglamentación de lo anterior o que las distintas agencias gubernamentales se pongan de acuerdo sobre ciertos puntos. De otra manera, los que van a sufrir son los propios indocumentados, quienes verán obstaculizada su pretendida legalización, por la enorme maraña de criterios burocráticos, algunos hasta contradictorios.

Asimismo se les niega por un periodo de cinco años posteriores a su nueva calidad migratoria los beneficios del seguro social. Se establecen los mecanismos para calcular las cuotas de trabajadores agrícolas hasta 1993. Se instituye una Comisión sobre Trabajadores Agrícolas.

Se da un trato especial a los funcionarios y empleados, así como a sus familias, de organismos internacionales, a los padres e hijos de ciertos migrantes, etc.

12. El título IV de la ley en marras, se refiere a los informes periódicos que se tienen que rendir al Congreso de los Estados Unidos, destacando el trienal que le envía el titular del Ejecutivo.

Precisamente la sección 406 establece que en un periodo no mayor de tres meses de la emisión de la Ley el Presidente de los Estados Unidos debe consultar con el Ejecutivo mexicano acerca del impacto del ordenamiento sobre la economía mexicana y su debida implementación para que se proceda a gestionar las reformas legislativas y administrativas pertinentes.

13. El título V de la ley se refiere a la forma de reembolsar a las entidades federativas los gastos originados por la detención y encarcelamiento de extranjeros indocumentados y cubanos "marielitos".

14. Como se asentaba antes, el título VI de la Ley Simpson-Rodino se refiere al establecimiento de la Comisión para el Estudio de la Migración Internacional y la Cooperación para el Desarrollo Económico para que, en consultas con el gobierno mexicano y otros gobiernos, se examinen las condiciones para evitar el flujo de indocumentados hacia los Estados Unidos.²

15. Es competencia federal todo lo relativo a deportaciones y expulsiones de extranjeros ilegales, según lo dispone el título VII de la ley que se viene comentando.

² Vid. *supra*, apartado 11.

III. BREVES COMENTARIOS CRÍTICOS

16. De acuerdo con un informe de 1982, sobre el entonces proyecto Simpson-Mazzoli, pero que en lo sustancial coincide con la Ley Simpson-Rodino, que aquí se analiza, "lo importante no es el número de mexicanos sin documentos que pudieran legalizar su situación en aquel país sino sus condiciones de vida aun dentro de la ley". En realidad lo que se "propone es establecer una categoría inferior para los trabajadores mexicanos inmigrantes que disminuye sus derechos laborales." En efecto, tendrán "que pagar impuestos y cuotas a la seguridad social pero no estarán incluidas entre sus beneficiarios". Uno de los derechos que queda legalmente cancelado es la defensa de sus intereses en las cortes, defensa que hoy es gratuita. "Los mexicanos quedan en total estado de indefensión frente a los abusos de empresarios y autoridades". En suma, lo que propone la ley es "la disponibilidad de mano de obra con derechos humanos y laborales disminuidos. Es cierto que esto es lo que ocurre en la práctica, sin embargo, no es lo mismo una situación *de facto* que una consagrada en la legislación".

Agrega el informe que esta ley partió de dos supuestos: "el inmigrante indocumentado desplaza al trabajador norteamericano constituyéndose en causa importante del desempleo, y representa un alto costo al sistema por la utilización que hace de servicios asistenciales. Ambos supuestos son falsos, como ha sido ya demostrado por los especialistas mexicanos e incluso norteamericanos."³

Continúa el informe de 1982: "Además, el fenómeno migratorio no es un asunto policiaco ni de soberanía nacional, y por esto no se resuelve con violencia o mediante un mayor control de la frontera. Una patrulla fronteriza más poderosa aumentaría el maltrato hacia un mayor número de mexicanos detenidos y deportados pero no puede, en ningún caso, evitar la afluencia de trabajadores provenientes de México. Los legisladores norteamericanos ignoran el mecanismo último del fenómeno: la ley de la oferta y la demanda en el mercado de la fuerza del trabajo.

Obviamente, si no hubiera oferta de empleos en Estados Unidos, los indocumentados mexicanos no irían a trabajar allí. La economía estadounidense, particularmente en la región suroeste necesita de la fuerza de trabajo mexicana y de acuerdo con la predicción de algunos expertos, esta demanda se incrementará al paso de los años. Según

³ Vid. *supra*, apartado 10.

el propio Departamento de Agricultura de Estados Unidos, en la actualidad el 80% de un millón doscientos mil trabajadores del campo son mexicanos y cultivan cerca de 40 millones de hectáreas. También se calcula que un 40% de los indocumentados de nuestro país se emplea en el sector agrícola y el resto principalmente en la industria ligera, los servicios y el trabajo doméstico. Por lo que la ley, agravará los conflictos existentes pues "habrá nuevos y legales motivos para violar los derechos de los indocumentados mexicanos y para llevar a cabo redadas y deportaciones aún más violentas".

Lo que sucede es que actualmente la economía de los Estados Unidos atraviesa por una crisis y su efecto más perverso es el desempleo por lo que no es extraño que el indocumentado, de repente, aparezca como chivo expiatorio de males ajenos. "Existe una estrecha relación histórica entre los problemas económicos de aquel país y los intentos por controlar la inmigración de mexicanos sin documentos."

También es obvio que la economía mexicana atraviesa por la crisis más severa en media centuria, por lo que es perfectamente previsible que más mexicanos intentarán cruzar la frontera, con o sin Ley Simpson-Rodino, con o sin militarización de la frontera, pero también es lógico que una mayor cantidad de ellos será deportada. "Los empresarios jamás pierden. Y el sistema norteamericano es hábil para disponer solamente el número de trabajadores que necesita; al resto, sencillamente lo deporta." Remata el multicitado informe: "Con o sin ley, los indocumentados mexicanos sufrirán discriminación y verán deterioradas sus condiciones de vida en Estados Unidos. Constituyen el sector más débil y desprotegido, el más indefenso, atrapado por la inflación y devaluación del peso en México, por un lado, y en una estructura que los designa arbitrariamente como responsables del desempleo en Estados Unidos, por el otro. Los tiempos por venir no se anuncian como los más felices para ellos."⁴

IV. POSICIÓN MEXICANA Y ALTERNATIVAS

17. En este apartado examinaremos cuál ha sido la actitud del gobierno mexicano específicamente ante la emisión de la Ley Simpson-Rodino. Es decir, no vamos a hacer una larga relación de los diversos

⁴ Informe; relaciones México-Estados Unidos. "Evolución del Proyecto Simpson-Mazzoli." Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, A. C. Vol. 1, núm. 3, julio-diciembre de 1982, México, D. F., pp. 209-214.

pronunciamientos de los órganos gubernamentales ante el problema de los indocumentados, en voz del Presidente, de la Cancillería o en las reuniones interparlamentarias.

Es cierto que las autoridades y legisladores mexicanos han manifestado su desacuerdo con la Ley Simpson-Rodino. Sin embargo, la posición de México ha sido demasiado tibia, incoherente, sin que obedezca a lineamientos de una política definida de antemano sobre la cuestión.

Es muy difícil para cualquier mexicano no creer que la expedición de la Ley Simpson-Rodino no obedezca a todo un esquema de represalias por la política que México ha asumido frente al conflicto centroamericano, particularmente en el caso de Nicaragua. Baste mencionar que 1986 fue el año, indudablemente, más crítico en las relaciones México-estadounidenses, en el último medio siglo de vida bilateral. Precisamente el mismo día que se firmó la ley, 6 de noviembre de 1986, se aprobó un decreto que establece un impuesto especial al crudo mexicano que se importe a los Estados Unidos.

18. Las acciones que el gobierno mexicano podría emprender estarían en cualquiera de las tres vertientes siguientes:

- a) acciones que el gobierno mexicano puede realizar en los E.U.;
- b) acciones que se pueden llevar a cabo en el territorio mexicano, y,
- c) denuncias que se pueden plantear ante los diversos foros internacionales.

19. Dentro de las acciones que el gobierno y la sociedad mexicanos pueden llevar a cabo en los Estados Unidos están, entre otras, las siguientes:

- i) El gobierno debe presentar una protesta enérgica ante el gobierno norteamericano haciéndole saber que incurre en una franca violación de los derechos humanos y laborales de los mexicanos, es decir, que se están violando normas de jus cogens internacional.
- ii) Para México la expedición de dicha ley debe ser considerada como un acto inamistoso pues cuando más necesita la comprensión de su vecino, Estados Unidos, por la grave crisis por la que atraviesa, es cuando la emite, con el consiguiente riesgo

de que si se dan las deportaciones masivas, la crisis mexicana tenderá, indefectiblemente, a agravarse aún más.

- iii) México debe solicitar la derogación de la Ley Simpson-Rodino por enervar aún más las tensas relaciones entre ambos países.
- iv) Independientemente de lo anterior, México debe reforzar su cuerpo consular acreditado en los estados del sur de los Estados Unidos, a fin de prestar una asesoría más eficaz a todos aquellos mexicanos que vayan a ser afectados por la Ley Simpson-Rodino.
- v) Inclusive es dable pensar en la celebración de un tratado bilateral en el cual se contenga la cuota anual de trabajadores, las condiciones de trabajo y la manera de verificar el cabal cumplimiento del mismo, especialmente de los trabajadores agrícolas, es decir, bilaterizar los actuales programas H2 y H2A.
- vi) México se debe negar a formar parte de la Convención para el Estudio de las Migraciones Internacionales y la Cooperación para el Desarrollo Económico, establecida en el título VI de la ley, por las razones que se exponen antes, a no ser que dicha Comisión tenga facultades para derogar y modificar preceptos de la Ley Simpson-Rodino.

20. En el plano interno, el gobierno y la sociedad mexicanos deben establecer una serie de medidas, que constituyan toda una política coherente sobre la materia.

En el probable caso de las deportaciones masivas, a corto o mediano plazo, el gobierno mexicano debe planear su reubicación y brindarles empleo a los repatriados, al límite máximo de sus capacidades, a fin de evitar disfuncionalidades sociales.

Para tal efecto se debe abrir polos de desarrollo, otros centros de población, inaugurar parques industriales, realizar inversiones públicas masivas, precisamente en aquellos lugares que acusen un mayor índice de expulsión o en aquellos que se considere que van a ser lugares de recepción.

21. Siempre hemos considerado que la Ley Simpson-Rodino viola una masa impresionante de normas de Derecho Internacional por lo que México debe acudir a los foros internacionales a denunciar dicha violación normativa. Concretamente, se violan la Declaración de Derechos Humanos, de 1948; los dos Pactos de Derechos Humanos, de 1966, y la Declaración Americana de Derechos Humanos, instrumentos que aunque Estados Unidos no haya firmado, al menos algunos de

ellos, constituyen normas imperativas de carácter universal, es decir, normas de "jus cogens".

De las diversas resoluciones del ECOSOC que se violan están, entre otras, la 1749, 3224 (XXXIX), 3449, 2975 y 1989. Además, se violan innumerables convenios y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); entre los convenios los marcados con los números 66, 97 y 143; entre las recomendaciones están la 1, 2, 62 y 151, entre otras.

22. Sin embargo, todo lo anterior resultaría "nugatorio si México no realiza auténticos esfuerzos para resolver las fallas estructurales que motivan la expulsión de nuestros compatriotas, tales como el injusto reparto del ingreso, la simulación agraria, el desempleo, el caciquismo, el excesivo endeudamiento interno y externo, el cuasi mono partidismo, etc., que son los factores que en realidad provocan el enorme éxodo que convierte a nuestros compatriotas en seres explotados y "humillados en un país que no los desea, aunque los necesita". Ya hemos afirmado, en otra ocasión, que "México no debe estar confiado a la buena voluntad de los Estados Unidos, sino buscar sus propias alternativas, haciendo sacrificios internos con el objeto de realizar reformas estructurales a un sistema que ha probado plenamente su ineficacia".⁵

23. Calendarización de la Ley Simpson-Rodino:

6 de noviembre de 1986. Promulgación de la Ley denominada "Immigration Reform and Control Act", comúnmente conocida como Ley Simpson-Rodino.

10. de mayo de 1987. Fecha límite en que el Procurador General de los Estados Unidos deberá presentar un informe al Congreso de los avances sobre la posibilidad de utilizar una red telefónica a través de la cual los patrones deben verificar que un presunto empleado tiene autorización para laborar en los Estados Unidos.

4 de mayo de 1987. Se inicia el plazo para recibir solicitudes para su legalización para todos aquellos que han residido en los Estados Unidos desde el primero de enero de 1982.

10. de junio de 1987. Se vence la fecha para que el Procurador de los Estados Unidos emita reglamentación sobre sanciones a patrones. Asimismo para que emita los reglamentos del programa H2A relativo a los trabajadores agrícolas no inmigrantes. Se inicia la vigencia del programa H2A. Asimismo empieza a contar el plazo para aquellos indocumentados que trabajaron por lo menos 90 días en la agricultura

⁵ García Moreno, *op. cit.*, p. 116.

entre mayo de 1985 y mayo de 1986 y que presenten solicitud de regularización migratoria.

1o. de junio de 1987 al 30 de mayo de 1988. Periodo durante el cual la primera violación por contratación de indocumentados por un patrón no se sanciona, sino que amerita una amonestación del SIN. Sin embargo, la reincidencia sí da lugar a sanciones.

6 de noviembre de 1987. Para estas fechas el Contralor General debe haber presentado su primer informe sobre si la aplicación de sanciones a los empleadores provoca discriminación en relación al empleo. Asimismo, el mismo Contralor debe haber informado al Congreso sobre la posibilidad de diseñar una credencial especial del seguro social contra falsificaciones. Para esta fecha el Procurador General debe presentar su informe definitivo al Congreso de los Estados Unidos sobre la posibilidad de utilizar un sistema telefónico para comprobar si los candidatos a un empleo están autorizados para trabajar en los Estados Unidos. Para esta fecha el Presidente debe haber presentado un informe al Congreso sobre la efectividad de las sanciones a empleadores y otros aspectos relacionados con la inmigración de indocumentados.

3 de mayo de 1988. Concluye el término para que los indocumentados que residieron en los Estados Unidos desde antes del 1o. de enero de 1982 presenten su solicitud de regularización.

1o. de junio de 1988. A partir de aquí se aplicarán las sanciones a los empleadores de indocumentados.

1o. de junio de 1988 al 30 de noviembre de 1990. Los trabajadores agrícolas regularizados pasan a ser inmigrantes.

6 de noviembre de 1988. El Contralor General debe entregar el segundo informe sobre los efectos de las sanciones a los patrones en relación a prácticas discriminatorias en el empleo. El Secretario de Salud de los Estados Unidos debe informar al Congreso sobre las posibilidades y costos de un sistema para verificar la validez de los números de cuenta del seguro social de aquellos que se presenten a solicitar un empleo en los Estados Unidos. Asimismo es la fecha límite para que el Presidente presente su segundo informe al Congreso sobre la aplicación de sanciones a empleadores y otros aspectos concernientes a la inmigración de indocumentados. En esta misma fecha tiene que entregar el Presidente al Congreso el primer informe sobre la admisión de trabajadores bajo el Programa H2A; sobre este particular el Presidente deberá seguir informando al Legislativo cada bienio. Los cuba-

nos marielitos" y haitianos deben presentar sus solicitudes de legalización, fecha que empezó a correr desde el 6 de noviembre de 1986.

30 de noviembre de 1988. Concluye el periodo para que los trabajadores agrícolas indocumentados presenten sus solicitudes de regularización migratoria.

1o. de diciembre de 1988. Se inicia el término para que los indocumentados legalizados que ingresaron a los Estados Unidos antes de 1982, presenten sus solicitudes para obtener el estatus de inmigrantes.

1o. de enero de 1989. Fecha límite para que el Presidente presente a su Congreso un informe general sobre inmigración. Posteriormente, el Presidente deberá producir un informe trienal sobre este tópico.

4 de noviembre de 1989. Para estas fechas el Presidente tiene que haber presentado un informe al Congreso sobre el proceso de la legalización de los indocumentados.

6 de noviembre de 1989. El último informe del Presidente de los Estados Unidos al Congreso sobre la eficacia de las sanciones a empleadores de indocumentados y otros aspectos relacionados con la inmigración. El Contralor General entrega su último informe sobre los efectos que puedan tener las penalizaciones a los patrones todo en relación a prácticas discriminatorias en el empleo.

1o. de diciembre de 1989. Concluye el plazo para que los indocumentados "legalizados" que ingresaron a los Estados Unidos antes de 1982 soliciten su estatus de inmigrante. En caso de no hacerlo, se les depositará.

1o. de enero de 1990. Fecha límite para que la Comisión Especial sobre Trabajadores Agrícolas rinda su informe sobre las reformas al Programa H2A.

4 de febrero de 1990. La Comisión de Estudio de la Migración Internacional y Cooperación para el Desarrollo Económico debe presentar un informe al Congreso de los Estados Unidos.

1o. de octubre de 1990. Para estas alturas los Secretarios de Agricultura y de Trabajo deberán determinar si existe necesidad de admitir o no a trabajadores agrícolas adicionales.

1o. de octubre de 1990 al 30 de septiembre de 1994. Si los Secretarios de Agricultura y de Trabajo así lo deciden, en este periodo se autorizará la admisión de trabajadores agrícolas adicionales.

1o. de octubre de 1991. Los Secretarios de Trabajo y de Agricultura deberán rendir su segundo informe sobre la necesidad de autorizar o no trabajadores agrícolas adicionales.

4 de noviembre de 1991. El Congreso debe recibir el informe de la Comisión Especial sobre Trabajadores Agrícolas.

1o. de octubre de 1992. Tercer informe sobre la necesidad de autorizar o no trabajadores agrícolas adicionales.

4 de noviembre de 1992. Último informe del Presidente al Congreso sobre la legalización de indocumentados.

1o. de octubre de 1993. Fecha límite para el último informe sobre la necesidad de admitir o no trabajadores agrícolas adicionales.

1o. de octubre de 1993 en adelante. Los trabajadores agrícolas adicionales admitidos entre 1990 y 1994, pasarán a ser inmigrantes, si han laborado un mínimo de 90 días cada año, durante tres años.

Presupuesto

1987: 422 millones de dólares.

1988: 419 millones de dólares, para el Servicio de Inmigración y Naturalización.⁶

⁶ Estos calendarios y datos fueron recopilados con base en la información de: *Excelsior*, 24 de abril de 1987, México, D. F., pp. 12 y 14 de la sección A.

LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL SEGURO EN MÉXICO

José GÓMEZ GORDOA

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *El contrato de seguro.* III. *El seguro de vida y sus características modernas.*

I. PRÓLOGO

La institución jurídica del seguro, ha tenido en México un desenvolvimiento de relativo volumen, hasta quizás en los últimos años, en los cuales se ha despertado una conciencia propicia al aseguramiento de personas y bienes.

El fundamento del seguro, desde el punto de vista de su motivación estriba definitivamente, en el interés económico que pueda despertar.

Cuidar económicamente, de personas y sus causahabientes, así como de sus propiedades, es lo que justifica la adquisición del seguro.

El tratadista español Fernando Sánchez Calero, expresa que "según una definición ampliamente admitida, la esencia del seguro consiste en la cobertura recíproca de una necesidad fortuita y valorable en dinero, por parte de personas sometidas a riesgos del mismo género".

Dicho concepto definitorio se divide entonces en la existencia de una necesidad económica, futura e incierta.

Dicha necesidad, cuantificable en dinero, tendrá como contrapartida un satisfactor, que cubra esa eventualidad de riesgo, de donde surge propiamente el seguro, como la cobertura, frente a esa necesidad económica.

Ahora bien, para que el seguro pueda ser el satisfactor del riesgo, en la forma más económica posible, ha resultado indispensable que un conjunto de personas, sujetas a esa eventualidad, en circunstancias semejantes, contribuyan, mediante una aportación económica, que sustenta el caudal necesario para cubrir el riesgo de cualquiera o de todas ellas.

Es así como los cálculos matemáticos, que los actuarios, como técnicos en la materia, llevan a cabo, establecen las bases que contemplan

Las necesidades a cubrir, de acuerdo con el mundo de asegurados, la cuantificación de los riesgos y su incidencia, más o menos aproximada.

Será así necesario, en este complejo conjunto de elementos, medir las necesidades a cubrir, en función del monto del riesgo y el número de siniestros previstos, obtenidos o calculados, fundamentalmente por la experiencia.

Los elementos principales del seguro serán:

1. *El interés asegurable*, el cual se cuantifica al establecerse la relación entre asegurador y asegurado.

Como ejemplo pudiéramos establecer las cifras en que una persona estima que puede valer su vida productiva, ya sea total o parcial, en función de la capacidad de pago, de la prima o cuota de seguro correspondiente.

También sirve de ejemplo el valor de reposición, en cualquier tiempo de la vida del seguro, de un bien material determinado.

2. *El riesgo*, como la posibilidad de que ocurra el siniestro, más o menos previsto y contra el cual se toma el seguro.

La cuantificación del riesgo, como acto o suceso más o menos previsible es quizás el elemento económico más relevante en el negocio del seguro, pues de ello depende el monto de la prima a cubrir y la reposición económica del interés asegurado.

3. *Los sujetos o partes*, que intervienen en el seguro, son también determinantes por cuanto deben asumir obligaciones concurrentes, el asegurador, que se compromete a cubrir el riesgo asumido, y el asegurado, a pagar el costo correspondiente, en el concepto de que el contrato ha de ser conmutativo, o sea que debe haber equidad en sus respectivos derechos y obligaciones.

Clasificaciones del seguro:

El seguro como institución jurídica de protección, se clasifica en: a) seguro de personas y b) seguro de bienes.

Pudiera decirse, en el mismo orden de ideas, que la clasificación pudiera ser: A) seguro de vida y B) seguro de daños.

Existen en nuestro Derecho, los que se denominan "seguros sociales", que tienen una reglamentación especial, al margen de las leyes mercantiles fundamentales.

A. *Los seguros de personas se clasifican en:*

1. *Seguros de vida*, en los que el riesgo consiste precisamente en la muerte de la persona asegurada.

Los índices de mortalidad son fundamentales a este respecto, tomando en cuenta la edad, el estado físico de la persona asegurada, su actividad, el medio físico, climático y ambiental en que actúa y demás elementos constitutivos del riesgo.

2. *Seguro de retiro*. También es asegurable, respecto de la persona, su retiro de las actividades productivas, por el transcurso de determinado tiempo o por incapacidad sobrevinida por enfermedad o cualquier otro impedimento físico.

El seguro de retiro podríamos ubicarlo entre los seguros sociales, toda vez que se otorga especialmente a empleados públicos que han cumplido muchos años de servicio público y al dejar el empleo, por razones de edad tienen así una suma de dinero, que pueden invertir en vida en algún negocio o en una cuenta de inversión que les produzca una renta fija.

3. *Seguro de accidentes y enfermedades*. A este respecto existen diversas modalidades, muchas de ellas establecidas por disposiciones legales.

En efecto, en los medios de transporte terrestre, marítimo o aéreo, suele disponerse que las empresas que dan el servicio aseguren a sus usuarios en caso de muerte en el trayecto o por las lesiones o pérdidas de órganos o miembros que sufran.

En los últimos años, dado el alto costo de los servicios médicos, hospitales, operaciones, etc., se ha incrementado el número de seguros de gastos médicos mayores.

B. *El seguro de daños o de bienes se clasifica según el bien asegurable en:*

1. *Daños causados por:* Incendio o explosión.

2. *Daños causados por:* Terremoto, erupción, inundación, ciclón, maremoto, hundimiento, alud, etc., todos ellos provenientes de fenómenos de la naturaleza.

3. *Seguro de automóviles:* Quizás por su enorme número, este seguro ha proliferado de manera inusitada y su complejidad ha provocado serios conflictos en muchas partes del mundo y recientemente en nuestro país, abriéndose la posibilidad de establecerse su obligatoriedad, por sus efectos frente a terceros, configurándose así el seguro legal de tipo social.

4. *Seguro de responsabilidad civil y riesgo profesional*, que se configura como consecuencia de los daños que se ocasionan a terceros, cuando se utilizan instrumentos que contengan una posibilidad de daño a esos extraños.

5. *Agrícola*, que puede comprender el seguro agrícola y ganadero y

6. *Seguro de crédito*, para garantizar, como su nombre lo indica, el pago de los créditos contratados.

II. EL CONTRATO DE SEGURO

La Ley sobre el contrato de seguro en México lo define en su art. 1o., cuando expresa que: "Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato."

Solamente las Instituciones y las Mutualidades de Seguros, podrán practicar la actividad aseguradora, atento lo dispuesto por el art. 3o. de la Ley General de Instituciones de Seguros, cuando expresamente declara que: "I. Se prohíbe a toda persona física o moral distinta de las señaladas en el art. 1o. de esta Ley, la práctica de cualquiera operación activa de seguros en territorios mexicanos."

La *mexicanización del seguro* es una de las características más significativas en nuestro sistema jurídico, toda vez que se prohíbe en la frac. II del mismo art. 3o. citado contratar con empresas de seguros extranjeras, cuando dice:

"Se prohíbe contratar con empresas extranjeras:

1) Seguros de personas cuando el asegurado se encuentre en la República al celebrarse el contrato;

2) Seguros sobre bienes que se transporten en territorio mexicano a territorio extranjero, o viceversa, cuando los riesgos queden a cargo de personas domiciliadas en el país. Las instituciones de crédito no otorgarán créditos comerciales cuando se hubiere pactado el seguro en contravención a lo dispuesto en este inciso;

3) Seguros de cascos de nave o aeronaves y de cualquier clase de vehículos, contra riesgos propios del ramo marítimo y de transportes, siempre que dichas naves, aeronaves o vehículos sean de matrícula mexicana o propiedad de personas domiciliadas en la República;

4) Seguros de crédito cuando el asegurado esté sujeto a la legislación mexicana;

5) Seguros contra responsabilidad civil, derivada de eventos que puedan ocurrir en la República, y

6) Seguros de los demás ramos de daños, contra riesgos que puedan ocurrir en territorio mexicano.

Las Instituciones de Seguros deberán obtener la concesión federal correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y se regirán por la mencionada Ley General de Instituciones de Seguros, excepto el Seguro Marítimo, que se regirá por las disposiciones relativas del Código de Comercio y por la Ley de Instituciones de Seguros en lo compatible y los seguros sociales quedarán sujetos a las leyes y reglamentos sobre la materia. (Arts. 3 y 4 de la LGIS.)

El contrato de seguro es bilateral, oneroso, conmutativo y formal.

Deberá hacerse constar por escrito y la empresa aseguradora está obligada a entregar al asegurado una póliza en la que consten los derechos y obligaciones de las partes, a saber: I. Los nombres, domicilios de los contratantes y firma de la empresa aseguradora; II. La designación de la cosa o de la persona asegurada; III. La naturaleza de los riesgos garantizados; IV. El momento a partir del cual se garantiza el riesgo y la duración de esta garantía; V. El monto de la garantía; VI. La cuota o prima del seguro; VII. Las demás cláusulas que deban figurar en la póliza, de acuerdo con las disposiciones legales, así como las convenidas lícitamente por los contratantes.

De suma importancia es la determinación del momento en que el seguro empieza a producir sus efectos o sea, el momento en que nace la responsabilidad de la aseguradora, toda vez que el siniestro puede producirse en cualquier momento.

A estos efectos, el contrato de seguro se perfecciona desde el instante en que el proponente, que puede serlo la propia Institución a través de sus órganos representativos o sus agentes comisionistas autorizados, tuviere conocimientos de la aceptación de la oferta.

Obtenida la aceptación y perfeccionado así el contrato, el asegurado está cubierto del riesgo previsto.

Como contrapartida en favor de la Institución Aseguradora, el asegurado debe abonarle el importe de la prima o precio del seguro, en el domicilio de aquella, salvo pacto en contrario. Art. 31 de la LG. del C. del Seg.

Por otra parte, el riesgo deberá existir después de la celebración del contrato; en otras palabras, la materia de la convención, que es el riesgo, deberá permanecer después del perfeccionamiento del contrato. De lo contrario el contrato será nulo.

Igualmente el contrato dejará de tener efectos si al celebrarse el contrato el siniestro se hubiese ya realizado.

III. EL SEGURO DE VIDA Y SUS CARACTERÍSTICAS MODERNAS

Tratándose de un contrato oneroso, en el que las partes, como en todo acto mercantil buscan obtener el beneficio económico, la empresa aseguradora recibe como prestación las "primas", con las cuales constituye las "Reservas", que son las sumas de dinero que, como su nombre lo indica, respaldan o sustentan las obligaciones de las aseguradoras para cubrir los siniestros, sus gastos operativos y los rendimientos del capital de las mismas.

El régimen de inversión de las Reservas, por las compañías de seguros, debe ser objeto de la regulación más severa, pues de ello depende el éxito de su operación en general.

Una empresa, cuyo objeto social es cubrir los riesgos en que puedan incurrir las personas y sus bienes, debe ser ejemplar y cristalina en sus operaciones y especialmente en el manejo de sus reservas y poder así crear confianza en sus asegurados, de que al ocurrir el siniestro previsto, el seguro restañará la herida económica.

En materia de seguros de vida, de manera muy especial, se ha contemplado en los últimos lustros un fenómeno económico, generador de desconfianza y de crisis en esta materia.

En efecto, por mucho tiempo, antes de que apareciera el fenómeno de la "inflación", cualquier persona física tomaba un seguro de vida, de acuerdo con su nivel económico, sus necesidades y sus posibilidades económicas, cubriendo la prima correspondiente y cuando ocurría el fallecimiento, sus deudos o beneficiarios cobrarán el importe del seguro, sustituyéndose con él, el ingreso que en vida aportaba el asegurado.

Pero en el momento en que aparece en el mundo el "fenómeno inflacionario", consistente en el deterioro del poder adquisitivo del dinero, el asegurado que cubre sus "primas" con un poder adquisitivo determinado, al cabo del tiempo se va a encontrar, o sus beneficiarios, que el dinero que reciben al ocurrir el fallecimiento es muy inferior en poder adquisitivo que el que se pagó en primas.

A mayor abundamiento, los beneficiarios que normalmente recibirán el importe de la suma asegurada, ésta tendrá una capacidad de compra muy inferior a la estimada al adquirirse el seguro, como consecuencia de la devaluación de la moneda, resultado de la inflación.

En estas lamentables condiciones, surgió en diversos países, amenazados con este fenómeno, la respuesta o antídoto correspondiente y así en los Estados Unidos apareció el "vida universal" (Universal Life), que no es otro que un *seguro de vida contra la inflación*.

Dicho seguro antiinflacionario consiste en que una parte de las Reservas Técnicas de la Compañía de Seguros respalda la operación propia del seguro de vida o sea la *protección*, y la otra parte se invierte en valores de renta fija, que por el fenómeno inflacionario han subido sus tasas de interés a la estratosfera.

De esta suerte, el seguro de vida tiene dos vertientes: la primera en la que la suma asegurada fija, estimada por el asegurado, queda garantizada por la póliza y la segunda, el incremento que se obtiene, en favor del asegurado y/o de sus beneficiarios, por la acumulación a la suma asegurada de los rendimientos, tan elevados, que se van obteniendo de la inversión de parte de las reservas en valores de renta fija (Cetes, Petrobonos, aceptaciones bancarias, pagarés, etcétera).

La consecuencia inmediata de esta trascendental modificación del seguro de vida, consiste en que, si por un lado, por la inflación la suma asegurada que reciben los beneficiarios del asegurado, ha perdido valor o poder adquisitivo, por el otro lado, se recibirán muchos más pesos, producto de las altísimas tasas de interés a las que la compañía de seguros impuso parte de las reservas del asegurado.

El seguro "vida universal" no tuvo en los Estados Unidos el éxito previsto, toda vez que se trata de un país casi sin inflación (dos o tres por ciento anual). En cambio en México en que la tasa inflacionaria ha rebasado el cien por ciento, este seguro capitalizable, denominado "Provida" y practicado ya genéricamente en todo el mundo del seguro mexicano, ha tenido un éxito definitivo, al recibirse por los beneficiarios un volumen tal de pesos mexicanos que compensan el deterioro de nuestra unidad monetaria.

Sin embargo, con motivo de la implantación del Pacto de Solidaridad Económica, como un plan antiinflacionario, cabe preguntarse si a corto o mediano plazo, lograremos abatir la inflación.

Por otra parte, en nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro, en el Título Tercero, intitulado "Disposiciones especiales del contrato de seguro sobre las personas", se amplían los riesgos a cubrir, en relación a la persona humana, tanto en su existencia, su integridad personal, salud o vigor vital (Art. 151 de la L. del C. del Seg.).

Pero es más, en el Art. 152 de la misma Ley, el seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte

de los riesgos de que trata el Título sobre disposiciones especiales del seguro de personas.

Igualmente pueden adicionarse al seguro de vida, prestaciones independientes en absoluto, de la muerte misma.

Por ejemplo, puede pactarse en este seguro, que el que asegura su vida por una determinada suma, puede, conforme se van constituyendo o engrosando sus reservas, invertidas por la compañía, hacer uso de ellas, durante su existencia, obteniendo préstamos a cargo de dichas reservas para propias inversiones, gastos escolares de sus hijos, vacaciones, enfermedades o contingencias de cualquier índole.

Estas posibilidades en los seguros de vida modernos, que les dan gran flexibilidad, permiten también, a criterio del asegurado, disminuir o aumentar sus sumas aseguradas, de acuerdo a su conveniencia, creándose así en el seguro de vida un instrumento de protección de la existencia y un instrumento de ahorro, del que se puede disponer en el momento deseado.

NOTAS EN TORNO A LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE BANCOS EN MÉXICO

José Juan GONZÁLEZ MÁRQUEZ

SUMARIO: *Introducción. I. Etapa del laissez faire. II. Etapa de la rectoría estatal. III. Etapa de la consolidación del capital financiero. IV. La crisis de los bancos. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

La presente disertación forma parte de un libro en preparación que pretende abocarse al estudio del mercado de dinero y capitales en México. Este primer intento expositivo se refiere exclusivamente al desarrollo histórico de la legislación aplicable a los bancos comerciales, por lo que las referencias tanto a la banca de desarrollo como a los intermediarios financieros no bancarios se realizan sólo de manera complementaria sin entrar a analizar mayormente su particular evolución.

El trabajo se realiza desde la perspectiva del derecho económico, disciplina que, sin menospreciar las virtudes de la jurisprudencia, incorpora elementos de la teoría económica y del análisis sociológico en la explicación del fenómeno jurídico.

Por otra parte, la exposición queda dividida en cuatro etapas, a saber:

1. La etapa del "laissez faire", que se ubica en la segunda mitad del siglo XIX y se caracteriza porque en ella comienzan a surgir las primeras instituciones de crédito en un marco de plena libertad de empresa y sin que exista una reglamentación legal al respecto.

2. La etapa de implementación de la rectoría estatal sobre el sistema financiero que va de 1897, fecha en que se emite la primera ley reglamentaria de los negocios bancarios, a 1941, año en que se promulga la aún vigente Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Esta etapa se caracteriza por la proliferación de diversos ordenamientos jurídicos reglamentarios de la actividad de

las instituciones bancarias, así como por la desarticulación de las instituciones de crédito que habían surgido durante el porfiriato.

3. La etapa de la consolidación del capital financiero. Va de los años 40s. a principios de los 80s., y se caracteriza por el fortalecimiento de los grupos económicos financieros.

4. La etapa de crisis de los bancos. Ésta se inicia en 1982 con la llamada nacionalización de la banca privada, pasando por su posterior reprivatización y el impulso a los intermediarios financieros no bancarios.

I. ETAPA DEL LAISSEZ FAIRE

"El estado de prosperidad a que por fortuna ha llegado la Nación, y el extraordinario desarrollo de los elementos de la riqueza pública, han dado, tal impulso a las operaciones mercantiles, y principalmente a las combinaciones del crédito, que diariamente se solicitan concesiones para la constitución de bancos y otros establecimientos de este género".

Manuel Dublán, 3 de nov. de 1889¹

Desde el punto de vista de la teoría económica, la necesidad de los bancos aparece cuando la industria y el comercio han alcanzado un grado de complejidad tal que se hace necesario agilizar la circulación monetaria. En términos marxistas, el capitalista no puede esperar a la realización de su plusvalía en el mercado para reiniciar el ciclo del capital; requiere entonces del capital financiero para reproducir indebidamente el ciclo D-M-D'.

No obstante, en Italia, lugar donde se acuña la palabra banco, el nacimiento de la primera institución crediticia obedece a un esquema distinto. En efecto, el surgimiento del Banco de Venecia es descrito por Luis G. Labastida en la forma siguiente:

Hallábase la República afligida por las guerras que sostenía contra el Imperio de Oriente. Atacaban también las potencias marítimas del mediterráneo, y agotados, sus recursos, acudió al medio violento de un empréstito forzoso impuesto a los ciudadanos ricos. Hízose

¹ Parte del oficio por que el Lic. Dublán comunica al diputado Lic. Luis G. Labastida la comisión presidencial para elaborar un proyecto de Ley Bancaria.

en rentas, constituidas, para cuyo pago se hipotecaron todas las del Estado. Los prestamistas constituyeron una cámara, que recibía del gobierno el interés del empréstito, á razón del cuatro por ciento al año, y los distribuía á proporción de las sumas suscritas.²

Cronológicamente siguen a esta institución el Banco de San Jorge, establecido en Génova en el año de 1407; el de Hamburgo fundado en 1619; el de Estokolmo, establecido en 1688, y el de Rotherdam que en 1735.³

Aunque estas instituciones crearon figuras jurídicas tan relevantes como el depósito de dinero y el descuento que agilizaron las relaciones de cambio, sus funciones fueron todavía precarias.

Así, el concepto moderno de "Banco", como intermediario necesario en el ciclo del capital, aparece con el nacimiento del Banco de Inglaterra a finales del siglo XVII, ya que esta institución fue facultada por el parlamento inglés para: negociar toda clase de documentos o efectos mercantiles tales como letras de cambio, oro y plata en barras o amonedadas, recibir en depósito toda clase de mercancías y hacer anticipos a los deponentes; hacer anticipos al gobierno previa la autorización de las Cámaras; así como para emitir billetes a la vista y al portador.⁴

En México, el surgimiento de los bancos es el producto del auge comercial e industrial que sigue al triunfo del plan de Tuxtepec. No obstante desde endenantes se registraron algunos intentos por crear instituciones crediticias.

De esta manera, en 1775, a instancias de don Pedro Romero de Terreros, es creado el Monte de Piedad de Ánimas que institucionalizó el crédito prendario, sin fines de lucro, con el objeto de ayudar a las clases pobres.

Ya durante el México Independiente, en 1830, Lucas Alamán fundó el Banco del Avío cuyo objeto era el de refaccionar a la industria, preferentemente a la textil, sin embargo debido a la escasez de recursos el uso del crédito resultaba muy caro, por lo que su existencia no se prolongó más allá de doce años.

Suerte similar corrió el Banco Nacional de Amortización de la Moneda de Cobre nacido el 17 de enero de 1837, ya que después

² Tomado de: Labastida, Luis G., *La Legislación sobre los Bancos*. Estudio histórico y filosófico. México, Imprenta de Gobierno, 1889, pp. 3 y 4.

³ Ver: Labastida, Luis G. *Op. cit.*

⁴ *Ibid.*

de fungir durante cinco años como auxiliar del Gobierno Federal desapareció.⁵

Es durante la segunda mitad del siglo XIX cuando las instituciones crediticias, surgen en forma en nuestro país en el marco del liberalismo económico postulado por la Constitución Política de 1857.

En efecto los artículos 4º y 28 de la Carta Fundamental dieron fundamento jurídico al "laissez faire" porfiriano. Al tenor del primero de estos preceptos:

Todo hombre es libre de abrazar la profesión, industria o trabajo que se le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, y por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando ofenda los derechos de la sociedad.

Este régimen liberal quedaba complementado por el artículo 28 que proscribía el monopolio señalado:

No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose, únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por el tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

Por otra parte, las primeras instituciones de crédito surgen sin que exista en nuestro país legislación secundaria alguna que reglamente las cuestiones bancarias.

Es el caso del Banco de Londres, México y Sudamérica, establecido el 22 de junio de 1864 por el señor Guillermo Nevobold mediante la simple inscripción y protocolo de una escritura constitutiva.

De manera distinta, por la vía de una concesión, surge el Banco del Montepío. En efecto, como ya quedó apuntado en párrafos anteriores, el 25 de febrero de 1775 se había erigido el Nacional Monte de Piedad, empero, su constitución como institución de crédito se da con la concesión que el día 16 de noviembre de 1881 le otorga el

⁵ Víctor Manuel González Guzmán hace una muy breve alusión a la existencia de los llamados "Bancos de Plata" y a las "Compañías de Habilidad o Avío" que a partir del año de 1825 concedían préstamos a las minas. Véase: "Evolución Histórica del Derecho Bancario Mexicano", en: *Obra Jurídica Mexicana*, México, Procuraduría General de la República.

Ejecutivo Federal para operar como banco de circulación y descuento. No obstante, es importante destacar que para ese entonces, la legislación nacional todavía no contemplaba la figura administrativa de la concesión.

En los años siguientes, cuatro bancos surgen mediante el mecanismo "sui generis" de un contrato firmado entre el Ejecutivo Federal y el interesado, que posteriormente es revalidado por una Ley del Congreso.

Aparecen así, el 16 de agosto de 1881 el Banco Nacional Mexicano; el 22 de abril de 1882 el Banco Mercantil Agrícola e Hipotecario; el 22 de mayo de 1882 el Banco Hipotecario; y el 15 de junio de 1883 el Banco de Empleados. Cabe mencionar que el segundo de éstos se constituyó con capital netamente extranjero, al igual que el de Londres y México.

El 20 de abril de 1884 es promulgado el Código de Comercio que en su artículo 954 introdujo el régimen de concesión como condición para ejercer los negocios bancarios, dicho precepto dispuso:

No podrán establecerse en la República bancos de emisión, circulación, descuentos, depósitos, hipotecarios, agrícolas, de minería o cualquier otro objeto de comercio, sino con la autorización de la Secretaría de Hacienda, o a juicio del Ejecutivo Federal, y llenando los requisitos y condiciones establecidos en este Código.

Así, con base en la concesión otorgada el 31 de mayo de 1884, se fusionaban el Banco Mercantil y el Banco Nacional Mexicano para dar vida al Banco Nacional de México. El nuevo Banco, nacía con toda la protección del Estado porfiriano. En efecto, el artículo 8º de su concesión estaba destinado a garantizar la exclusividad de los negocios bancarios en sus manos, según tal disposición:

... el capital social podía elevarse a 20,000,000 de pesos y el banco debía abrir a la Tesorería General una cuenta corriente a estilo de comercio por exhibiciones mensuales, cuyo movimiento no pasaría de 8,000,000 de pesos anuales; y en compensación de éstas y otras ventajas que el banco pudiera proporcionar al Gobierno, éste se obligó a no conceder autorización para el establecimiento de nuevos bancos de emisión en la República, o para que los ya establecidos sin concesión federal pudieran continuar sus operaciones por un plazo mayor de seis meses.⁶

⁶ Tomado de: Labastida, Luis G. *Los Bancos*. México, Impren del Gobierno, 1889, p. 67.

Este régimen de exclusividad quedaba complementado por el artículo 5o. adicional del Código de Comercio ya citado, que prescribió:

Los Bancos de emisión y circulación establecidos así en el Distrito Federal como en otras plazas de la República sin previa autorización del Congreso de la Unión, no podrán en lo sucesivo ni emitir ni circular billetes, sino bajo las condiciones que expresan los artículos siguientes.

En los preceptos a que se refirió el artículo 5o. adicional fundamentalmente se hacía referencia a la obligación de solicitar la autorización para emitir billetes bajo las bases establecidas en el artículo 13 del mencionado Código.

Para estos momentos el único Banco que carecía de concesión para operar era también el más importante económicamente: el Banco de Londres México y Sudamérica. De tal forma que en los términos de las prescripciones arriba acotadas debía desaparecer. No obstante, la institución presentó una demanda de amparo en contra de la amenaza de clausura, alegando la violación de los artículos 4o. y 28 constitucionales, a la que recayó una sentencia favorable, misma que fue apelada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Durante la substanciación del recurso de revisión, la Corte iba a interpretar por primera vez los artículos 4o. y 28 constitucionales, sin embargo el Banco de Londres se desistió de la demanda y compró el Banco de Empleados que sí tenía concesión gubernamental, salvando con ello su situación legal.

Los años que siguieron se caracterizaron por el florecimiento de los negocios bancarios. Hacia finales del porfiriato se contaría ya con dos instituciones bancarias en el Distrito Federal y una por cada Estado.

II. ETAPA DE LA RECTORÍA ESTATAL

1. La Ley de Instituciones de Crédito

Mucho antes de la consagración, en la Carta de Querétaro, del Banco Único de Emisión, el 19 de marzo de 1897 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación la primera Ley de Instituciones de Crédito, que tuvo por función ejercer un control sobre la actividad bancaria privada.

En efecto, la exposición de motivos del "Decreto que faculta al Ejecutivo Federal para expedir la Ley de Instituciones de Crédito", señaló:

Desde mediados de 1892 el Ejecutivo no ha vuelto a otorgar concesión alguna para el establecimiento de Bancos de Emisión fuera del Distrito Federal... por los inconvenientes, ya palpables desde entonces, que tenía consigo la falta de legislación bancaria, pues dicha falta dio por resultado que cada una de las instituciones de crédito que tienen aquel carácter pretendiera regirse exclusivamente por las estipulaciones de su concesión, lo cual originaba naturalmente, dudas y controversias frecuentes, y ha imposibilitado la vigilancia eficaz del poder público sobre dichos establecimientos.⁷

El primer problema que se presentó en torno a la Ley Bancaria fue el de determinar si el Congreso tenía o no facultades para legislar sobre la materia. Esta cuestión fue analizada cuando el 1o. de junio de 1882 el entonces Presidente de la República comisionó a los licenciados Manuel Dublán, Vicente Riva Palacio, Genaro Raigrosa, Manuel Saavedra y Pablo Macedo, para elaborar un proyecto de Ley Reglamentaria de los Bancos.⁸

Al respecto, el licenciado Saavedra negó enérgicamente tal competencia, sosteniendo que en ninguna de las facultades que enumeraba el artículo 72 de la Constitución de 1857 cabía la de dictar una disposición semejante y que, en consecuencia, al tenor de lo establecido en el artículo 117 constitucional, la expedición de una Ley Reglamentaria de la Banca era facultad de las legislaturas locales.

Finalmente, se aceptó, por parte de la mayoría de la comisión, la siguiente conclusión:

El artículo 72, fracción X de la Constitución, autoriza al Congreso Federal para establecer las bases generales de la Legislación mercantil: En consecuencia, todo lo que se refiere a las organizaciones de las compañías de bancos, a los documentos que éstos emitan y en general a todo lo que en ellos se pueda considerar como relativo al comercio de dinero que hacen esos establecimientos, les está notoriamente sujeto.⁹

Por otra parte, desde el punto de vista de la Comisión, las legislaturas locales eran incompetentes para legislar en materia bancaria, ya que según la fracción III del artículo 111 de la Constitución de 1857 los

⁷ Tomada de: S.H.C.P. Dirección General de Crédito. *Legislación Bancaria*, t. I, p. 13.

⁸ Véase: Labastida, *op. cit.*, p. 67.

⁹ *Idem.*

Estados no podían en ningún caso acuñar moneda, emitir papel moneda ni papel sellado.

La Ley promulgada bajo este esquema constitucional contempló únicamente tres tipos de bancos, a saber: de emisión, hipotecarios, y refaccionarios. Asimismo, recogiendo lo dispuesto por el Código de Comercio, estableció el requisito previo de obtener concesión para operar el servicio público de banca y crédito.

Además de lo anterior, la ley en cuestión estableció el principio de la especialidad de la concesión y prescribió que ésta sólo podía recaer en sociedades anónimas constituidas en la República Mexicana.

Este principio de la especialidad que regiría el contenido de todas las leyes sobre la materia hasta el año de 1976 quedó expresado así:

Artículo 7o.: No se autorizará bajo el amparo de una misma concesión el establecimiento de dos instituciones de crédito distintas, ni tampoco la emisión de diversos títulos de crédito que por su naturaleza y según los artículos anteriores correspondan a instituciones de distinto género.

Al amparo de este esquema legal, al principiarse la Revolución Mexicana se cuenta ya con 24 bancos de emisión, 2 hipotecarios y 5 refaccionarios. Sin embargo el siglo XX sería el escenario de nuevos problemas de carácter financiero.

2. La problemática monetaria a principios de siglo

Durante el porfiriato había comenzado a manifestarse un relativo alto nivel de precios, en gran medida atribuible a la baja productividad del trabajo nacional y a los altos aranceles, que provocó disturbios en nuestra balanza de pagos.

Ese déficit comercial era cubierto mediante exportaciones de plata, por lo que, aun siendo nuestro país el productor de más de un tercio del total de dicho metal, solía resentir la escasez del mismo.¹⁰

A consecuencia de ello, poca era la cantidad de moneda que el movimiento comercial lograba retener. Más aún, los mineros y los empresarios de otros sectores compraban fuerza de trabajo a bajo precio y

¹⁰ Es muy importante mencionar que gran parte de la plata que se exportaba era propiedad de las empresas extranjeras, otro tanto era sacado del país para pagar los intereses y dividendos de los capitales extranjeros invertidos en México.

las más de las veces pagaban en especie, y sólo ocasionalmente con monedas de cobre de baja ley o depreciados pesos de plata.¹¹

Principiando el siglo XX, el precio de la plata sufrió un descenso sin precedentes, lo que trajo serios trastornos para la vida económica de México tanto en lo interno, como en sus relaciones con el exterior.

Con el objeto de encontrar una solución a este problema, el Gobierno creó dos comisiones de estudio: la Comisión de Cambios Internacionales, cuya tarea fue realizar gestiones en los principales centros financieros del mundo en pro de la estabilización del precio de la plata; y la Comisión Monetaria, la que tomó a su cargo, previo estudio de las condiciones económicas del país y los efectos que la depreciación de la moneda había causado al mismo, proponer un sistema monetario adecuado a la situación de la época.

Centraremos nuestra atención en la segunda, en virtud de su relación directa con el problema que nos interesa tratar. La Comisión se organizó en cinco Comités, uno de ellos se encargaría del estudio de los problemas claves, a saber: 1) Conveniencia o inconveniencia de fijar la moneda nacional en el exterior en términos de oro; 2) Instrumentar el procedimiento adecuado para estabilizar el peso.

Después de un año de trabajos (en febrero de 1904), la Comisión obtuvo cuatro conclusiones, respecto a los puntos referidos, a saber: 1) Implantar el patrón de cambio de oro con circulación de plata, adoptando como unidad de descuento 75 centigramos de oro puro denominado "peso", con una equivalencia al peso de plata en circulación con 24.4338 gramos de plata pura. 2) Suspender la libre acuñación de plata y autorizar la de oro. 3) Corregir el error de la legislación anterior que daba igual peso proporcional, ley y poder liberatorio, a las monedas financieras de plata que al "peso". 4) Acuñar un nuevo "peso" con peso y ley iguales, pero con distinta efigie, y prohibir la reimportación de pesos mexicanos.

La Ley de 1905 que sentó las bases del sistema monetario mexicano, recogió de hecho estas propuestas, a excepción de dos cuestiones: no se autorizó de inmediato la libre acuñación de oro y continuaron en circulación los antiguos cuños, sin crearse otros nuevos que los substituyeran.¹²

¹¹ Por esa razón, la Ley Monetaria de 1905, en su artículo 26, prohibió el uso de fichas, tarjetas, planchuelas u otros objetos similares, como medios de pago.

¹² Ley que establece el Régimen Monetario de los E.U.M., *Diario Oficial* del 24 de marzo de 1905.

Paralelamente a lo anterior se decreta la primera devaluación de la moneda mexicana al establecerse la paridad de dos pesos por dólar, rompiéndose con ello la equivalencia de uno a uno, vigente desde 1871.

El 3 de abril de 1905, de acuerdo con lo previsto por el artículo 32 de la ley citada, se creó la Comisión de Cambios de Moneda, a la que se le asignaron como tareas: resolver todo lo relativo a la acuñación de moneda; administrar el Fondo Regulador de la Circulación Monetaria y disponer del mismo para todas las operaciones bancarias y de cambio de monedas que tuvieran por objeto la estabilidad del cambio exterior a la paridad legal fijada; acuñar las piezas fraccionarias de plata que por un error de la ley tenían el mismo metálico proporcional que la unidad de cuenta; reacuñar las piezas deterioradas por el uso; desmonetizar el antiguo centavo de cobre y sustituirlo por cuños de bronce; y retirar las monedas de oro de cuño antiguo y canjearlas por la nueva acuñación o por pesos de plata.¹³

No obstante, debe mencionarse que, si bien es cierto se logró una estabilidad cambiaria temporal, ello se debió más que al logro de los objetivos de la Comisión, a la presencia de otros factores no previstos, es decir: el alza del precio de la plata y la contracción de los empréstitos exteriores.

Al respecto, y aunque el alza del precio de la plata nuevamente provocó su exportación, no se afectó en gran medida a la circulación monetaria, toda vez que el Gobierno implementó un impuesto del 10% "Ad Valorem" que gravó la salida de cuños del país, cuyo importe era devuelto al que comprobara, dentro de los 30 días siguientes, haber reimportado 75 gramos de oro puro en monedas o en barras, para su acuñación gratuita, por cada peso de plata exportado.¹⁴

Sin embargo, la baja del precio de la plata y la llegada de la lucha armada pusieron fin a esta situación de estabilidad monetaria.

Durante la Revolución, la moneda mexicana sufrió su segunda gran devaluación. La Comisión nada pudo hacer al respecto, en virtud de que Huerta utilizó sus fondos para sostenerse en el poder.

Más adelante, el Dictador hubo de recurrir a las reservas metálicas de los bancos, quienes se las entregaron gustosos, obteniendo a cambio

¹³ Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 3 de abril de 1905.

¹⁴ Conjuntamente a lo anterior, se tomaron las siguientes medidas:

- Acuñación de oro a la máxima capacidad posible de la Casa de Moneda.
- Emisión de certificados oro por las sumas de pesos que por su conducto se exportaban.
- Acuñación de moneda fraccionaria.

un decreto publicado el 5 de noviembre de 1913 mediante el cual se dispuso el curso forzoso de los billetes del Banco Nacional y del Banco de Londres y México en todo el país; así como los de los bancos locales en el ámbito de sus respectivas competencias. Con ello se abrogó la Ley Monetaria de 1905 ya que se dio a la moneda de plata valor liberatorio limitado.¹⁵

Un uso abusivo de esta facultad acabó por depreciar el billete de banco, situación que se agravó por las emisiones sin garantía que distintos grupos revolucionarios emitieron con el objeto de financiar sus gastos.¹⁶

El Jefe del Ejército Constitucionalista sabía que los principales enemigos de la Revolución habían sido los banqueros, por lo que decidió abocarse a su aniquilación. Así, pretextando la falta de respaldo de las emisiones bancarias, en 1915 se creó la Comisión Reguladora e Inspectora de las Instituciones de Crédito, la cual se dedicó a estudiar la forma bajo la que debían ser liquidados los bancos de emisión de la República, así como para realizar el proyecto de Banco Único de Emisión.

De esta manera el 15 de septiembre de 1916, Carranza expediría un ordenamiento que abrogaría las leyes bancarias y decretaría la incautación de la banca.¹⁷ Días más tarde clausuraría el Banco Nacional de México y el Banco de Londres y México lapidando con ellos los bancos extranjeros en el país. Se cuenta que los dirigentes de estos bancos

¹⁵ *Diario Oficial* de la Federación de fecha 5 de noviembre de 1913.

¹⁶ Carranza, considerando que todo mexicano debía contribuir en forma proporcional al sostenimiento del ejército, autorizó el 26 de abril de 1913, una deuda interna de cinco millones de pesos a través de la emisión de billetes. A ésta, siguieron un sinnúmero de emisiones de parte de otros grupos.

¹⁷ Decreto sobre liquidación de los Bancos de Emisión publicado en el *Diario Oficial* del 21 de septiembre de 1916. Este decreto fue complementado por otro similar que se publicó en el *Diario Oficial* del 19 de diciembre de 1916.

En realidad el primero de estos decretos abroga las leyes que autorizan concesiones a los bancos de emisión así como la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897 que por reformas de 1908 otorgó el monopolio de emisión de billetes a los citados bancos. Asimismo este ordenamiento concedía a los bancos de emisión un plazo de 60 días para que aumentaran sus reservas metálicas hasta cubrir la totalidad de los billetes en circulación. Finalmente se establecía un Consejo de Incautación en cada Banco de Emisión.

El segundo de los decretos citados, declaró en liquidación a los bancos de emisión que no hubieren completado sus reservas en una suma igual al monto de sus emisiones de billetes conforme al decreto anterior.

fueron aprehendidos y puestos más tarde en libertad debido a las presiones de los Gobiernos inglés y francés.¹⁸

Incautados los bancos, no reiniciaron sus operaciones sino hasta 1921. A ello nos referimos más adelante.

A consecuencia de lo anterior, en 1916 se reanudó la circulación en metálico, una vez que se demostró la inoperatividad del papel moneda, pero de inmediato su cuantía fue insuficiente para satisfacer la demanda que de él se hacía en el mercado.¹⁹

Tratando de aliviar la carencia de circulante, el 4 de diciembre de 1916 se declaró el libre derecho de importación de moneda americana, metálica o en billetes, y de la moneda metálica nacional que había salido del país.

Sin embargo, el precio de la plata nuevamente comenzó a subir sobrepasando su valor nominal, por lo que no sólo no hubo repatriación de pesos de metal blanco, sino que se incrementó su exportación.

La situación era tan caótica en 1917 que, ante la ausencia del circulante, los precios hubieron de bajar sensiblemente, lo que, sin embargo, trajo un efecto positivo para la economía del país.

Dicho efecto fue estimulado por la Primera Guerra Mundial, pasándose de la abundancia del papel moneda, alza inmoderada de precios, contracción de la producción, desajuste financiero, comercio restringido, especulación, carencia de crédito y balanza de pagos desfavorable; a la circulación metálica, baja de precios, aumento de la producción, equilibrio financiero, expansión del comercio y balanza de pagos favorable.

3. Los Bancos en la Constitución de 1917

La situación monetaria imperante a principios del siglo XX, arriba descrita, reclamaba la intervención de la mano pública en el mercado de dinero y capitales. Originalmente, el proyecto presentado al Constituyente de Querétaro, no contenía ninguna disposición relativa a los bancos, fue el diputado Nieto quien presentó una iniciativa tendiente a incluir en el artículo 28 el monopolio gubernamental de la emisión monetaria, en los siguientes términos:

¹⁸ Tomado de: Ramírez, Mario, "Y Cuando Carranza Incautó la Banca" en: *Banca y Crisis del Sistema*. Varios autores. México, Edit. Pueblo Nuevo, 1983, p. 29.

¹⁹ Es importante acotar que por Decretos expedidos el 22 y 23 de octubre de 1916 se estableció que los salarios y sueldos, así como las contribuciones en toda la República se cubrirían en oro nacional o en otra clase de moneda, incluso en papel de circulación legal a la equivalencia señalada por la S.H.C.P. cada 10 días.

En la República Mexicana no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni exención de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria, exceptuando únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos, radio telegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, para el uso exclusivo de sus inventos...

Los debates en torno a esta cuestión no fueron muy abundantes en el Constituyente de 1917, por lo que finalmente la propuesta fue aprobada sin ninguna modificación. Había nacido así el monopolio de la emisión estatal y con ello la participación del Estado en el mercado financiero, empero, la debilidad política de los gobiernos postrevolucionarios y las presiones que éstos sufrían, tanto de grupos aún beligerantes como de los gobiernos extranjeros a causa de las cuestiones petrolera y religiosa, retrasaron la instrumentación del Banco Único de Emisión. De la misma manera, la discusión sobre la fracción X del artículo 73, que facultó al Congreso de la Unión para legislar en materia de Bancos no ofreció mayor problema.

4. La recomposición del Estado mexicano y la Banca privada

Como quedó apuntado en el numeral 2 de este capítulo, los bancos privados prácticamente había desaparecido a raíz de la incautación decretada por Carranza en 1916. No obstante, con la llegada al poder del general Obregón la revolución mexicana vive una nueva etapa, a la que no escapa la cuestión bancaria. En efecto, Obregón, a instancias de Limantour —que también había sido el ministro de finanzas de don Porfirio— dio marcha atrás al proceso iniciado por su antecesor promulgando, el 31 de enero de 1921 el decreto de desincautación de los bancos que incluso fijó un procedimiento de indemnización por los daños que el decreto de 1916 les había causado a las instituciones afectadas.²⁰

El citado decreto clasificó en tres grupos los bancos hasta entonces existentes, a saber: a) Aquellos cuyo activo fuera superior al pasivo cuando menos en un 10%. b) Aquellos cuyo activo excediera al pasi-

²⁰ Decreto que reglamenta la liquidación y devolución de los Bancos de emisión publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 25 de febrero de 1921.

vo en una proporción menor al 10%. c) Aquellos cuyo activo no bastara para cubrir su pasivo.

Con base en esta agrupación se determinó que los bancos que se encontraran comprendidos dentro del grupo a) podían seguir funcionando; los que se encontraran dentro del grupo b) podían seguir operando únicamente para efectos de su liquidación; y los que se encontrasen dentro del grupo c) debían consignarse ante la autoridad judicial para su liquidación inmediata.

Dieciséis instituciones se encontraron dentro del grupo a); seis en el grupo b) y ninguna dentro del grupo c), según la información oficial.

Como ya se mencionó líneas arriba, el proceso de incautación había sido aplicado exclusivamente a los bancos de emisión y no así a los bancos hipotecarios, aunque la situación financiera de estos últimos era también para esa época muy delicada. En efecto, como consecuencia de la moratoria general de todos los pagos establecida por la Ley de Pagos del 13 de abril de 1918, éstos sólo podían cobrar el 25% de la suerte principal de sus créditos y por otra parte sólo estaban obligados a pagar el 25% de sus obligaciones pasivas, entre las que se incluían los intereses y amortización de sus bonos hipotecarios por lo que estas instituciones no pudieron funcionar.

Diversa era la situación de los bancos refaccionarios, ya que éstos aunque operaban conforme al régimen de concesión federal, y habían sido contemplados por la Ley de 1897, no se les aplicó la Ley de Pagos porque hasta 1924 se expidió su ley reglamentaria, que este ordenamiento había anunciado.

Por otra parte, además de los tres tipos de instituciones que reglamentaba la Ley de 1897 —de emisión, hipotecarios y refaccionarios— habían surgido en el país, al margen de la misma, un grupo de bancos privados sin concesión, así como las representaciones de bancos extranjeros que comenzaron a instalarse en México. Por estas razones, era necesaria una nueva legislación de las instituciones de crédito. Para tal efecto, el 24 de diciembre de 1923 se dirigió a los bancos y casas bancarias existentes una convocatoria para que se reunieran conjuntamente con los representantes del Estado en una Convención Bancaria.

Resultado de los trabajos de esta Convención fue la nueva legislación bancaria.

Así en el ámbito de la nueva política económica del general Obregón y al amparo de la fracción X del artículo 73 de la Carta Magna que facultaba al Congreso para legislar en materia de instituciones de crédito, es promulgada la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimien-

tos Bancarios.²¹ Esta siguió en esencia los principios de la de 1897 pero llenó los vacíos de esta última que se ocupaba exclusivamente de los bancos de emisión, hipotecarios y refaccionarios, y carecía de disposiciones relativas a los bancos de depósito y a los establecimientos y casas bancarias que no cupieran exactamente en los lineamientos marcados por la misma.

De esta forma, el ordenamiento en cuestión procuró reglamentar todos y cada uno de los negocios bancarios. Así, en su artículo 1o. dispuso: "Son objeto de la presente ley: I. Las instituciones de crédito; II. Los establecimientos que tienen por objeto exclusivo o por lo menos principal, practicar operaciones bancarias; III. Los establecimientos que se asimilan a los bancarios por practicar operaciones que afectan al público general, recibiendo depósitos o emitiendo títulos pagaderos en abonos y destinados a su colocación en el público".

Asimismo, el artículo 6o. amplió la lista de instituciones de crédito reconocidas por la ley, a saber: "Artículo 6o. Se consideran instituciones de crédito para efectos legales: I. El Banco Único de Emisión y la Comisión Monetaria; II. Los Bancos Hipotecarios; III. Los Bancos Refaccionarios; IV. Los Bancos Agrícolas; V. Los Bancos Industriales; VI. Los Bancos de Depósito y Descuento; VII. Los Bancos de Fideicomiso".²²

Paralelamente a esta Ley se emitió la Ley sobre Bancos Refaccionarios y el decreto que crea la Comisión Nacional Bancaria²³ como un órgano de vigilancia sobre las instituciones bancarias. Y en 1925 se crea el Banco de México, que en cumplimiento del artículo 28 constitucional realizaría las funciones de Banca Central, institucionalizando con ello la emisión de moneda. No obstante, durante sus primeros años de vida, el Banco de México fungió más como un banco comercial que como un verdadero Banco Central.²⁴

El 29 de noviembre de 1926 se dictó una nueva Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que se ocupó de regular, además de las instituciones que contempló la de 1924, a los Bancos Refaccionarios tanto agrícolas como industriales; a los Bancos o Cajas de Ahorro; a los Almacenes Generales de Depósito; y a las Compañías de

²¹ *Diario Oficial* del 16 de enero de 1925.

²² Más adelante, éstos tuvieron su propia ley reglamentaria: Ley de Bancos de Fideicomiso publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 17 de julio de 1926.

²³ *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1924.

²⁴ Véase: González Márquez, José. *Surgimiento y Desarrollo del Banco de México*. Mimeo.

Fianzas; aunque conservó los lineamientos generales de su antecesora.

Como ya se mencionó, durante sus primeros años de vida el Banco de México funcionó más como un sustituto de los bancos privados que como Banco Central. Hasta 1931 se da el primer paso hacia su transformación como Banco de Bancos mediante una modificación a su Ley Orgánica publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 25 de julio, cuya principal encomienda fue la de restringir las operaciones con el público, así como establecer un régimen provisional de redescuento para ser aplicado a todos los bancos del país aunque no fuesen asociados a él.

Una nueva Ley Orgánica emitida en el año de 1932 suprimió definitivamente las operaciones directas de préstamo y descuento con el público y obligó a los bancos de depósito a asociarse con el Banco de México. De esta manera se erigió como eje del sistema bancario, depositario y guardián de las reservas de los bancos comerciales. Asimismo, este ordenamiento le otorgó la facultad de fungir como Cámara de Compensación.

Por esta razón, en el *Diario Oficial* del 29 de junio de 1932 se publicó una nueva Ley General de Instituciones de Crédito que vino a sustituir a la de 1926, con la intención de adecuar el sistema bancario mexicano a las nuevas funciones del Banco de México que consolidaron a éste como un Banco Central. La nueva Ley incluyó la reglamentación de las Instituciones Nacionales de Crédito; de las Instituciones Auxiliares de Crédito; de la Comisión Nacional Bancaria; y de las sucursales de Bancos Extranjeros.

III. ETAPA DE LA CONSOLIDACIÓN DEL CAPITAL FINANCIERO

1) *Gestión de los Grupos Financieros*

Las instituciones crediticias alcanzan su pleno auge en México al amparo de la política de sustitución de importaciones, y más adelante de la del desarrollo estabilizador, en cuyo marco emerge una nueva legislación sobre bancos. En efecto en 1936 se publica en el *Diario Oficial* de la Federación otra Ley Orgánica del Banco de México que abrogó a la de 1932, y en la cual se dan plenamente al Banco de México las características de único emisor, banco de bancos y prestamista en última instancia. Este ordenamiento a su vez fue sustituido por el diverso de 1941 que otorgó al Director General de la Institución un mayor

margen de movilidad para operar la política monetaria a través de la emisión del circulante y manejo del encaje legal.

Como consecuencia de lo anterior, en 1941 es también promulgada una Nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. De la legislación a partir de entonces vigente se desprendían los siguientes principios:

1. El ejercicio de la banca y crédito era considerado como un servicio público que el Estado concesionaba a los particulares, concesión que tocaba otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo al Banco de México y a la Comisión Nacional Bancaria.

2. La función de la banca se ejercía bajo el criterio de la especialidad. Esto significa que las instituciones de crédito podían explotar sólo una de las actividades que enumeraba el artículo segundo de la Ley de 1941, y que eran: Banca de Depósito, Banca de Ahorro, Sociedades Financieras, Sociedades de Capitalización, Sociedades de Crédito Hipotecario, Sociedades Fiduciarias, y durante algunos años Bancos de Ahorro y Préstamos para la Vivienda, estos últimos eliminados por reforma de 1970.

3. Existían fuertes facultades de control por parte del Estado sobre las instituciones de crédito.

En efecto, desde la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se erige como la máxima autoridad bancaria a quien se asigna la facultad de: intervenir en todas las operaciones en que se haga uso del crédito público; dirigir la política monetaria y crediticia; y ejercer las atribuciones que le señalen las leyes de instituciones nacionales y privadas de crédito, y de seguros y fianzas.

El nuevo marco jurídico facultó al Banco de México para influir en el volumen y el costo del crédito mediante el encaje legal²⁵ y mediante la fijación de las tasas de interés, siendo así posible la conducción de una política financiera nacional.

Así también, está facultado para realizar operaciones bancarias con las instituciones de crédito a él asociadas, que consisten fundamentalmente en créditos directos con garantía prendaria, adquisición o venta de valores y descuento de títulos.

La Comisión Nacional Bancaria tiene por función desde 1941²⁶ la

²⁵ El encaje legal se previó en 1941 sólo para instituciones de depósito, véase: artículo 35 de la Ley de 1941.

²⁶ Artículo 160 de la Ley de 1941.

inspección y vigilancia de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares. Por otro lado, la Comisión Nacional de Valores creada en 1946 tiene por función vigilar el adecuado funcionamiento del mercado de valores.²⁷

Sin embargo, el principio de especialidad de concesión y las atribuciones de las autoridades financieras en materia bancaria, no obstaron para que durante los años que van de 1940 a 1970 se formase una infraestructura bancaria con las siguientes características:

1. En su desarrollo, las instituciones bancarias se encuentran íntimamente ligadas al capital industrial.

2. Durante este período acumulan grandes cantidades de capital, lo cual hace que vayan diversificando sus operaciones al interior de la banca, abarcando la propiedad de dos o más instituciones que explotan distinta concesión, formándose así los grupos financieros; y al exterior de la banca, cuando la industria es capaz de autofinanciarse, y posteriormente cuando ésta entra en recesión, dando lugar a una diversificación al exterior en actividades tales como el turismo, la construcción y el comercio.

No obstante, cabe distinguir que en el proceso de fusión entre capital bancario y capital industrial, se presentaron facetas:

1. Una incorporación del sector bancario al núcleo industrial a partir de la creación de instituciones bancarias y financieras por parte del sector industrial para satisfacer sus necesidades de capital. Particularmente se motiva esta situación por la ausencia en México de un mercado de valores fluido.²⁸

2. Una incorporación del núcleo industrial a instituciones bancarias y financieras ya establecidas por medio de la participación de los industriales en los consejos de administración de las instituciones a través de la adquisición de acciones de sus empresas, con el objeto de asegurarse líneas de crédito preferenciales.²⁹

Así que el desarrollo bancario se va a presentar dentro de la estructura de *grupo*, entendiendo por tal aquellas empresas que invierten y producen en múltiples actividades, y que obtienen sus recursos de capital más allá de una familia nuclear o extensa y detentan cuantiosos capitales que abarcan la mayor parte del sector moderno industrial privado nacional. En su actividad incluyen diferentes operaciones tanto

²⁷ *Diario Oficial* del 11 de febrero de 1946.

²⁸ Cordero, Salvador, *Los Grupos Industriales: Nueva Organización Económica en México*. México, El Colegio de México, 1977, pp. 1 a 5.

²⁹ *Ibidem*.

industriales como comerciales, financieras y bancarias, construcción o inversiones.³⁰

Esta situación provocó una preferencia en el destino del crédito, es decir, los bancos pertenecientes a dichos grupos captaban recursos del público y los canalizaban a sus empresas, tanto que las pequeñas empresas no ligadas a grupos financieros, tenían que buscar su financiamiento en tales instituciones sujetándose a las condiciones fijadas por ellos y participando de una mínima parte de los recursos crediticios del país.³¹

Además de existir esta vinculación con el capital industrial y de ser las instituciones bancarias sectores atomizados, cabe destacar que al interior mismo del negocio bancario se manifiesta desde tempranas épocas la diversificación que en palabras de José Pintado Rivero tiene las siguientes características:

Al florecer por ramas cada una de las especialidades fue consecuencia lógica el que cada banco de depósito creyera necesario tener anexa una institución financiera y otra hipotecaria, y así fueron complementándose paulatinamente la mayoría de las instituciones importantes del sistema.³²

Así, para 1970 el sistema bancario mexicano descansaba fundamentalmente en unos cuantos grupos que se componían de bancos comerciales, sociedades financieras y bancos hipotecarios. Y al exterior del negocio bancario contaban con aseguradoras, sociedades de inversión, compañías inmobiliarias, etc., estos grupos son:

Bancomer y Banamex, que respondieron a la forma de integración que consistió en el desarrollo e incorporación de empresas industriales a instituciones bancarias o financieras ya establecidas de antemano, en el momento que estas últimas se interesaron por invertir en otras actividades productivas.

Comermex, que formaba parte del Grupo Chihuahua (Vallina); Banco Internacional, que formaba parte del sector financiero del Estado; Banco del Atlántico, que formaba parte del Grupo ICA; y Banco Confía, que formó parte del Grupo Monterrey.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Quijano, José M. *México: Estado y Banca Privada*. México, Cide, 1981, pp. 214-215.

³² Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. "La Banca Múltiple" en: *Primer Ciclo de Conferencias de Alto Nivel. Razón de ser de la Banca Múltiple*, p. 25.

De tal manera que podemos concluir que el principio de especialidad de concesión y las facultades de control del sistema bancario por parte del Estado resultaron ineficaces para impedir la concentración de los recursos crediticios del país, situación que puede explicarse por el hecho de que, a medida que se agotaba el modelo de desarrollo estabilizador, el Estado iba requiriendo cada vez de mayores recursos para financiar su gasto y tal parece que entre éste y el sector privado se estableció un pacto según el cual los grupos se comprometieron a financiarlos siempre y cuando no hubiese un incremento en las tasas impositivas.

Así, el proceso natural de fusión del capital financiero y el capital bancario y su creciente concentración fueron acelerados por el Estado a través de una ágil labor legislativa desarrollada en la década de los setentas. Este impulso estatal a la concentración financiera obedece a las necesidades de fuentes de financiamiento que el Estado experimenta hacia los años 70's.

2) *El agotamiento del Modelo de Desarrollo y el Financiamiento Público*

Para 1970 el modelo de desarrollo estabilizador ha devenido en una crisis motivada tanto por las relaciones que a nivel mundial se establecen para el sistema capitalista, como por las características que en el interior presenta la economía mexicana, tales como: la baja en la productividad agrícola, el debilitamiento de la industria motivada por la diferencia entre ritmos de ampliación del capital y dilatación de mercados, la creciente dificultad para pasar de las sustituciones fáciles a las sustituciones de bienes de capital³³ y en la ausencia de un factor económico que reemplazase a la industria como factor de desarrollo.³⁴

Aunado a esto, el país presentaba una problemática social inquietante motivada por los conflictos de 1968, así como por la creciente presión inflacionaria, que en definitiva ponían en entredicho la legitimidad del Estado mexicano.

De tal manera que el incremento en el gasto público no sólo estaría destinado a convertir a éste en el nuevo factor de desarrollo, sino tam-

³³ Véase: González, Eduardo. "Empresarios y obreros: dos grupos de poder frente a la crisis y la política económica de los setentas" en: *Desarrollo y Crisis de la Economía Mexicana*. Selección de Rolando Cordera, México, F.C.E.

³⁴ Véase: Boltvinik, Julio y Enrique Hernández Laos. "El origen de la crisis industrial: el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones". En: *Op. cit.*

bién, a satisfacer las necesidades sociales de los sectores menos favorecidos.

Lo anterior significaba necesariamente un incremento en los recursos del Estado. Estos recursos teóricamente pueden provenir de los siguientes rubros: 1. *La recaudación fiscal*. 2. *Los productos de las empresas públicas*. 3. *El endeudamiento público interno y externo*.

Sin embargo, durante el periodo analizado, la política fiscal mexicana se caracterizó por su audacia, ya que con una recaudación en ocasiones de las más bajas de América Latina, enfrentó un gasto público equiparable o superior al de los países desarrollados.³⁵

En efecto, si bien es cierto, la recaudación impositiva como porcentaje del P.I.B. se elevó de 7.1% en 1970 a 9.6% en 1976 y a 11.4% en 1979³⁶ su composición interna muestra que no se contó en mayor medida con la participación del sector empresarial y que dicha política se estuvo sustentada básicamente en la imposición indirecta (I.S.I.M.), trayendo como consecuencia la inflación.

Los datos nos muestran que la imposición a la renta de las empresas en 1970 equivalió al 2.2% del P.I.B., en tanto que la imposición a la renta de las personas físicas era igual al 1.5% y la imposición indirecta al 3.4%; para 1979 estos rubros se modifican en 3.4, 2.7 y 5.7%, respectivamente.³⁷

Más aún, la estructura administrativa deficiente y precaria, así como el carácter no cautivo del causante personal aumentaban las posibilidades de evasión y en consecuencia las posibilidades de captación disminuyeron.

Las empresas públicas, por otro lado, tampoco constituyeron una fuente importante de recursos para el Estado, y sí en cambio contribuyeron a aumentar su déficit, en la medida que cumplieron cabalmente con sus funciones de transferencia de recursos a los sectores privados.

Quijano señala³⁸ cómo para 1979 los organismos y empresas sujetas a control presupuestal aportaron el 14.2% del déficit del sector público federal y para 1979 este porcentaje se elevó a 28.3%.

Entre las razones que explican esta situación se encuentra el hecho de que el Estado haya postergado los ajustes a los precios de los bie-

³⁵ Véase: Retenkiman K., Benjamin. *Política Fiscal Mexicana*. México, UNAM, 1979, p. 228.

³⁶ Véase: Quijano, José. *México: Estado y Banca Privada*. México, VIDE, 1981, p. 142.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Loc. cit.*, pp. 143 a 145.

nes y servicios de las empresas públicas, lo cual resulta evidente toda vez que el gasto público se convierte hacia 1970 en el nuevo motor de la economía.

Así las cosas, el endeudamiento público se presentaba como la única alternativa del Estado para satisfacer sus crecientes necesidades de financiamiento, sea éste interno o externo.

El porcentaje de la deuda pública externa como parte del P.I.B. asciende para 1970 a 12.7% y para 1979 alcanza el 14.6% problema que se agrava por el hecho de que desde 1978 el pago por servicio de la deuda empieza a superar el 50%.

La deuda pública externa fue contraída fundamentalmente a través de Nafinsa y provenía en su mayor parte de la banca privada que de 1970 a 1972 proporcionó a ésta el 59.9% de sus recursos, porcentaje que se eleva para el periodo 1977-1979 alcanzando el 70%.³⁹

Mientras que los organismos internacionales proporcionaron a Nafinsa 236.6 millones de dólares para 1970, la banca privada le proporcionó 304.1 millones. Estos rubros se incrementan y se separan mucho más para 1979, año en que el financiamiento concedido por los organismos internacionales alcanza los 589.5 millones, mientras que el privado llega a 1375.0 millones de dólares.

Por otro lado se encuentra la deuda pública interna, la cual es aquella que el gobierno federal contrata con las instituciones de crédito nacionales ya sea a través del encaje legal o mediante las operaciones del mercado abierto.

Mediante estos mecanismos, en 1970 se proporcionaron al Gobierno Federal 47,147 millones de pesos y para 1976 la cifra alcanza los 226.739 millones lo que significa un aumento del 300%.⁴⁰

Sólo por compra de valores gubernamentales, en 1974 la banca privada aportó 20,000 millones de pesos de los cuales 15,087.0 fueron comprados por financieras.

Solís considera que esta situación lleva consigo un alza en el precio de los servicios bancarios para el público en general toda vez que los recursos para ellos disponibles disminuyen.⁴¹

Sin embargo, si bien es cierto para 1970 el Banco de México proporcionó 12.2 millones de pesos al Gobierno federal y para 1979 esta cantidad asciende a 60.5 millones de pesos, mientras que la banca pri-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Manrique C., Irma. *La política monetaria en la Estructura del Desarrollo*. México, UNAM, 1977, pp. 225-226.

⁴¹ Quijano, op. cit., pp. 134-135.

vada proporcionó en este último año 367.6 millones de pesos, el incremento en estas cantidades va a coincidir con el proceso de desintermediación local que para 1970 empezaron a mostrar las instituciones de crédito nacionales y que más adelante analizamos.

Lo anterior demuestra cómo el Estado intenta financiarse básicamente a través del sistema bancario, y en esta medida está particularmente interesado en el fortalecimiento de la banca privada nacional frente a la banca exterior, al tiempo que en fortalecer también a la banca pública frente a la banca privada, esto fundamentalmente a través de las reformas de 1970. Sin embargo dicho intento coincide con el proceso de desintermediación local de los recursos financieros trayendo como consecuencia el incremento de la deuda externa y la consiguiente pérdida de hegemonía del Estado frente a los grandes grupos financieros.

3) *Las Reformas a la Legislación Financiera en los 79's*

De esta manera, en los años 70's, fueron publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación, reformas muy importantes en materia bancaria, los días 29 de diciembre de 1970 y 2 de enero de 1975. La primera de éstas reconoce personalidad a los grupos financieros, y la segunda introduce la fórmula de la multibanca. Desde nuestro punto de vista los objetivos de las mismas son respectivamente los siguientes:

1. Fortalecer la configuración de grupos financieros de tamaño intermedio a través del reconocimiento formal de entidades económicas propietarias de dos o más instituciones que explotaban distinta concesión.
2. Desconcentrar el capital bancario mediante la incursión del sistema de banca múltiple.

El primero de los decretos arriba acotados inició el proceso de fortalecimiento a la concentración financiera reduciendo los tipos de instituciones de crédito al suprimir la posibilidad de otorgar concesiones para la creación de Bancos de Ahorro y préstamos para la vivienda.

El mismo decreto, mediante la adición del artículo 99 bis, otorgó personalidad jurídica a los grupos financieros y señaló como condición para ostentarse como tales la de seguir una política financiera coordinada y establecer un sistema de garantía recíproca en los casos de pérdida de sus capitales pagados.

De un análisis de la exposición de motivos de la respectiva iniciativa se desprende que esta reforma buscó fortalecer al sistema bancario. Dicho documento señalaba que en México, como en otros países, "se

ha observado el surgimiento de los llamados grupos o sistemas financieros, que consisten en la asociación unas veces formal y otras sólo informal de instituciones de crédito de igual o diferente naturaleza".

Por otra parte, la misma exposición señaló que el sistema bancario tenía en México el carácter de estratégico y por tanto habría que reconocer formalmente la existencia de dichos grupos.

En diciembre de 1974 se aprueba otra reforma que introduce a la Ley Bancaria la fórmula de la multibanca.

Esta reforma aparece como correctora de los efectos suscitados por el reconocimiento de los grupos financieros, es decir, nos referimos a lo que en la exposición de motivos aduce cuando señala que:

el resultado de dicho reconocimiento fue la formación de grandes grupos integrados por distintas instituciones que gozaban de concesión para operar en los distintos ramos bajo el criterio de especialidad, las cuales al contar con amplios cuerpos técnicos y administrativos en el conjunto de sus instituciones han adquirido una situación competitiva que redundó en la concentración excesiva de recursos en un número reducido de grupos limitando el desarrollo de instituciones bancarias de tamaño pequeño que sólo gozaban de una concesión.

De modo que mientras las reformas de 1970 pretendían fortalecer a la concentración financiera, las de 1975 buscaron desconcentrar el capital financiero mediante la fusión de las pequeñas entidades bancarias, al tiempo que también se abría la posibilidad de que la banca se fortaleciera a través de la adopción de esta fórmula. Así lo señala la exposición de motivos al mencionar:

Se abre la posibilidad de que surjan instituciones bancarias múltiples mediante la fusión de instituciones pequeñas que, de esta manera, mejoren su situación competitiva frente a los actuales grupos financieros, con el objeto de lograr una mayor dispersión de los recursos del sistema, un desarrollo bancario más equilibrado y un freno a las tendencias monopólicas que se observan.⁴²

En este marco desde 1976 los bancos empezaron a solicitar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la adopción de la fórmula "Banca Múltiple". Ya al finalizar 1977 había 17 multibancas, y para

⁴² Iniciativa de decreto que reforma y adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del año de 1974. Tomada de: *Op. cit.*, p. 12.

diciembre de 1978 su número llegaba a 27, mientras que en 1979 alcanzaron la cantidad de 33.

Para 1980 los principales bancos múltiples representan entre el 91 y 92 por ciento del total de los pasivos bancarios. Es decir este proceso de reforma a la vez que formalizó al proceso de concentración que ya se venía gestando al amparo de la política de desarrollo estabilizador, le dio un nuevo impulso, que se explica por las necesidades crecientes que el Estado experimenta hacia 1970 en cuanto a financiamiento se refiere.

Sin embargo, lejos de haber una desconcentración financiera, como se pretendió, las principales instituciones bancarias reúnen para 1981 aproximadamente el 76% de la captación.

Aunque los tres grupos bancarios más grandes (Bancomer, Banamex y Serfin) reducen su participación en el mercado de 58.34% al 53.40% esta pérdida no puede atribuirse a ninguna de estas instituciones, sino más bien es absorbido por la banca pública ya que el grupo internacional Nafinsa desplaza del cuarto lugar al grupo Comermex, y el grupo Somex pasa a formar parte de los seis grandes grupos financieros del país.

De esta manera se logró fortalecer a la banca pública a través de la adopción de la banca múltiple, sin embargo no se logró aumentar el financiamiento de los bancos privados hacia el Estado debido a que estas reformas legislativas coincidieron con el proceso de desintermediación local que en la década de los 70'0 se presenta en el país.

Es decir, desde principios de los años setentas México se inunda de oficinas de representación de grandes bancos transnacionales (esto también constituye una razón de por qué el Estado impulsa el florecimiento de grupos financieros nacionales) que en 1970 llegan a 80.

Aunque estas oficinas no pueden realizar operaciones bancarias directamente con el público, dada la libertad cambiaria imperante en México, nada obstó para que ellas sirvieran de canal para recibir depósitos y conceder créditos desde el exterior.

Por otro lado, los principales bancos mexicanos sobre todo Banamex, acentuaron la tendencia a abrir sucursales y oficinas en el extranjero. Bancomer, Banamex y Serfin, además de abrir sus propias sucursales, se ligaron a consorcios internacionales y empezaron a tener una activa participación en el euromercado, prestándole a México desde el exterior y con recursos provenientes del propio país.

Así que para 1970 la intermediación financiera en México se bifurca. Por un lado parte de ella continúa realizándose en el mercado local

pero cada vez más dolarizada, y la otra parte se realiza desde el mercado internacional. Como un remedio a esa situación la autoridad financiera permitió en 1976 los depósitos locales en moneda extranjera.

De tal manera que las reformas de 1970, implementadas como intento del Estado para obtener financiamiento, al coincidir con este proceso de desintermediación local traen como consecuencia una pérdida de autonomía del Estado frente a los grupos financieros que se convierten desde entonces en entes capaces de modelar desde el exterior la política financiera nacional.

IV. LA CRISIS DE LOS BANCOS

En realidad, esta etapa se compone de dos momentos distintos uno del otro en tiempo y en contenido. El primero de ellos arranca con el Decreto expropiatorio del 10. de septiembre de 1982 y se extiende hasta el momento en que se reforma el artículo 28 constitucional para establecer que el servicio público de Banca y Crédito será prestado exclusivamente por el Estado.⁴³

El segundo se inicia con la aprobación y posterior publicación en el *Diario Oficial* de la Federación de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito el 31 de diciembre de 1982 y culmina con la fusión de esta última y la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 en una segunda Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 14 de enero de 1985.

A) La Expropiación Bancaria de 1982

Hacia los años 80's, el sistema bancario mexicano presentaba la siguiente estructura:

1) Autoridades financieras con fuertes facultades de control sobre la Banca Comercial.

⁴³ Al respecto, Andrés Serra Rojas señala que la nacionalización es un régimen de derecho público estricto, establecido, en la Constitución, por medio del cual determinados bienes pasan al dominio total, exclusivo y definitivo de la nación, que en lo sucesivo será la única que podrá disponer de ellos con arreglo a la ley. De acuerdo con este criterio, sólo mediante el acto reformativo de la Constitución puede hablarse de nacionalización del Servicio Público de Banca y Crédito.

- S.H.C.P.
- B. de M.
- C.N.B. y S.
- C.N.V.

2) Banca Comercial.

Bancos Privados.

La gran mayoría constituidos como Instituciones de Banca Múltiple, en donde destacan por su importancia: Bancomer, Banamex, Comermex y Serfin.

Cerca de 30 bancos operando bajo el régimen de concesión y constituidos como instituciones especializadas sin importancia y que de hecho estaban a punto de desaparecer.

Instituciones Nacionales de Crédito.

Se trataba de sociedades constituidas como Bancas Múltiples pero que operaban en el campo del fomento al desarrollo y cuyo monto de capital social era en ocasiones superior al de los Bancos Privados. Entre ellos se encontraban: Banobras, Nafinsa, Bancomext y Banrural.

Bancos Extranjeros.

De hecho sólo operaba el First National City Bank, ya que su constitución estaba prohibida por la Ley de 1941 y éste había nacido, en México, antes de dicha prohibición.

Oficinas de Representación de Bancos Extranjeros.

Estas fungían como conducto entre los ahorradores nacionales y los bancos extranjeros.

3) Instituciones Auxiliares de Crédito.

Estas operaban también bajo el régimen de concesión y estaban fuertemente ligadas, desde el punto de vista patrimonial, con los Bancos Privados.

Por los motivos ya comentados en el capítulo precedente, el 1o. de diciembre se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación un "Decreto por el que se Establece la Nacionalización de la Banca Privada". Amén de analizar algunos de los puntos débiles desde el punto de vista técnico-jurídico, es necesario acotar que dicho texto normativo afectó exclusivamente a los bancos privados —excepción hecha del Banco Obrero—, por lo que el esquema arriba presentada sufre una alteración parcial.

Algunos comentarios en torno a la Técnica Legislativa

Pese a que el decreto de referencia se denomina de Nacionalización, esto es lo único que no hace. En efecto, de acuerdo con el artículo 1o. del mismo, se expropian, por causas de utilidad pública, una serie de activos propiedad de las instituciones de crédito que constituyen su objeto.

Por otra parte, si por nacionalización entendemos el hecho de que el Estado se reserve exclusivamente la explotación de ciertos bienes o el desarrollo de determinadas actividades; entonces la nacionalización del servicio público de Banca y Crédito —que no de la banca— requería de una reforma a la Constitución Federal que estableciese dicha exclusividad. Esta reforma fue realizada hasta el 28 de noviembre de 1982, señalándose en el artículo 28 de la Carta Magna que el servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado. En ese momento ya podemos hablar de nacionalización.

En otro orden de ideas, llama la atención el artículo 2o. del ya mencionado Decreto, mismo que dispone: "El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa entrega de las acciones y cupones por parte de los socios de las instituciones a que se refiere el artículo primero, pagará la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá de diez años".

No nos explicamos por qué razón las Instituciones de Crédito tenían que entregar al Gobierno las acciones representativas de su capital social, ya que las mismas fueron objeto del acto expropiatorio, es decir no quedaron incluidas en el listado del artículo primero. En todo caso, si las acciones representativas del capital social de los Bancos hubiesen sido expropiadas entonces las sociedades anónimas titulares de las respectivas concesiones debieron haberse puesto en liquidación, toda vez que dejaron de reunir el requisito de contar con cuando menos cinco socios, que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Lo curioso es que, aunque en el Decreto no se aclara esta situación, en el Artículo 2o. transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983 se señala que en el mismo sí fueron expropiadas las acciones de las Instituciones de Crédito, ya que en este precepto se menciona: "El Ejecutivo Federal, en su carácter de titular de las acciones representativas del capital social motivo de los Decretos publicados en el *Diario Oficial* los días 1o. y 6 de Septiembre. . ."

Nuevamente en el artículo tercero encontramos elementos suficientes para fabricar un comentario. En dicho precepto se menciona: "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público. . . tomará posesión inmediata de las Instituciones Crediticias Expropiadas". Al respecto no podemos dejar de señalar que las Instituciones de Crédito no pueden ser expropiadas, toda vez que son personas morales, y las personas no pueden ser propiedad de nadie.

Como ya lo habíamos comentado, el multicitado Decreto no es aplicable a la Banca Mixta, en virtud de que ésta ya era pública. Tampoco es aplicable ni al Banco Obrero ni al City Bank, la razón de ello es más política que jurídica —recuérdese que el primero es propiedad de la C. T. M. y el segundo es un Banco Extranjero—. Asimismo, quedan fuera de su ámbito material de aplicación las Instituciones Nacionales de Crédito, las Organizaciones Auxiliares de Crédito, las oficinas de entidades financieras del exterior, y las sucursales de bancos extranjeros.

Finalmente, del artículo sexto se desprende que las Instituciones de Crédito cuyos activos fueron expropiados se transformarán en Entidades de la Administración Pública Federal y una vez hecho esto serán titulares de las concesiones. Ello nos parece absurdo, ya que por su propia naturaleza las concesiones sólo pueden ser otorgadas a los particulares.

La nueva estructura

A raíz del Decreto del 1o. de Septiembre de 1982, la estructura que presentamos al inicio de este aparato se alteró, en la parte relativa a bancos comerciales, de la siguiente forma:

2. Banca comercial

- Bancos Privados = Banco Obrero
- Instituciones Nacionales de Crédito

- "Bancos Nacionalizados"⁴⁴
- Bancos Extranjeros
- Oficinas de Representación de Bancos Extranjeros.

B) Las leyes de 1982 y 1985

Una de las primeras acciones legislativas del régimen que asumió el poder el 1o. de diciembre de 1982 fue la presentación de un proyecto de Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que una vez aprobada por el Congreso de la Unión, fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 31 de diciembre de 1982.

Dicha ley regularía exclusivamente el funcionamiento de las instituciones que fueron objeto de los Decretos del 1o. y 6 de septiembre de 1982 —concretamente para efectos de su transformación en sociedades nacionales de crédito— y según preveía su propia exposición de motivos tendría el carácter de provisional.

Por primera vez en la historia de la legislación bancaria estamos en presencia de dos leyes que regulaban un mismo objeto. En efecto, la Ley de 1982 no abrogó a la de 1941, más aún la primera podría considerarse como un simple capítulo de adiciones y reformas a la segunda.

Es decir, el Artículo 2o. de la Ley en cuestión dispuso: "El servicio público de Banca y Crédito será prestado por instituciones de crédito en los términos de la presente Ley,⁴⁵ y por las constituidas por el Estado como Instituciones Nacionales de Crédito conforme a las leyes".

En el resto del articulado pasó a regular lo relativo a las Sociedades Nacionales de Crédito, dejando de lado a las Instituciones Nacionales, que debe entenderse, quedaban reguladas por la Ley de 1941.

Además de lo anterior, a las Sociedades Nacionales de Crédito les eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares contenidas en los Títulos Primero, Segundo, capítulos VI y VII. Cuarto y Quinto. (Véase artículo 3o. de la Ley de 1982.)

⁴⁴ Posteriormente, por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, el 6 de septiembre de 1982 éstos pasaron a denominarse Instituciones Nacionales de Crédito.

⁴⁵ En efecto, la ley preveía en sus artículos transitorios el proceso a través del cual las Instituciones objeto del decreto expropiatorio, deberían transformarse en Sociedades Nacionales de Crédito.

Sin embargo, debemos apuntar que la nueva Ley se olvidó de hacer mención de todo lo referente al Banco Obrero, a los bancos extranjeros y a las oficinas de representación de éstos, por lo que también debe entenderse que seguían regulándose por lo previsto en la Ley de 1941.

Finalmente es necesario comentar que el carácter constitucional de esta Ley fue seriamente cuestionado, en la medida en que, al abrir la posibilidad de que en el capital social de las sociedades nacionales de crédito participase hasta con un 34% la iniciativa privada, se contravenía lo dispuesto por el Artículo 28 Constitucional en el sentido de que el servicio público de banca y crédito "será prestado exclusivamente por el Estado."⁴⁶

Por todo lo antes mencionado, y una vez instrumentado el proceso de fusión y transformación de los bancos comerciales en Sociedades Nacionales de Crédito, se hizo necesario proceder a la compactación de las Leyes de 1941 y 1982 en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 14 de enero de 1985.

De acuerdo con esta Ley, ahora vigente, el servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito, pudiendo ser éstas de dos tipos:

- a) Instituciones de Banca múltiple, que son los antiguos bancos privados, llamados nacionalizados después del Decreto del 1o. de septiembre de 1982, transformados en Instituciones Nacionales de Crédito con el Decreto del 6 de septiembre del mismo año, y en Sociedades Nacionales de Crédito por la Ley de 1982.
- b) Instituciones de Banca de Desarrollo que son las anteriormente denominadas Instituciones Nacionales de Crédito en términos de la Ley de 1941.

Sin embargo, según se desprende de una enjundiosa revisión de la ley, el Banco Obrero sigue sin ser incorporado al nuevo régimen legal. Quizá por ello la ley de 1941 tampoco fue abrogada por la de 1985, sino simplemente derogada, al igual que la de 1982, de donde se sigue que ambas siguen vigentes en cuanto no se opongan a la actual.

⁴⁶ No es el objeto de este trabajo entrar a analizar a mayor profundidad lo relacionado con las Sociedades Nacionales de Crédito.

Finalmente, es necesario acotar que las nuevas sociedades de crédito están impedidas en términos del Artículo 68 de la Ley Reglamentaria para relacionarse patrimonialmente con otros intermediarios financieros no bancarios.

En consecuencia el sistema bancario mexicano guarda actualmente la siguiente estructura:

1. Autoridades financieras

— S.H.C.P. (sus facultades se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

— B. de M. (regulado por su Ley Orgánica de fecha 31 de diciembre de 1984).

— C.N.B. y S. (regulada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de enero de 1985).

— C.N.V. (regulada por la Ley del Mercado de Valores del 2 de enero de 1975).

2. Banca

— De desarrollo: Sociedades Nacionales de Crédito y Banca de Desarrollo (reguladas en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985).

Sociedades Nacionales de Crédito de Banca Múltiple (reguladas por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

— Comerciales; Bancos Privados; (instituciones de crédito) Banco Obrero (regulado por la Ley de 1941).

Sucursales de bancos extranjeros (regulados en la Ley de 1941).

Oficinas de Representación de bancos extranjeros (contemplados en el artículo 7o. de la Ley de 1985).

3. Instituciones Auxiliares de Crédito

— (Reguladas por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito de fecha 14 de enero de 1985 o por su ley respectiva).

CONCLUSIONES

La revisión en torno a la evolución que ha presentado la legislación relativa a los bancos carecería de sentido si de su análisis no se des-

prenden algunas líneas explicativas del estado actual que guarda el Sistema Financiero Nacional. Por ello, amén de que, a lo largo de este trabajo, se han vertido una serie de tesis, consideramos necesario, a riesgo de ser redundantes, señalar lo siguiente:

1. En México, desde su origen, el ámbito de la intermeditación financiera ha sido primordialmente reservado a la acción del capital privado. En él la "mano pública" ha tenido mayores dificultades para intervenir y cuando ha intentado hacerlo siempre ha tenido que ceder. Existen dos ejemplos palpables que constatan esta argumentación, el primero de ellos fue la instrumentación, por el presidente constitucional Venustiano Carranza, de la incautación de los Bancos de Emisión en 1916 paralizada apenas unos cuantos años más tarde por el general Obregón; el segundo es la nacionalización del servicio público de banca y crédito aprobada por el poder constituyente permanente durante el régimen presidencial del licenciado José López Portillo, doblemente mediatizada, por una parte a través de la anticonstitucional autorización por las leyes de 1982 y 1985 de la participación privada hasta en el 34% del capital social de las llamadas Sociedades Nacionales de Crédito; y por la otra mediante el cada vez mayor impulso de los intermediarios financieros no bancarios, reducto de los antiguos propietarios de los bancos comerciales afectados por el decreto expropiatorio de 1982.

2. El derecho bancario es uno de los sectores en donde la aplicación de las técnicas del derecho económico —como disciplina que gira en torno a la interrelación entre el derecho y la economía para buscar dar una dirección a los ciclos del capital coherente con la política económica definida por los poderes públicos— han resultado menos eficaces porque el capital financiero se desarrolla bajo su propia lógica desbordando los controles jurídicos que el Estado trata de implementar. Así, ni la estructura de las autoridades financieras plenamente definida a partir de los años 40s. ni los intentos del gobierno en los años 70s. por delinear una política financiera estatal a la cual las instituciones crediticias privadas se ajusten; han podido garantizar un control sobre el capital bancario privado.

3. Es por ello que a partir de los años 70s. el Estado mexicano pierde casi en su totalidad la soberanía financiera y la política económica pasa a ser determinada por los bancos privados —a partir de entonces transnacionalizados— a través de las cartas de intención firmadas, como condición necesaria para obtener financiamiento, con el Fondo Monetario Internacional.

4. Cuando en el año de 1982 el Estado nacionaliza el Servicio Público de Banca y Crédito y como consecuencia los amparos interpuestos por las instituciones afectadas por el decreto expropiatorio de septiembre de dicho año se sobreesen, el capital privado se enfila hacia el fortalecimiento de las instituciones auxiliares de crédito que no habían sido contemplada por el decreto expropiatorio de ese año, dando origen a una banca paralela que rápidamente arrebató la captación de las sociedades nacionales dejando para estas últimas el mercado de los pequeños ahorradores. Es por esta razón que cuando la Ley de 1982 abre la posibilidad de que los particulares adquieran hasta el 34% del capital social de las sociedades nacionales de crédito, los ex banqueros no se muestran mayormente interesados en su adquisición. Así para 1987, año en que se comienzan a lanzar al mercado los certificados de aportación patrimonial, éstos son adquiridos más como instrumentos de especulación financiera —debido a sus altos rendimientos— que por su cualidad de títulos que otorgan el derecho a la gestión de la empresa, gestión que de cualquier manera conservan los expropiatorios de los bancos comerciales, toda vez que por virtud de la ley vigente sólo quienes cuentan con experiencia mínima de cinco años en cargos de alto nivel directivo en instituciones de crédito pueden ser directores de una sociedad nacional de crédito o miembros de sus órganos de gobierno.

5. Finalmente, es necesario mencionar que la legislación bancaria vigente presenta algunos puntos oscuros. Baste señalar al respecto el problema de la vigencia de las leyes de 1941 y 1982. Es decir, el artículo segundo transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 dispone: "Se derogan la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de mayo de 1941; la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1982..." En torno a este precepto es imprescindible destacar la distinción fundamental que la doctrina establece entre derogación y abrogación, según la cual la primera implica dejar sin efectos uno o más preceptos de algún ordenamiento, en tanto que la segunda significa que una ley queda sin vigencia en su totalidad.

En consecuencia, toda vez que existe una nueva Ley Reglamentaria de la materia, las de 1941 y 1982 debieron haber sido abrogadas y no derogadas. Empero, si esto fuera así, quedarían sin reglamentación legal el Banco Obrero —que sigue operando como institución de cré-

dito— y las sucursales de bancos extranjeros que no están contempladas en la Ley vigente sino en la de 1941.

Por tanto, la Ley de 1941 sigue vigente y si existe la derogación de alguno de sus preceptos, será sólo en el caso de que contravengan alguna disposición de la Ley de 1985. Ahora bien, lo que resulta innecesario es mantener vigente la Ley de 1982 ya que casi todas sus disposiciones fueron recogidas en la de 1985.

De manera tal que actualmente existen tres ordenamientos que regulan un mismo objeto, la Ley de 1941, la de 1982 y la de 1985. Situación curiosa si se piensa que esta última es el simple resultado de la fusión de las dos anteriores.

ANÁLISIS DE LAS RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL *

Fauzi HAMDAN AMAD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos.* III. *Análisis de la Reforma Constitucional al Artículo 73, Fracción IV.* IV. *Breve Análisis de la Ley Orgánica de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.*

I. INTRODUCCIÓN

Por Decreto publicado el 10 de agosto de 1987 en el *Diario Oficial* de la Federación se reformó, entre otros artículos constitucionales, el Artículo 73, Fracción VI, para señalar las nuevas bases de organización y funcionamiento del Gobierno del Distrito Federal, instituyéndose como novedad destacada la llamada Asamblea de Representantes. Con dicha reforma se dio un paso, aunque con titubeos y vacilante, pero al fin y al cabo, un paso, por insignificante que sea, en la llamada democratización de los derechos de los habitantes del Distrito Federal, sin resolver, como más adelante lo abordaré, el problema de fondo en cuanto a otorgar a sus habitantes auténticos órganos de representación directa y de manera exclusiva para dicha entidad federativa, amén de que tampoco se ha vislumbrado la posibilidad de analizar, en serio y a fondo, la cuestión relativa a que al Distrito Federal le corresponda una extensión territorial mucho más reducida que la que actualmente tiene sin salir de la Ciudad de México.—El propósito de este estudio es analizar, someramente, los antecedentes históricos más relevantes respecto al tratamiento constitucional que al Distrito Federal se le ha dado en el pasado, a partir del México independiente en que se instituye el sistema federal; igualmente, analizar, a la luz de dichos antecedentes que cobran mayor fuerza e importancia en el presente, las nuevas disposiciones constitucionales sobre la organización y funcio-

* Conferencia sustentada el 22 de octubre de 1987 en la Escuela Libre de Derecho.

namiento del Gobierno en el Distrito Federal y, por último, apuntar los problemas políticos constitucionales que dicha reforma entraña y las propuestas para dar vida democrática auténtica a los habitantes de la extensión territorial que actualmente comprende el Distrito Federal.

Es bien sabido que en un régimen federal, en donde coexisten dos ámbitos competenciales de imperio, uno relativo a los órganos federales y el otro a las entidades federativas, con base en el Artículo 124 Constitucional, exige como ámbito material de imperio de las normas jurídicas un lugar físico donde se ejerzan dichas competencias de cada una de dichas órdenes competenciales. El *imperium* de las entidades federativas se ejerce, al igual que los órganos federales, por conducto de los órganos que desempeñan las tres funciones esenciales estatales (legislativo, jurisdiccional y administrativo), sobre sus respectivos territorios, y por lo que concierne a los órganos federales sobre todo el territorio nacional en las materias que expresamente se le confieren en la Constitución.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. Constitución de 1824

Para tratar de comprender la difícil tarea que tomaron en sus manos aquellos mexicanos que crearían el nuevo Estado independiente, no está de más recordar que el país iniciaba su vida nacional bajo los más negros augurios si se consideran las adversas condiciones económicas, políticas y sociales que prevalecían al inicio de la segunda década del siglo pasado. Después de innumerables conflagraciones bélicas y pronunciamientos en diversas partes del país, se impuso el Plan de Casamata, entre cuyos postulados se encontraba la formación de un nuevo Congreso que diera una Constitución nueva al naciente país independiente. La desaparición del efímero Gobierno Imperial de Iturbide puso al país al borde de la desintegración al grado de que diversas juntas provinciales y sus respectivos jefes políticos habían organizado las provincias como auténticos entes soberanos, separándose de la obediencia al ejecutivo nombrado provisionalmente por el Congreso (Querétaro, Michoacán, Guanajuato, Centroamérica se separó y Chiapas difirió su decisión hasta septiembre de 1824 cuando se unió de nuevo a México). Al final, se cumplió el llamado de dicho Plan Casamata y el Congreso constituyente se reunió a finales de 1823. No había duda de que los federalistas dominaban la escena. Don Miguel

Ramos Arizpe, ex diputado de las Cortes, dirigía al grupo federalista. Había también un grupo de centralistas convencidos, dirigidos por el no menos ilustre político e historiador Lucas Alamán y Carlos María de Bustamante que temían forzar la naturaleza de la nación con un cambio drástico, viendo por ello en la república centralista el paso natural y necesario. Contra lo que muchos autores señalan fray Servando Teresa de Mier fue federalista, como casi todos los diputados de las provincias. La confusión nació por la terquedad con la que se negó a aceptar que se hablara de Estados soberanos, temiendo que un federalismo no diera suficiente poder a los órganos federales para llenar y cumplir ampliamente con sus responsabilidades frente a la Nación. No cabe duda que la experiencia vivida de 1824 hasta 1848 les habría de dar la razón. A fines de 1823, sin embargo, se reconocía que la situación heredada de los gobiernos provinciales con sus respectivas diputaciones, algunas de las cuales mantenían su firme propósito separatista, hacía difícil establecer un Gobierno que no fuera el federal. La desconfianza del centro privaba entre los diputados y un poco de celos por el predominio que había tenido en el pasado. Por eso no es de extrañar que se aprovechara cualquier ocasión para debilitar la antigua provincia de la Nueva España que constituía el Estado de México. La oportunidad se presentó con la necesidad de erigir en un régimen federal un Distrito Federal para lo cual se consideró necesario utilizar la Ciudad de México. Dicho Estado trató de defenderse pero fue vencido al final y se resignaría a cambiar su capital, y a perder al mismo tiempo la fuente de sus mayores ingresos. Por aquellos días de constitucionalismo ardiente ya habían sido publicadas prácticamente las Constituciones importantes que podrían servir como modelos a la nuestra: la francesa, la norteamericana, la colombiana, así como muchos proyectos y traducciones de escritos políticos como "El Federalista". La Constitución resultó ser al final un documento ideológico con la preocupación fundamental de sus autores en cuanto a la organización y funcionamiento del Gobierno, así como consagrar de manera reiterativa la soberanía popular.

En cuanto al Distrito Federal, la Constitución otorgó al Congreso Central la facultad de elegir un lugar que sirviera de residencia a los órganos federales ejerciendo en él las atribuciones del poder legislativo de un Estado y la de variar esa residencia cuando lo juzgare necesario. Para ese efecto, en noviembre de 1824, complementado por Decretos de abril y mayo de 1826, el Congreso designó al efecto la Ciudad de México segregándola del Estado de su nombre y la con-

virtió en el Distrito Federal con una superficie igual a la de un círculo de dos leguas de radio cuyo centro fuese la plaza mayor y, siguiendo prácticamente el modelo norteamericano, entregó el Gobierno de la nueva entidad, y sus respectivas funciones, a los órganos federales, subsistiendo el ayuntamiento de la ciudad así como la elección popular de los municipales. Asimismo, se concedió al Distrito Federal el derecho de elegir Diputados al Congreso Federal. En cuanto a la intervención de los habitantes dentro del Distrito Federal para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, tales elecciones, bajo el procedimiento indirecto que entonces se instituyó, competía a las legislaturas estatales, por lo que los habitantes del Distrito Federal, carentes de legislatura propia, quedaron excluidos de tan importante derecho político.

2. *Constituciones centralistas*

Aunque bajo las constituciones centralistas, como es natural, dejó de existir el Distrito Federal, quisiera referirme, por constituir un importante antecedente, que de alguna manera pienso fue tomado en cuenta por el llamado poder constituyente permanente que instituyó la Asamblea de Representantes para el Gobierno del Distrito Federal, a un órgano denominado Asambleas Departamentales dentro de la organización de los departamentos en que se dividió el país, instituido en las bases orgánicas de 1843 (Artículo 134) que le confirió funciones, entre otras, relativas a reglamentar lo relativo a servicios públicos del Departamento, cuidar la salubridad pública, aprobar los presupuestos de gastos, proponer iniciativas de ley al Congreso General, servir de consultor del Gobierno en todos los asuntos que éste le encomiende, etcétera. Durante el régimen centralista el territorio residente de los poderes nacionales dejó de denominarse Distrito Federal y tomó el nombre de Departamento de México. Al restaurarse la Constitución de 1824, por los Decretos de agosto de 1846 y 1847, trajo como consecuencia lógica y natural que la residencia de los poderes federales se volviera a designar como Distrito Federal.

3. *Constitución de 1857*

El proyecto constitucional elaborado por la Comisión encabezada por Ponciano Arriaga, que designó el Congreso constituyente de 1857, no hizo alusión al Distrito Federal sino a las entidades que ya tenían

el carácter de Estados y a los territorios. Entre los Estados de la Federación Mexicana se hizo figurar al del Valle de México que debería formarse con el territorio del Estado de México y con la misma extensión territorial del Decreto de 17 de octubre de 1855. Además, en tal proyecto se dio facultades al Congreso para designar un lugar que sirviera de residencia a los poderes de la unión y variar la residencia cuando lo juzgue necesario. Dicho proyecto suscitó, tal como lo reseña magistralmente don Manuel Herrera y Lasso, apasionadas y desbordantes diatribas en torno a si la Ciudad de México debía seguir siendo lugar de residencia de los poderes federales o, en su caso, a qué ciudad debería otorgársele tal rango y, como consecuencia de ello, al trasladarse dichos poderes, qué extensión territorial tendría el nuevo Estado del Valle de México, esto es, si ésta se formaría con la extensión territorial que entonces tenía el Distrito Federal o con parte del Estado de México. La "Comisión Territorial", como la llama don Manuel Herrera y Lasso, propuso que los poderes radicasen en Querétaro, sin haber faltado quien propusiera como el diputado Moreno, su instalación en Aguascalientes para que los funcionarios de la federación no se viesan envueltos en el ambiente de lujo, placeres y corrupción que caracteriza a una populosa ciudad como la de México. Sin embargo, prevaleció la sensatez de los juicios que vertieron Prieto y Zarco, entre otros, que impugnaron los sofismas de Moreno, quienes salieron en defensa de la Ciudad de México como lugar de residencia de los poderes federales, señalando que los argumentos vertidos por el diputado Moreno son fútiles, pueriles y hasta vulgares, reduciéndose a atribuir los males públicos a la Ciudad de México y creer que el cambio de aires haga mejores a los hombres públicos. Después de estar en sesión permanente, cuyas vicisitudes sobre la asamblea constituyente fueron ampliamente discurredas por don Emilio Rabasa en un capítulo de su magistral estudio la "Constitución y la Dictadura", se aprobó el Artículo 46 correspondiente a la Constitución de 1857 que disponía que el Estado del Valle de México se formará del territorio que en la actualidad comprende el Distrito Federal pero la erección sólo tendrá lugar cuando los supremos poderes federales se trasladen a otro lugar, otorgando dicha facultad de decretar el traslado al Congreso de la Unión (Artículo 72, Fracción V). Mientras no se cambiara de residencia tales poderes radicarían en la Ciudad de México, la cual representaría al Distrito Federal, cuyo órgano legislativo era el propio Congreso otorgándole facultad para legislar en todo lo atinente al propio Distrito Federal, teniendo por base el que los ciudadanos elijan

a las autoridades políticas, municipales y judiciales, designándoles rentas para cubrir sus atenciones locales; asimismo, se otorgó el derecho a los ciudadanos del Distrito Federal de elegir a los diputados al Congreso de la Unión, cuyo derecho se hizo extensivo a los senadores una vez que se implantó el bicameralismo en 1874.

En 1901, se modificó la Fracción VI del Artículo 72 Constitucional para establecer que la organización del Distrito Federal quedaba sometida absolutamente al Congreso de la Unión, suprimiéndose, por dicha reforma, el derecho de los ciudadanos para elegir popularmente a sus autoridades. Dicha reforma dio lugar a que el Distrito Federal quedara totalmente sujeto al Gobierno Federal, según la organización y funcionamiento que se le atribuyó en la Ley Orgánica de dicha entidad en 1903. Se dividió el Distrito Federal, con base en tal ley, en trece municipalidades al frente de las cuales se colocó un prefecto político directamente nombrado por el presidente de la República. Tales prefectos dependían de dicho alto funcionario, quien por conducto de la Secretaría de Gobernación, ejercía las funciones administrativas de la entidad siendo su gobernador un mero inferior jerárquico del presidente. No obstante que los ayuntamientos siguieron subsistiendo en relación con cada municipalidad y a pesar de que sus miembros eran elegidos popularmente, mediante elección indirecta en primer grado, las atribuciones de dicho cuerpo se contrajeron a facultades de vigilancia, de opinión, de consulta de determinados asuntos y de iniciativa para la adopción de medidas que los prefectos debían adoptar en cada caso.

4. Constitución de 1917

El régimen estatuido para el Distrito Federal por la Ley Orgánica de 1903 no fue modificado sino hasta 1917.

Reunido el constituyente en Querétaro el primer jefe del ejército constitucionalista presentó su proyecto de Constitución, que en su parte relativa establecía como base de la división territorial de la organización política de los Estados el municipio libre administrado por ayuntamiento de elección popular y sin autoridades intermedias entre él y el Gobierno del Estado, con lo cual se suprimió las jefaturas políticas. En el capítulo relativo a las partes integrantes de la federación se incluyó al Distrito Federal y propuso que dicha entidad federativa se dividiera en municipalidades gobernadas por ayuntamientos de elección popular a excepción de la Ciudad de México que estaría a cargo

de un número de comisionados que determinaría la ley. A pesar de que se conservó la facultad para cambiar la residencia de los poderes de la federación no previno, como la Constitución de 1857, que la traslación mencionada originaba la creación del Estado del Valle de México, cuya omisión sirvió a don Manuel Herrera y Lasso para hacer notar una clara incongruencia en que incurrió el proyecto constitucional por cuanto que en los Artículos 43 y 44 suprime el nombre de Valle de México e incluye entre las partes integrantes de la federación al Distrito Federal, con los límites naturales del Valle de México y por otro lado, como ya se mencionó, subsiste la facultad del Congreso para cambiar de residencia a los poderes de la Unión, consistiendo dicha incongruencia en que si el Congreso decidiera cambiar de residencia a los poderes de la Unión, el Valle de México ya dejaría de ser Distrito Federal y que tampoco habría adquirido el carácter de Estado, requiriéndose en tal hipótesis las reformas constitucionales a los artículos correspondientes relativos al capítulo de las partes integrantes de la Federación.

Tales incongruencias en el proyecto presentado por Venustiano Carranza fueron subsanadas por el Congreso constituyente al decidir que en caso de que los poderes federales se trasladaran a otro lugar se erigiría el Distrito Federal en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso. Esta última atribución faculta al órgano legislativo para cercenar o mutilar el territorio de cualquier Estado con el que se forme el nuevo Distrito Federal sin que se requiera en ninguno de los dos casos el consentimiento de las entidades afectadas ya que el supuesto normativo que contempla el Artículo 44 Constitucional es distinto del que prevé la Fracción III del Artículo 73 relativo a la formación de nuevos Estados dentro de los límites de los existentes. La Constitución de 1917 conservó la división del Distrito Federal en municipalidades encomendando su Gobierno a ayuntamientos de elección popular directa, confirmando al presidente de la República la facultad de nombrar y remover libremente al gobernador de dicha entidad que debía depender directamente de él.

Antes de que la Constitución actual entrara en vigor el propio Venustiano Carranza expidió la ley de organización del Distrito y territorios federales, cuya ley estuvo vigente hasta 1928. Por reforma a la Fracción VI del Artículo 73 Constitucional, en dicho año se derogó el régimen de municipalidades en el Distrito Federal cuyo gobierno quedó a cargo del presidente de la República para ejercitarlo por con-

ducto del órgano u órganos que determine la ley respectiva cuya ley se expidió el 31 de diciembre de ese mismo año. Dicho ordenamiento legal fue sustituido por la Ley Orgánica del Gobierno del Distrito Federal de 1941, la que siguió los lineamientos generales del inmediato anterior, ordenamiento que a su vez fue sustituido por la Ley Orgánica de 1970, la cual introdujo por primera vez los órganos de colaboración ciudadana en el Distrito Federal, que constituyen órganos de apoyo, de consulta y de denuncia, estructurados tales órganos de colaboración desde jefes de manzana, asociación de residentes, juntas de vecinos y el consejo consultivo de la Ciudad de México. Con vigencia a partir del 7 de diciembre de 1977, nuestra Constitución volvió a reformarse en lo relativo al Artículo 73, Fracción VI, segunda base para incorporar por primera vez en nuestro sistema constitucional la institución denominada "el Referéndum", pero sólo para el Distrito Federal, señalando como justificación que en dicha entidad federativa no existe una auténtica democracia representativa por cuanto que en el órgano legislativo para el Distrito Federal no intervienen únicamente los ciudadanos a quienes directamente dicho órgano va a representar, sino que participan también los demás ciudadanos de la República Mexicana y, en consecuencia, los ciudadanos del Distrito Federal influyen de manera parcial en la elección de sus representantes legislativos. Iguales razones se aducen respecto del presidente de la República, pues en su elección interviene la totalidad del grupo electoral de la República Mexicana y, además, el presidente ejerce su función administrativa en el Distrito Federal a través de un Jefe del Departamento del Distrito Federal nombrado y removido libremente por el titular del órgano ejecutivo. Por tales razones, ante la inquietud permanente y creciente de los habitantes del Distrito Federal, quienes se encuentran en una condición de *capitis deminutio* política, el constituyente permanente pensó que a través del instituto del referéndum se podría lograr la participación de los ciudadanos en las decisiones que directamente les afectaren. Con motivo de dicha reforma constitucional se expidió una nueva Ley Orgánica para el Distrito Federal a finales de 1978 que abrogó la de 1970 y como novedad sobresaliente se introdujo un nuevo capítulo bajo el rubro "De la Participación Política de los Ciudadanos" cuyo capítulo aún continúa en vigor; su vigencia ha sido nada más formal, pues nunca se ha aplicado, ya que en los 10 años de su vigencia nunca los ciudadanos que habitamos esta entidad hemos ejercido dicho derecho de referéndum sobre leyes y reglamentos del Distrito Federal. La razón primordial de la falta

de positividad del referéndum obedece a su insuficiente y tendenciosa reglamentación con el ánimo claro e inequívoco del legislador de hacer nugatorio dicho derecho político por la manera y términos en que quedó reglamentado. Tal parece que las disposiciones legales relativas al referéndum, reglamentarias de la base segunda de la Fracción VI del Artículo 73 Constitucional que estuvo vigente hasta el 10 de agosto del presente año, fueron redactadas con el propósito de que nunca se aplicaran.

Establecer una institución de tal envergadura, para ser efectiva la soberanía popular, tendría necesariamente que instituirse con todas sus consecuencias y efectos; pero se aprecia, como ha sido una constante en nuestra historia política, que los que ocupan transitoriamente el poder público, en muchas ocasiones han usado ciertas instituciones jurídicas más para disuadir o calmar los reclamos políticos que para hacer efectivos los objetivos que tales instituciones regulan; tal es el caso del referéndum. Si tanto se ha hablado de reivindicarles a los habitantes del Distrito Federal sus derechos políticos nada era mejor que el propio referéndum que constituye la expresión más sublime y perfecta, cuando está debidamente instituida, para hacer efectiva la soberanía popular. Parece ser, y perdonen que insista sobre dicha cuestión, que el legislador instituyó el referéndum con absoluta intención de no obligarse a su cumplimiento sino para experimentar la acogida que tendría en la opinión pública y lograr distraer así los legítimos anhelos de auténtica democratización en la organización política para el Distrito Federal.

III. ANÁLISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN VI.

Aun cuando el referéndum quedó derogado a nivel constitucional, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, actualmente vigente, lo sigue contemplando, con todas las deficiencias e irregularidades a que ya hice alusión.

Bajo la premisa de auscultación y consulta popular, que ha sido la pauta del presente Gobierno para introducir diversas reformas a diferentes ordenamientos legales, se llevó a cabo, en diversos foros, el análisis relativo al gobierno del Distrito Federal para que la población de dicha entidad alcanzara, como en las demás entidades federativas, el ejercicio pleno de sus derechos políticos y salir de la situación de *capitis deminutio* política frente a la de los demás Estados

miembros. Las propuestas en tales foros fueron de muy diversa índole, unas solicitando de plano el traslado de residencia de los poderes federales a otro lugar con lo cual se ayudaría a la descentralización del Distrito Federal, con la propuesta específica de que el nuevo lugar que se escogiera fuera de una delimitación territorial muchísimo menor a la actual, por no ser necesario que el Distrito Federal tuviera una extensión tan grande como la que actualmente tiene. Como consecuencia de ello, automáticamente, por disposición constitucional, quedaría erigido el actual Distrito Federal en el Estado del Valle de México como otra entidad federativa. El traslado de los poderes federales a otro lugar ha sido, históricamente, motivo de serias discusiones, argumentándose en su contra que siendo la Ciudad de México, el centro vital y el alma de las actividades políticas, sociales y económicas del país, lo lógico es que los órganos federales tengan su residencia en dicha entidad; por el contrario, ante los graves problemas macrocefálicos que actualmente aquejan a dicha entidad, provenientes básicamente por la excesiva población que actualmente la habita y la extrema dificultad de proporcionarle todos los servicios que requiere, argumentan otros, la impostergable necesidad de adoptar medidas drásticas tendientes efectivamente a descentralizar la Ciudad de México, entre cuyas medidas se encuentra la de cambiar de residencia a los poderes federales. Se argumentan en contra de tales medidas los serios inconvenientes de traslado como son el costo de crear la nueva infraestructura en el nuevo lugar que se escogiera y la supuesta pérdida o disminución de control e influencia de los órganos federales respecto de la entidad del Distrito Federal que representa la población más numerosa respecto de las demás.

Otros, en dichos foros, propusieron la democratización plena en el Distrito Federal, sin cambiar de residencia los órganos federales, otorgando los derechos políticos a sus habitantes mediante la creación de un órgano legislativo exclusivo para el Distrito Federal y desde luego la elección directa de sus miembros, al igual que el establecimiento de un órgano ejecutivo local, de elección popular, cuyas funciones, aunque no propiamente equivalentes a un Gobernador de una entidad federativa, tuviera mayor autonomía que el actual Jefe del Departamento del Distrito Federal en cuanto su vinculación al titular del ejecutivo federal, dejando sólo ciertas facultades de control, vigilancia y revisión al órgano ejecutivo federal.

Por último, una tercera corriente proponía la reducción de la extensión territorial del Distrito Federal, siguiendo el modelo norte-

americano del Distrito de Columbia, y la erección en consecuencia del resto de la superficie territorial, en una entidad federativa con la denominación del Estado del Valle de México, con las consiguientes reformas constitucionales, pues la hipótesis constitucional actual supone el cambio de residencia de los órganos federales mas no la reducción de la actual extensión territorial del Distrito Federal. *Paráfrasis.*

Por razones políticas, básicamente a mantener un centro de influencia predominante en el área de población más importante de la República y como centro vital de las actividades económicas y sociales, se optó por dar un paso en el otorgamiento de los derechos políticos de los habitantes pero a través de la instauración, como más adelante lo veremos, de un órgano de representación popular que no es propiamente un órgano legislativo ni tampoco un órgano administrativo, sino que tiene funciones mixtas, endebles, quedando sujeto al órgano legislativo federal, cuyas funciones del nuevo órgano del Distrito Federal llamado Asamblea de Representantes, se asemejan mucho, como ya lo señalé en la evolución histórica, a las Asambleas Departamentales de las Bases Orgánicas de 1843.

Las principales innovaciones en la reforma constitucional al Artículo 73, Fracción VI, publicada el 10 de agosto del año en curso en el *Diario Oficial* de la Federación, son las siguientes:

1. Se establece preponderantemente la forma de organización descentralizada y por desconcentración en las actividades de la administración pública del Distrito Federal.

2. Se crea un órgano de representación ciudadana del Distrito Federal denominado Asamblea de Representantes integrado por 40 representantes electos según el principio de votación mayoritaria relativa y mediante el sistema electoral uninominal y 26 representantes electos, según el principio de representación proporcional. A dichos representantes se les equipara, prácticamente, a los Diputados Federales en cuanto a vigencia en su cargo, impunidad en cuanto a sus opiniones que emitan en el desempeño de sus funciones y se les confiere el rango de servidores públicos que gozan de fuero constitucional de acuerdo con la modificación que también sufrió el Artículo 110 de la Constitución y, por último, tales representantes deben reunir los mismos requisitos que se establecen para los Diputados Federales siéndoles aplicables todo lo relativo a los Artículos 59, 61, 62 y 64 de la Constitución, referente a la no reelección, a la inviolabilidad de sus opiniones, a la incompatibilidad del desempeño de sus cargos con cualquier otro empleo o comisión de la federación o de los Estados por los

cuales se disfrute sueldo y a la pérdida de la dieta que les corresponda por no concurrir, sin causa justificada, a una sesión.

Las funciones primordiales de dicha asamblea son las siguientes:

Dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno, sujetándose a las leyes que emita el Congreso de la Unión, en las siguientes materias señaladas de manera taxativa y no enunciativa: Salud (73, fracción XVI en materia de Salubridad General de la República) y asistencia social (Reglamento del Patronato de Asistencia para Reincorporación Social en el Distrito Federal); abasto y distribución de alimentos (Reglamento que fija bases generales para la libre introducción y distribución de carne para el consumo humano, 28 constitucional y artículo 73, fracción XXIX E), mercados y rastros; establecimientos mercantiles (Reglamento para establecimientos mercantiles y espectáculos públicos); comercio en vía pública (medida de policía); recreación de espectáculos públicos y deporte; seguridad pública; protección civil; servicios auxiliares a la administración de justicia; prevención y readaptación social (Ley de normas mínimas sobre readaptación social y sentenciados); uso del suelo, (Ley de Asentamientos Humanos. Ley de Desarrollo Urbano); regularización de la tenencia de la tierra, establecimiento de reservas territoriales y vivienda (Ley de Desarrollo Urbano y Ley de Vivienda); preservación del medio ambiente y protección ecológica (artículo 73, fracción XVI, base cuarta); explotación de minas de arena y materiales pétreos; construcciones y edificaciones; agua y drenaje; recolección; disposición y tratamiento de basura; tratamiento de aguas; racionalización y seguridad en el uso de energéticos; vialidad y tránsito; transporte urbano y estacionamientos; alumbrado público; parques y jardines; agencias funerarias, cementerios y servicios conexos; fomento económico y protección al empleo; desarrollo agropecuario; turismo y servicios de alojamiento; trabajo no asalariado y previsión social; y acción cultural. Como se aprecia de dicha facultad, aunque se le llame reglamentos, si éstos se expiden sin base en una ley que emane del Congreso de la Unión, tienen el carácter de autónomos al desarrollar directamente una facultad constitucional y, por ende, por su naturaleza intrínseca corresponde prácticamente a una función legislativa de crear leyes en tales materias, por lo que si se ejerce dicha función reglamentando las materias antes señaladas, sin base en ley del Congreso de la Unión, estamos en presencia en sentido estricto de una ley, tanto desde el punto de vista orgánico como material, y si el Congreso de la Unión legislara sobre dichas materias que tendrían jerarquía superior a las emanadas por tal Asamblea, la función de dicha

asamblea sería reglamentaria en tales materias y su función sería prácticamente administrativa de reglamentación de las leyes del Congreso para mejor proveer a la esfera administrativa. Por ello decía al principio que tal órgano no tiene propiamente el carácter de órgano legislativo, ni tampoco exclusivamente de órgano ejecutivo con funciones administrativas. Los ordenamientos que emita tal órgano sobre las materias de referencia, y que tuvieran el carácter de leyes en sentido formal y material por no estar sustentadas en una ley del Congreso de la Unión, no son objeto del derecho de veto del Presidente de la República, quien continúa en los términos de las bases teniendo a su cargo el Gobierno del Distrito Federal (último párrafo del inciso j) de la base segunda).

3. Proponer al Presidente de la República la atención de problemas prioritarios a efecto de que tomando en cuenta los ingresos y el gasto público para el Distrito Federal lo considere en el Proyecto de Egresos que se envía a la Cámara de Diputados.

4. Recibir y revisar los informes trimestrales que presente la autoridad administrativa del Distrito Federal respecto a la ejecución de presupuestos y programas aprobados y elaborar un informe anual para analizar la congruencia entre el gasto autorizado y el realizado, por partidas y programas que votado por la asamblea se enviará a la Cámara de Diputados para la revisión de la cuenta pública anual del Distrito Federal. En esta materia se convierte la asamblea en un mero revisor de la cuenta pública del Distrito Federal cuya resolución de ninguna manera vincula a la Cámara de Diputados que es en última instancia la que con fuerza vinculatoria aprobará o no la cuenta pública del Distrito Federal; en este sentido se considera como un órgano de consulta y de revisión previa sin consecuencias jurídicas, pero sí pudiera tener consecuencias políticas.

5. Al igual que la comparecencia de servidores públicos a que se refiere el artículo 93 constitucional en materia federal, se le confiere la facultad de citar a los servidores públicos del Distrito Federal para que informen a la Asamblea sobre el desarrollo de los servicios y ejecución de obras encomendadas al Gobierno del Distrito Federal, limitándose única y exclusivamente a aquellos servidores públicos que tuvieran encomendadas tales tareas.

6. Convocar a consulta pública sobre cualquiera de los temas y materias a que se refiere dicha base segunda, sin que el resultado de la auscultación o de la consulta tenga fuerza vinculatoria jurídica para

dicha asamblea o para el propio Congreso de la Unión o autoridad administrativa.

7. Formular peticiones que acuerde el pleno de la Asamblea a las autoridades administrativas para la solución de los problemas que planteen sus miembros con lo cual se convierte en un órgano de representación ciudadana como los que actualmente existen en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal como son las juntas de vecinos y el Consejo Consultivo de la Ciudad de México.

8. Aprobar los nombramientos de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia que proponga el Presidente de la República, facultad que anteriormente estaba conferida a la Cámara de Diputados.

9. Por último, la facultad de iniciativa de leyes ante el Congreso de la Unión en las materias relativas al Distrito Federal.

10. Se mantiene la iniciativa popular respecto a las materias que son de competencia de la Asamblea siempre y cuando la iniciativa sea formalmente presentada por un mínimo de 10,000 ciudadanos debidamente identificados, en los términos que en su oportunidad señale el reglamento para el Gobierno interno de la Asamblea.

Por último, se establece que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia que sean reelectos, después de seis años en el ejercicio de su cargo, serán inamovibles y solamente podrán ser destituidos por cualquiera de las causas a que se refiere el Título Cuarto de la Constitución relativo a la responsabilidad de los servidores públicos y su ley reglamentaria. Por una omisión inexplicable quedaron fuera los magistrados del Tribunal de lo Contencioso en materia administrativa para el Distrito Federal.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL *

Por Decreto publicado el 2 de febrero de 1988 en el *Diario Oficial* de la Federación, salió publicada la Ley Orgánica de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (en lo sucesivo la "Ley"), Reglamentaria de la Base Tercera de la fracción VI del artículo 73 constitucional.

Dicha Ley divide la organización, funcionamiento y atribuciones de la referida asamblea en seis capítulos, distribuidos en la siguiente forma:

* Este capítulo fue adicionado con motivo de la expedición de dicha Ley.

a) El capítulo I relativo a disposiciones generales, que se reduce a dos artículos estableciendo que la Ley es reglamentaria de la Base Tercera de la fracción VI del artículo 73 constitucional y que su organización y funcionamiento se regirán por la propia Constitución, la Ley y el Reglamento del Gobierno Interior de la Asamblea.

b) El capítulo II hace referencia a la naturaleza y atribuciones de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (en lo sucesivo la "Asamblea") reiterando las facultades que tiene la Asamblea en materia de bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno, que de manera taxativa se mencionan en el artículo 73, fracción VI, Base tercera, inciso A de la Constitución, repetidas dichas facultades en el artículo 7 de la Ley. Adicionalmente, la Asamblea tiene facultades para supervisar y vigilar la actuación de los órganos que integran el Departamento del Distrito Federal, tanto centralizados, desconcentrados y descentralizados, debiendo atender las peticiones y quejas que formulen los habitantes del Distrito Federal respecto al cumplimiento por parte de dichos órganos de las obligaciones señaladas en los diversos ordenamientos legales que le son aplicables. Cuando la Asamblea, así lo acuerde, en los términos de su Reglamento Interior de Gobierno, podrá dirigir las peticiones y recomendaciones a las autoridades competentes para que den respuesta a las peticiones, reclamos, denuncias respecto al incumplimiento por parte de tales órganos de sus obligaciones señaladas en las leyes que le sean aplicables. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, tales peticiones o recomendaciones que llegare a formular la Asamblea carecen de fuerza vinculatoria para las autoridades requeridas, y la falta de acatamiento o cumplimiento de las recomendaciones o peticiones formuladas por la Asamblea no trae aparejada sanción alguna para los titulares de los órganos requeridos ni responsabilidad en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, pues dicha petición o recomendación que hiciere la Asamblea, no constituye un mandato de autoridad legítima para los efectos conducentes, sino meras recomendaciones; de manera que tales peticiones en todo caso tendrán efectos políticos más que jurídicos, convirtiéndose la Asamblea, en los términos del artículo 8 de la ley, en una especie de "ombudsman" similar a la institución escandinava, sin tener, al menos en esta etapa inicial, la fuerza y el *imperium* para obligar o compeler a las autoridades requeridas el cumplimiento de sus obligaciones.

En ese mismo capítulo, a la Asamblea se le otorgan facultades en materia de promoción y gestoría en la materia presupuestaria, así como

la atención de problemas prioritarios planteados por la ciudadanía. Asimismo, en el artículo 10 de la Ley, se le otorgan facultades a la Asamblea en materia de participación ciudadana pudiendo convocar a consulta pública sobre las materias de su competencia e instrumentar los medios legales, convenientes, necesarios e idóneos, para mantener una constante comunicación con la ciudadanía en general. La fuerza, impacto y extensión de tales facultades sólo se apreciará en la medida en que la Asamblea se proponga, efectivamente, crear los medios e instrumentos adecuados y permanentes para tal fin.

Por último, dentro de dicho capítulo, la Asamblea tiene la facultad de citar a los titulares de las entidades centralizadas, desconcentradas y de las entidades paraestatales cuando se trate del estudio de una iniciativa para la expedición o reforma de un ordenamiento relacionado con la competencia específica del órgano del cual es titular el servidor público citado, al igual que para conocer la información sobre el desarrollo de los servicios públicos o la ejecución de obras correspondientes al ámbito de competencia del órgano del cual es titular el servidor público requerido a comparecer. Dicha facultad de la Asamblea, tal como ya se hizo mención en el capítulo III de este estudio, es equiparable a la facultad que goza el Congreso de la Unión en los términos del artículo 93 constitucional.

c) El capítulo III se refiere, en síntesis, a la forma de elección de los miembros de la Asamblea, instalación y funcionamiento de la misma.

d) El capítulo IV hace referencia a la organización de la Asamblea, mediante la integración de una Mesa Directiva que manejará la agenda y conducción del debate, dentro de cuya Mesa Directiva se elegirá un presidente y un secretario, así como el número de vicepresidentes y prosecretarios que determine el Reglamento de su gobierno interior. Asimismo, en dicho capítulo se establece que la Asamblea contará con un oficial mayor y un tesorero y contará con los trabajadores y empleados a su servicio que requiera para el desempeño de sus funciones. Por último, al igual que en el Congreso de la Unión, se establece la formación de comisiones con la obligación de que dentro de dichas comisiones queden miembros de los partidos minoritarios.

e) El capítulo V se refiere al procedimiento para la elaboración de iniciativas relativas a bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno estableciendo que el derecho de iniciativa de bandos, ordenanzas y reglamentos correspondientes a las materias de su competencia compete a los miembros de la propia Asamblea, a los representantes de los vecinos organizados en los términos de la Ley Orgánica

del Departamento del Distrito Federal, es decir, las Juntas de Vecinos, Asociaciones de Residentes y el Consejo Consultivo de la Ciudad de México y, por último, a ciudadanos que presenten por escrito una iniciativa acompañada de la firma de, cuando menos, 10,000 ciudadanos. Los restantes artículos se refieren a el procedimiento para la aprobación de las iniciativas de bandos, ordenanzas y reglamentos en materia de policía y buen gobierno; y

f) El último capítulo, relativo a las funciones de gestoría ciudadana, corresponde a las funciones de gestoría que cada representante tendrá ante las autoridades administrativas, respecto al Distrito que represente, con la obligación de que el representante deberá llevar a la Asamblea las quejas, denuncias y reclamos que sus electores les formulen para los efectos de que la Asamblea, si así lo resuelve, formule las sugerencias, peticiones y recomendaciones a las autoridades administrativas correspondientes. Adicionalmente, a cada representante se le obliga a presentar individualmente un informe semestral por escrito, al pleno de la Asamblea, en el que resuma los resultados de su acción en materia de consulta, promoción, gestoría y supervisión que haya desarrollado en favor de sus electores.

Estos son, en síntesis, los aspectos más destacados y sobresalientes de la Ley. Independientemente de las insuficiencias y defectos estructurales de la Asamblea, que ya han sido señaladas a lo largo de este trabajo, la importancia y fuerza que logre la Asamblea estará en razón directa del ejercicio pleno, total y armónico de las funciones que en este momento tiene conferidas en los términos de la Constitución y su ley reglamentaria, constituyendo, como ya lo dije al inicio de este estudio, un avance en el proceso democratizador del Distrito Federal que es un paso que puede, en un futuro quizá no muy lejano, ser el eslabón de una cadena que aumente las atribuciones y funciones de la Asamblea y lograr así la plena integración de un auténtico órgano legislativo para el Distrito Federal.

SOCIEDADES CLASIFICADORAS

Francisco Xavier MANZANERO ESCUTIA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos.* III. *Funciones.* IV. *Importancia de la clasificación de los buques.* V. *Inspecciones.* VI. *Retiro de la clase.* VII. *Principales sociedades clasificadoras.* VIII. *Inexistencia de regulación legal de las sociedades clasificadoras en el sistema jurídico mexicano.*

I. INTRODUCCIÓN

La gran importancia del papel que las sociedades clasificadoras han jugado y actualmente juegan en el desarrollo y, en un cierto sentido, en la uniformidad del derecho marítimo internacional, no puede ser negada.

Las sociedades clasificadoras han influenciado en gran medida algunos de los aspectos o materias principales de la actividad marítima, incluyendo no sólo la que prevalece en el contexto internacional, sino también aquella que se encuentra en el campo doméstico de los principales países marítimos.

Así las cosas, el propósito de este breve estudio es presentar en una amplia perspectiva las características de las sociedades clasificadoras, estableciendo sus antecedentes históricos, explicando qué son las sociedades clasificadoras, cuáles son sus funciones y actividades, por qué son tan importantes las clasificaciones de buques hechas por ellas y, finalmente, estableciendo cuáles son las principales sociedades clasificadoras que existen en la actualidad.

Se hará una referencia especial a Lloyd's Register of Shipping, dado que esta es la sociedad clasificadora más antigua y grande, en todo el mundo y además ha servido como modelo a las otras sociedades clasificadoras que ahora existen.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como se mencionó anteriormente, la más antigua sociedad clasificadora es Lloyd's Register of Shipping, cuya historia empieza en la úl-

tima parte del siglo XVII, época en que la semilla de la clasificación de barcos, como se conoce hoy en día, fue sembrada.¹

Uno de los cafés más frecuentados de Londres que sirvió como mercado de valores para la comunidad comercial de esa época, era administrado por Edward Lloyd. Su clientela incluía a buen número de comerciantes, dueños de barcos y aseguradores, y Lloyd pensó que en una época en la que los medios de comunicación eran primitivos, él podía retener y aumentar su clientela si podía proporcionarle todas las noticias e información sobre asuntos marítimos que fueren posibles.

El señor Lloyd recopiló datos relacionados a los movimientos de los barcos y sus cargamentos, así como a los precios de los buques y mercaderías. Además, publicó el boletín llamado Lloyd's News el cual desafortunadamente tuvo muy corta duración. Posteriormente, en 1734 el boletín informativo reapareció bajo el título Lloyd's List. Después de la muerte de Lloyd, su café siguió siendo centro para el intercambio de noticias marítimas y algunos de sus concurrentes asiduos, especialmente aseguradores marítimos, sintieron la necesidad de continuar con el trabajo y dieron el primer paso hacia la clasificación moderna de barcos, mediante la constitución de un comité que compiló un registro de barcos conteniendo listas de las naves con detalles de su tonelaje, aparejos y condición general.

Ellos también hicieron el trabajo de designar inspectores que inspeccionaran los buques con vista a evaluar su asegurabilidad. Entonces, por primera vez, aparecieron en los registros los "Símbolos de Clase", combinación de letras y números basada en los hallazgos de los inspectores conforme a la evaluación del casco y aparejos.

En 1775 el símbolo "A 1", ahora mundialmente conocido como sinónimo de buques de la más alta calidad, fue por primera vez asignado.

"A 1" era la clase más alta que pudiera ser conferida a un buque en navegación, la letra "A" describiendo su casco y el número "1" indicando la clase más alta para avíos, aparejos y aditamentos. Originalmente solamente a barcos construidos completamente de madera, más tarde también se asignó a barcos que tenían revestimiento de madera sobre marco de hierro y después se asignó a barcos construidos completamente de hierro y acero.

Con el advenimiento del hierro y del acero, Lloyd's Register of Shipping se vio más profundamente involucrada en las técnicas de construc-

¹ S. Nagendra y R. Colinvaux. *Leyes Británicas de Navegación*, 1967, tomo 13, secciones 383 a la 403, p. 165.

ción de barcos y con las especificaciones que regulaban naturaleza de los materiales empleados.

Como consecuencia de esto y de otras circunstancias, esta sociedad clasificadora entró en estrecho contacto con el gobierno y el trabajo inicial de naturaleza consultiva condujo a Lloyd's Register of Shipping a ser requerida para llevar a cabo tareas ejecutivas en la cumplimentación de medidas legislativas. Por ejemplo, la asignación de líneas de carga o de flotación, para lo cual la sociedad actualmente tiene la autoridad delegada de cerca de 50 países incluyendo el suyo propio, y la publicación en 1855, de las primeras reglas especiales para la construcción de barcos de hierro.²

En la realización de este trabajo, Lloyd's Register of Shipping estableció el primer ejemplo del papel básico de las modernas sociedades clasificadoras.³

Aunque Lloyd's Register of Shipping continúa siendo la sociedad clasificadora líder en el mundo, hay varias otras sociedades clasificadoras que existen hoy en día teniendo en general objetos similares, desempeñando sus funciones también de manera muy similar, algunas de las cuales prestan servicio internacional mientras unas pocas de ellas únicamente tienen jurisdicción nacional, y teniendo algunas veces una organización parecida.⁴

III. FUNCIONES

De conformidad con lo que se ha dicho anteriormente, no es difícil deducir el objeto y funciones de las sociedades clasificadoras. El propósito principal de estas sociedades, hablando genéricamente, es calificar barcos dentro de estas clases proporcionando un registro auténtico de los detalles de la construcción del barco en relación a su confiabilidad mientras está operando en el mar.

Así, las sociedades clasificadoras han diseñado normas que regulan la construcción de barcos a fin de asegurar que están correctamente construidos, equipados y mantenidos.

Esto es por supuesto de capital importancia para el dueño del barco quien considera a la clasificación de su barco como un requisito esencial

² Cufley, C.F.H. *Cargas Oceánicas y Fletamento*, 1980, pp. 296 y 297.

³ S. Nagendra, *supra* (1), p. 167.

⁴ Más adelante se dará una lista de las principales sociedades clasificadoras que existen en la actualidad.

para saber su calidad real y para el asegurador, quien siempre necesita saber la condición real del buque que va a asegurar.

Antes de empezar la construcción de un barco la sociedad clasificadora debe aprobar sus especificaciones y la construcción del barco y su maquinaria son estrictamente vigiladas por sus inspectores. Una vez que se ha terminado la construcción del barco y después de que se han realizado pruebas de manera satisfactoria, se expiden los certificados de clasificación.⁵

En consecuencia, la tarea esencial de una sociedad clasificadora es establecer niveles técnicos para la construcción de barcos, los cuales cubrirán las necesidades de los distintos intereses en juego y no mostrarán favoritismo alguno.

Además, la sociedad ayuda a mantener estos niveles vigilando muy cuidadosamente la construcción de un barco y examinándolo a intervalos regulares durante toda su vida de servicio. Debe aprender los conocimientos técnicos y ponerlos a disposición de la industria naviera en general mediante el medio de sus reglas publicadas y debe estar dispuesta siempre a estimar nuevos diseños, ideas, materiales y técnicas para promover a aquellas que tengan utilidad y para desalentar a aquellas que tengan poca o ninguna utilidad.

En síntesis, una sociedad clasificadora debe proporcionar un servicio y para hacer esto en la mejor manera posible, debe poseer tres características principales: imparcialidad, competencia técnica y el deseo de ayudar a la industria naviera en general.

Considerando la variedad de intereses que están en juego en un barco, es obvia la necesidad de una imparcialidad absoluta en una sociedad clasificadora. En primer lugar está el dueño del barco, cuyo deseo natural será obtener el mejor barco posible al precio más bajo posible. Mientras esta actitud es entendible y en cierto sentido justificable, encierra cierto peligro porque quizá esté tentado a enfatizar sobre la economía a expensas de la calidad.

El constructor del barco también está preocupado con consideraciones económicas y una experta asesoría puede salvarlo del error de usar, por ejemplo, materiales que parezcan ofrecer la ventaja de costos reducidos pero que quizá no sean completamente adecuados para sus fines. Además, tanto el propietario como el constructor se benefician de la supervisión de la mano de obra, la cual es una parte esencial de la clasificación.

⁵ J. Bes. *Fletamento y Términos Navieros*, 1977, p. 221.

Después que el barco ha sido construido, el círculo de intereses se ensancha para abarcar a la gente cuyos productos van a ser transportados en el barco y a los aseguradores que van a asegurar tales productos o al barco. El dueño del barco, el dueño del cargamento y el asegurador están entonces interesados en tratar con un barco que sea seguro y apto para la navegación, y todos ellos se benefician de los servicios de una sociedad imparcial que reconcilie sus puntos de vista distintos y salvaguarde sus intereses colectivos.

Sin embargo, sin competencia técnica la tarea no podría ser desarrollada. La construcción de barcos es más que una ciencia compleja y exacta; nuevos diseños, nuevos métodos y nuevos materiales se desarrollan constantemente y su evaluación necesita conocimiento técnico y experiencia de muy alto orden.

Sin cuestionar el cuerpo técnico de las compañías navieras, no puede esperarse de manera razonable que alguna firma en lo individual tenga la experiencia de una sociedad clasificadora, la cual trata con miles de barcos de todas las clases operando en cualquier tipo de condiciones y construidos en casi todos los astilleros del mundo.

Las sociedades clasificadoras tienen una enorme cantidad de información acumulada y al mismo tiempo su personal administrativo incluye hombres de la más alta habilidad en la arquitectura naval, ingeniería marina, metalurgia y otras ciencias asociadas, todo lo cual las coloca en una situación de ventaja.

Una sociedad clasificadora completamente autónoma desempeña el papel de crítico y árbitro. Sus opiniones y resoluciones deben estar basadas en una amplia experiencia y en argumentos científicos y técnicos. En vista de la responsabilidad que soporta de manera igual hacia los varios intereses en juego en la navegación y en la construcción de barcos, debe actuar con precaución para evitar, en la medida posible, la comisión de errores que podrían dañarla a ella misma y a la comunidad a la que sirve.⁶

En relación con este último aspecto surge una cuestión muy interesante la cual al mismo tiempo es muy difícil de responder: si una sociedad clasificadora puede incurrir en responsabilidad originada por las clasificaciones hechas por ella.

De hecho, existen muy pocos casos, y lógicamente hablamos a nivel internacional, que estén relacionados con esta cuestión legal tan importante. A continuación se hará una breve referencia a dos de estos casos:

⁶ S. Nagendra, *supra* (1), pp. 167 a la 170.

En el caso de *Gulf Tampa Drydock Co. versus Germanischer Lloyd* volumen 634 del *Federal Second*, páginas de la 874 a la 879 (Quinto Circuito 1981), surgió la responsabilidad por el daño de una sociedad clasificadora de barcos, pero esta cuestión no se resolvió.

Aquí, una compañía encargada de realizar trabajo en dique seco que había sido encontrada culpable frente al dueño de un barco, promovió una acción en derecho marítimo en contra de la sociedad clasificadora del barco, pretendiendo una contribución sobre la teoría de negligencia concurrente. La Corte de Distrito resolvió en favor de la compañía que realizó los trabajos en dique seco y la sociedad clasificadora apeló. La Corte de apelación sostuvo que un impedimento colateral no era aplicable donde, en una acción anterior, no había un fallo específico concerniente ya sea a una relación de agente entre la sociedad y el propietario por lo que hace a las reparaciones o a la negligencia por parte de la sociedad, y sostuvo que la sociedad no podía ser declarada culpable en ausencia de una prueba de, si al ordenar reparaciones específicas, el inspector de una sociedad incumplió cualquier deber que la sociedad tuviera frente al dueño del barco.

La cuestión para que una sociedad clasificadora sea responsable frente al dueño de un barco bajo la teoría de las obligaciones extracontractuales, es determinar cuáles son los deberes que una sociedad clasificadora tiene para con sus clientes.

Una sociedad clasificadora tiene ciertos deberes frente al dueño de un barco, lo que incluye en términos generales, la determinación de que un barco cumple con ciertos requisitos y condiciones de aptitud para navegar establecidos por la sociedad. Un deber adicional es la inspección de los barcos que estén dañados para determinar si continúan reuniendo los requisitos y condiciones de su clase y, si no, qué debe hacerse para traer de nueva cuenta al barco dentro de los requisitos y condiciones de su clase.

La sociedad clasificadora en el caso que nos ocupa, argumentó que sus responsabilidades se limitan por la costumbre y por el contrato respectivo y en consecuencia, no tenía responsabilidad.

La Corte de apelación devolvió el caso a la Corte de Distrito para determinar si cualquier deber de la sociedad clasificadora para con el dueño del barco había sido violado.

Otro caso que también puede mencionarse es *Great American Ins. Co. versus Bureau Veritas*, volumen 338 del *Federal Supplement* páginas de la 999 a la 1015 (Distrito Sur de Nueva York, 1972).

Un barco no puede ser clasificado por más de una sociedad clasi-

ficadora al mismo tiempo, pero algunas veces sucede que un barco puede cambiar de sociedad clasificadora.

La clasificación de un barco no es obligatoria pero tiene tantas ventajas que un barco no clasificado es actualmente una rareza.

A falta de estas clasificaciones se experimentarían grandes dificultades por los aseguradores marítimos, los corredores de fletamentos, banqueros, comerciantes y cargadores, así como otros que necesitan un acceso fácil y rápido a la más reciente y más confiable información relacionada con los barcos en los que están interesados. Los dueños de los barcos también estarían en una gran desventaja si no existiera una organización confiable para asegurar que sus barcos fueron construidos, reparados y mantenidos de acuerdo con los más altos niveles de materiales y mano de obra existentes, no importa en qué parte del mundo, tengan lugar tales operaciones.⁷

En vista de que *Lloyd's Register of Shipping* es la más importante sociedad clasificadora, se listarán sus diversas funciones en el entendido de que las funciones de otras sociedades clasificadoras son muy similares.

Las diversas funciones de *Lloyd's Register of Shipping* son:⁸

— La inspección y clasificación de buques mercantes, yates, remolcadores, barcos de pesca y otras naves.

— La publicación de: Registro de Barcos, emitido anualmente; Registro de Yates *Lloyd's* publicado anualmente; Registro de Barcos (Secciones Subsidiarias); Registro de Unidades de Mar Afuera, Sumergibles y Sistemas de Buceo; Reglas y Reglamentos para la Clasificación de Barcos; Reglas para Barcos de Vías Navegables Interiores; Reglas para Diques Flotantes; Reglas para Unidades Móviles de Mar Afuera; Reglas para Sumergibles y sistemas de buceo; Reglas para Barcos de Gases Licuados; Reglas para Yates y Naves Pequeñas; Propiedades Geométricas de Secciones Laminadas y Construcción de Soportes o Sobrequillas; Certificación del Esquema para Contenedores de Carga; Certificación del Esquema para Maquinaria de Refrigeración; Lista de Materiales de Soldadura Aprobados para Usar en la Construcción del Casco; Lista de Fusibles Aprobados; Lista de Interruptores de circuito Tipo Probados; Código de Maquinaria para el Manejo de Carga; Reglas para la Inspección y Clasificación de Almacenes Refrigerados; Reglas Provisionales para la Aplicación de Vidrios

⁷ F.N. Hopkins. *Negocios y Ley para el Capitán del Barco*, 1982, pp. 130 y 131.

⁸ *Idem.* (7), pp. 131 y 132.

Plásticos Reforzados en las Naves de Pesca; Guía de Notas y Requisitos para la Clasificación de Vehículos con Cojín de Aire; Lista de Equipo de Control y de Equipo Eléctrico tipo Aprobado, y Guía de Notas para Montacargas en Barcos.

— La supervisión en la comprobación de anclas y cadenas bajo las disposiciones de las Actas de Anclas y cables de Cadena.

— La supervisión en la comprobación de los lugares de manufactura de acero utilizado en la construcción de barcos y calderas, y en la construcción de barcos grandes y piezas forjadas y fundidas de las máquinas.

— La asignación de libre flotabilidad para los barcos de todos los tipos, sean clasificados o no, bajo el acta MS (Líneas de Carga) y las correspondientes leyes de otros países.

— La inspección de maquinaria e instrumentos de refrigeración.

— La inspección y medida de barcos clasificados con la sociedad para el propósito de obtener sus tonelajes bajo las facultades conferidas por las Reglas MS de 1975 (Modificación de Tonelaje).

La Sociedad también lleva a cabo una gran cantidad de trabajo no marítimo, precisamente con relación a estaciones de energía y refinerías de petróleo y un gran número de inspectores de Llyd's altamente calificados están comprometidos en la investigación de barcos y maquinaria.

A los barcos construidos a satisfacción de las sociedades clasificadoras se les asigna una clase, la cual normalmente retienen a través de su vida, en el entendido de que se sometan a las inspecciones requeridas y sean mantenidos propiamente. El cumplimiento con los requerimientos de la sociedad para el casco y la maquinaria es una condición para la clasificación.

En relación con los símbolos tipo, se hará referencia a aquellos usados por Lloyd's Register of Shipping. Todos los barcos cuando son clasificados se les asigna uno o más símbolos tipo. Ejemplos de estos símbolos con sus significados son los siguientes:

* —el símbolo de la cruz negra—, comúnmente referido como la Cruz de Malta, será asignado a los barcos nuevos construidos bajo la inspección especial de la Sociedad con apego a las Reglas y a la satisfacción de su comité.

100 — esta cifra es asignada a todos los barcos que son considerados como aptos para servicio de navegación en el mar.

A — esta letra es asignada a todos los barcos que han sido cons-

truidos o aceptados en la clase de acuerdo con las Reglas de la Sociedad y que son mantenidos en condiciones buenas y eficientes.

1 — este número es asignado a los barcos que tienen a bordo equipo de anclaje y de amarre eficiente y en buenas condiciones.

Algunas veces la anotación de una clase será adicionada al símbolo de clasificación asignada al barco. Esta anotación de clase consistirá de una anotación, o de una combinación de anotaciones, una anotación de carga, una anotación de tareas especiales y/o una anotación de restricción en el servicio. Por ejemplo:

100 A 1 — Servicio de Tanquero en el Báltico arriba de 65° en tanques número 4. Clase de hielo 2.⁹

Hay también anotaciones especiales de clase de maquinaria para instalaciones de carga refrigerada y para navegación en hielo. Con relación a las anotaciones de clases de hielo, diremos que éstas existen para barcos que son especialmente fortalecidos para la navegación en hielo. Las 4 clases de hielo basadas en las condiciones del hielo del Báltico son las siguientes:

Clase 1, barcos utilizados para navegar en condiciones de hielo extremas.

Clase 2, barcos utilizados para navegar en condiciones de hielo severas.

Clase 3, barcos utilizados para navegar en condiciones de hielo intermedias.

Clase 4, barcos utilizados para navegar en condiciones de hielo ligero.

Además, hay algunas clases extras (1 A a 1 C) para barcos con fortalecimiento especial utilizados para navegar en el Báltico Norte.¹⁰

IV. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BUQUES

Además de los importantes aspectos de la clasificación de los barcos que hemos mencionado con anterioridad, en esta sección se harán algunos otros comentarios destacando la conveniencia y necesidad de calificar a los barcos en clases, especialmente con relación a los intereses de los dueños de los barcos, de los aseguradores marítimos y de la gente involucrada en contratos de fletamento.

⁹ *Idem* (7), p. 133.

¹⁰ H. J. Pursey, *Construcción de Barcos Mercantes*, 1978, t. 3.

Propietarios de los barcos

Es cierto que la clasificación no es obligatoria, pero además de las ventajas prácticas que hemos dicho que el propietario de un barco tiene si clasifica su buque, algunas veces él podrá encontrar que tal clasificación es obligatoria. Por ejemplo, cuando el propietario de un barco no clasificado es requerido para satisfacer cuerpos reglamentarios gubernamentales a fin de demostrar que su barco tiene suficiente fortaleza estructural para la asignación de una línea de carga y en consecuencia para obtener un certificado de construcción segura.

Cuando un contrato para la construcción de un barco se celebra entre el constructor y el cliente, el aspecto de la clasificación juega un papel esencial. Toda vez que los contratos de la construcción de un barco son muy complejos debido a su objeto específico que requiere un gran detalle, en muchos casos las partes utilizan y se adecúan a sí mismas a las formas preestablecidas de este tipo de contratos. Las formas más comunes son las siguientes:

Contrato para la Construcción de Barco de los Constructores de Barcos de la Europa Occidental (AWES).

Contrato para la Construcción de Barco del Consejo Marítimo Subsidiario del Departamento de la Administración de Comercio Marítimo de los Estados Unidos (MARAD).

Contrato para la Construcción de Barco de la Asociación de Propietarios de Barcos de Japón (SAJ).

Estas formas preestablecidas de contratos para la construcción de barcos tienen espacios en blanco en los que las partes pueden insertar elementos adicionales y uno de éstos es precisamente la clase del barco. Entonces, cuando el contrato para la construcción de un barco se refiere a un barco de una clase determinada, esto se convierte en un término esencial e importante del contrato respectivo y en consecuencia el cliente tiene medios legales para obligar al constructor a proporcionar un barco que llene los requisitos de la clase convenida.

Ver forma AWES, artículo 1 (c), Registro y Clasificación de los Barcos, y Forma SAJ, artículo I, Descripción y Clase.¹¹

¹¹ C. Malcom, *Contratos para la Construcción de Barcos*, 1982, t. 2, pp. 145 y 170.

Aseguradores marítimos

La clasificación de los barcos es también muy importante en el campo del Seguro Marítimo. Un asegurador que pretenda asegurar un barco en particular, primero se cerciorará del registro de la sociedad clasificadora y basará su prima, si no totalmente por lo menos en parte, en el hecho de que el barco esté completamente clasificado. En efecto, la Póliza Básica para Casco del Instituto Americano, en la cláusula relativa al cambio de propietario, establece que si la sociedad clasificadora del barco es cambiada, o su clase es cambiada, cancelada o retirada, la póliza será cancelada automáticamente a menos que los aseguradores acuerden otra cosa.

En el caso de barcos más antiguos, frecuentemente se garantiza que un barco debe permanecer en una clase determinada y que si por cualquier razón la sociedad clasificadora retira su clasificación, la póliza será nula. Esto se debe al hecho de que la clasificación del barco se considera como una "Garantía Promisoria", la cual como tal no puede ser quebrantada.

La clasificación de los barcos es aún más importante para los aseguradores de la carga. Cuando se efectúa una cobertura abierta sobre la carga, un asegurador no sabe qué barcos serán los que transporten la mercancía asegurada. Ya que, entre otras cosas, la clase del barco transportante afecta la prima que será cobrada, las pólizas abiertas de carga contienen una cláusula de clasificación. Tal cláusula describe a los barcos que no están sujetos a primas adicionales de carga; por ejemplo, barcos con más de 20 años de antigüedad y clasificados A 1 con la Oficina Americana de Navegación (American Bureau of Shipping) o 100 A 1 con Lloyd's Register of Shipping.

Contratos de fletamento

La clasificación de barcos tiene cierta importancia con relación a los contratos de fletamento. En el caso de estos contratos, así como en el caso de los contratos para construcción de barcos, hay formas preestablecidas que son utilizadas para los principales tipos de contrato de fletamento, es decir, fletamento de traspaso, fletamento de casco desnudo, fletamento para un viaje determinado y fletamento por tiempo determinado. En las formas preestablecidas de contratos de fletamento más comúnmente utilizadas, casi siempre hay una cláusula relativa a la clasificación del barco contratado. Algunas veces esta

cláusula específica se incluye en la sección relativa a la descripción del barco, como se ilustra con los siguientes ejemplos:

— Forma Preestablecida de Fletamento de Casco desnudo del Báltico y de la Conferencia Marítima Internacional. Nombre clave: BARECON "A". La cláusula 8 de esta forma establece que los fletadores que operen el barco directamente, deberán mantener en todo tiempo el barco con la clasificación vigente de la clase indicada en el mismo contrato.

— Fletamento Escandinavo para un Viaje Determinado del Báltico y de la Conferencia Marítima Internacional de 1956. Nombre clave: SCANCON. Esta forma establece en su cláusula 16 que los propietarios tendrán la libertad de sustituir un barco de la misma clase y condición... dando debido aviso de esto a los fletadores.

— Contrato de Fletamento de Viaje Determinado de tanquero. INTERTANKVOY Parte 76 Parte I sección (a) y Parte II cláusula 1, la cual prevé que la clase del barco según se especifica en la parte I será mantenida durante la vigencia del contrato.

— Forma de Contrato de Fletamento por Tiempo Determinado New York Produce Exchange. Nombre clave: ASBATIME. Ver sección relativa a la descripción del barco.

Se dice que una declaración en el contrato de fletamento de la clase de un barco equivale solamente a una promesa de que el barco al momento de celebrar el contrato de fletamento está en ese momento así clasificado y no que el barco está correctamente clasificado, ni que continuará estando así clasificado durante la vigencia del contrato de fletamento. Sin embargo, la pérdida de la clase durante el periodo del contrato pudiera haber sido causada por falta de aptitud para navegar con seguridad o por cualquier otro incumplimiento de las obligaciones del dueño del barco, para remediar lo cual el fletador tendría una acción o recurso. Así se propone que el reconocimiento de la clase de un barco es una condición del contrato, cuyo incumplimiento da derecho al fletador a tratar el contrato como cancelado.¹²

V. INSPECCIONES

A fin de que los altos niveles insistidos como una condición para la asignación de la clase original sean mantenido, los dueños de los barcos deben presentar sus buques en periodos regulares para ser

¹² A. Mocatta, M. Mustill y B. Stewart, *Contratos de Fletamento y Conocimientos de Embarque*, 1974, p. 74.

examinados por los inspectores de las sociedades clasificadoras. Las inspecciones usuales en términos generales son las siguientes:

Inspecciones anuales

Todos los barcos de acero son requeridos para ser inspeccionados a intervalos de aproximadamente 1 año. Estas inspecciones anuales son llevadas a cabo concurrentemente con inspecciones estatutarias anuales u otras inspecciones de la línea de carga. El inspector examina la condición de todos los accesorios de cierre cubiertos por las condiciones para la asignación de la reserva de flotabilidad y aparatos de gobierno auxiliares, particularmente la barra y la cadena de transmisión. En la segunda Inspección Anual y respecto de barcos de carga o tanqueros, los exámenes se hacen interna.

Inspecciones en dique

También se requiere que un barco sea examinado en dique seco a intervalos de aproximadamente 12 meses, siendo al máximo intervalo permitido de 2 años. En la inspección de dique se pone particular atención a las planchas del forro exterior del barco, al marco de la hélice, al timón y a todas las partes de la estructura expuesta particularmente a corrosión y desgaste, así como cualquier desperfecto del fondo. Se evalúa la condición general del barco y también se inspeccionan las anclas y cables.

Inspecciones especiales

Todos los barcos de acero clasificados con Lloyd's Register of Shipping se sujetan a inspecciones especiales que se convierten en obligatorias a intervalos de 4 años, los primeros 4 años desde la fecha de construcción o la fecha de inspección especial para la clasificación y posteriormente cada 4 años desde la fecha de la inspección especial previa. En los casos en que al propietario del barco no le es posible cumplir este requisito, se le concede un periodo de gracia que no excede de 12 meses desde la fecha en que debió hacerse la inspección, en el entendido de que el inspector puede evaluar la condición general del barco cerca de la fecha en que debió hacerse la inspección.

También hay inspecciones de casco que son realizadas continuamente abriendo todos los compartimientos del casco y probándolos en

rotación con un intervalo de 5 años. Los requerimientos para la inspección especial de casco se dividen en 4 grupos de acuerdo a la edad del barco como sigue:

- A. Inspección especial de barcos de menos de 5 años.
- B. Inspección especial de barcos entre 5 y 10 años.
- C. Inspección especial de barcos de más de 10 años.
- D. Primera inspección especial realizada después de que el barco cumplió 20 años y cualquier inspección especial posterior.

En cada caso la cantidad de inspección requerida aumenta y cada vez se remueve más material a fin de que la condición del acero pueda ser evaluada.

Otros tipos de inspecciones son las inspecciones de maquinaria que se refieren a las máquinas principales y auxiliares, calderas, accesorios esenciales, bombas y equipo eléctrico, así como inspecciones relativas a las instalaciones para carga refrigerada.

VI. RETIRO DE LA CLASE

Si el propietario de un barco ya no desea que su barco siga estando clasificado por alguna sociedad clasificadora en particular, es libre de pedir que la clase sea cancelada; pero bajo ciertas circunstancias sea que él lo desee o no, la clase del barco puede ser retirada. La principal causa para una acción tan drástica sería el incumplimiento de las reglas de la sociedad clasificadora o en particular la falta de realización de algún trabajo indicado por el inspector como esencial para el mantenimiento de la clase.

Tal recomendación pudiera haber sido hecha por el inspector al momento de alguna Inspección Anual o Especial, o hecha como resultado de un examen obligatorio que deba tener lugar después de que el barco ha sufrido un accidente o daño debido a mal tiempo o a otra causa.

Si se detectan defectos en el casco, equipo o maquinaria por parte de un inspector, él informará a los propietarios de los barcos cuál es el trabajo que se requiere realizar. Si ellos no siguen sus requerimientos, el inspector hará un reporte a la sociedad, la cual, dependiendo de la seriedad del asunto decidirá si el barco puede retener su clase. En el caso de que el dueño del barco sienta que el requerimiento del inspector no es razonable, puede apelar directamente a la sociedad clasi-

ficadora quien puede ordenar una investigación especial en las recomendaciones del inspector teniendo el poder de revocarlas o modificarlas.

Cuando la clase de un barco es retirada como consecuencia de la solicitud de los dueños de los barcos, en el Libro de Registro se hace la anotación "LR Clase Retirada a Solicitud del Propietario". Después de 1 año la anotación será alterada para quedar "Clasificado LR Hasta (Fecha)".

Cuando las recomendaciones por lo que hace a las inspecciones no han sido cumplidas, consecuentemente el barco no tiene derecho a retener su clase y en tal virtud la clase será cancelada y se hará la anotación "Clase Cancelada (Fecha)". En este caso se hace la misma alteración en el Libro de Registro 1 año más tarde.

Cuando se encuentra de los defectos reportados que un barco no tiene derecho a retener su clase y los propietarios no reparan tales desperfectos, la clase será cancelada y se hará la anotación "Clase Cancelada - Desperfectos Reportados (Fecha)", así como la misma alteración mencionada en los párrafos anteriores.¹³

VII. PRINCIPALES SOCIEDADES CLASIFICADORAS

Finalmente, en esta sección y con un propósito meramente ilustrativo, mencionaré a las otras sociedades clasificadoras importantes que existen en la actualidad además de Lloyd's Register of Shipping, en la inteligencia de que las seis principales de ellas van en cursiva. Estas sociedades clasificadoras son las siguientes:

American Bureau of Shipping, United States; Bureau Colombo, Brazil; Bulgarian Register of Shipping, Bulgaria; China Corporation Register of Shipping, China (Nacionalista); Register of Shipping of People's Republic, China, People's Republic; Czechoslovak Register of Shipping, Czechoslovakia; Seefahrtsamt, Finland; *Bureau Veritas, France*; *Germanischer Lloyd, Germany, Federal Republic of*; DSRK, Germany, Democratic Republic of; Hellenic Register of Shipping, Greece; Indonesian Register of Shipping, Indonesia; *Registro Italiano Navale, Italy*; *Nippon Kaiji Kyokai, Japan*; Korean Register of Shipping, Korea; *Det Norske Veritas, Norway*; Poliski Rejester Statkow, Poland; Turk Loydu, Turkey; Register of U. S. S. R., U. S. S. R., y Yugoslav Register of Shipping Yugoslavia.¹⁴

¹³ F. N. Hopkins, *supra* 7, p. 139.

¹⁴ S. Nagendra, *supra* 1, pp. 173 y 174.

VIII. INEXISTENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES CLASIFICADORAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Como fácilmente se deduce del contenido de las anteriores secciones de este breve estudio, las funciones que desempeñan las sociedades clasificadoras son de gran trascendencia y tienen una notoria importancia en las distintas materias que comprende el amplísimo mundo del derecho marítimo. Sin embargo, desafortunadamente en México no hay normas legales que regulen el funcionamiento, organización y competencia de las sociedades clasificadoras, no previéndose siquiera su existencia.

Esta situación amerita una solución rápida e inaplazable en vista de la vasta actividad marítima que se desarrolla en nuestro país, el cual por la extensión de sus litorales y por sus incalculables riquezas, tanto petroleras como pesqueras, aunado a su cada vez más intenso tráfico marítimo comercial, tiene continuas relaciones con los representantes de los diversos intereses que comúnmente están en juego en el derecho marítimo, a saber, propietarios de los barcos, fletadores, dueños de carga, corredores, aseguradoras, reaseguradores, etcétera.

Para remediar esta situación, es necesario crear más que simplemente reformar o algunas veces hasta "parchar", un nuevo cuerpo de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derecho marítimo, en las que obviamente deberá preverse una regulación expresa en torno a la existencia, funcionamiento, organización y competencia de las sociedades clasificadoras, para que de esta manera se actualice el sistema jurídico mexicano que a estas alturas ya resulta obsoleto en esta materia específica, en comparación con los sistemas jurídicos de otros países.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ITALIANA Y DE SUS FUNCIONARIOS Y DEPENDIENTES *

Manuel MOGUEL CABALLERO

Al licenciado Miguel Angel
Hernández Romo, dilecto amigo.

SUMARIO: Primera parte: I. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado italiano, desde el año de 1865 hasta el año de 1942.* 1. *La legislación irracional aplicable al caso.* 2. *La jurisprudencia y la doctrina.* II. *Quiénes comprometen la responsabilidad del Estado.* III. *Actos discrecionales y actos vinculados.* IV. *Naturaleza de la responsabilidad del Estado.* V. *La acción de regreso.* Segunda parte: I. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado italiano, desde el año de 1942 hasta nuestros días.* 1. *La responsabilidad civil fuera de contrato del Estado italiano según la constitución del año de 1947.* 2. *De la responsabilidad directa y de la indirecta.* II. *La responsabilidad civil extracontractual del Estado según el derecho común.* 1. *La antijuridicidad.* 2. *La imputación al ente público del dolo o de la culpa de su dependiente.* a) *La manifestación subjetiva.* III. *Del riesgo creado.* IV. *El resarcimiento del daño.*

* El presente trabajo es el tercero de una serie de cinco que me propongo publicar. El título general de la obra es: "La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado, de los Organismos Públicos y de los Servidores de la Nación". Los dos primeros trabajos han visto ya la luz pública; el presente, hasta el momento de entregarse a la Revista de la Escuela Libre de Derecho para su publicación, es inédito; los dos últimos están en redacción.

El primer trabajo trata de fundar la responsabilidad civil fuera de contrato del Estado en principios civilistas y está basado en la propia tesis del autor. El segundo, aborda la historia que esta obligación ha tenido en Francia, desde la Revolución francesa hasta el presente. El cuarto, trata de la responsabilidad de la Corona inglesa y el quinto estará dedicado a hacer un análisis de lo sucedido en México, desde la Independencia, hasta nuestros días.

Esta obra constituye un todo por sí sola y por ello la presentamos. Si alguna deficiencia encontrare el estudioso, pedimos disculpas y sabrá que además de constituir un tema no tratado en nuestro idioma, no deja de ser parte de cinco trabajos en total.

PRIMERA PARTE

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ITALIANO, DESDE EL AÑO DE 1865 HASTA EL AÑO DE 1942

Se caracteriza esta etapa por una lenta evolución doctrinal y jurisprudencial acerca de los actos extracontractuales que al causar daño, pueden originar responsabilidad civil a cargo del Estado.

1. *La legislación inicial aplicable al caso*

La ley de 20 de marzo de 1865, conocida entre los tratadistas como la que abolió el contencioso administrativo, es piedra angular en la legislación, no sólo para determinar la competencia entre los tribunales ordinarios y los administrativos, sino para obligar a que substantivamente se decida lo que se entiende por un derecho y por un interés legítimo, ya que los tribunales civiles solamente pueden conocer de las controversias que versen sobre derechos, en tanto que la jurisdicción administrativa únicamente interviene en conflictos que traten de algún interés legítimo.

Los principales artículos de la ley son:

1. Los tribunales especiales actualmente investidos de la jurisdicción del contencioso administrativo, tanto en materia civil como en materia penal, quedan abolidos, y las controversias atribuidas a ellos por las diversas leyes en vigor serán en adelante devueltas a la jurisdicción ordinaria, o a la autoridad administrativa, según las normas declaradas por la presente ley.

2. Se devuelven a la jurisdicción ordinaria todas las causas por contravenciones y todas las materias en las cuales se controvierta un derecho civil o político, aunque esté interesada la administración pública, y aunque hayan emanado proveídos del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa.

3. Los negocios no comprendidos en el artículo precedente serán atribuidos a la autoridad administrativa, la cual, admitidas las deducciones y las observaciones por escrito de las partes interesadas, proveerá con decretos motivados, previo parecer de los consejos administrativos que estén establecidos para los diversos casos.

4. Cuando la controversia caiga sobre un derecho que se pretenda herido por un acto de la autoridad administrativa, los tribunales se

limitarán a conocer de los efectos del acto mismo en relación al objeto deducido en juicio.

El acto administrativo no podrá ser revocado o modificado sino sobre recurso a las autoridades administrativas competentes, las que se apegarán a lo juzgado por los tribunales por lo que respecta al caso decidido.¹

Los artículos del código civil italiano de 1865 de mayor aplicación en la materia fueron:

A.1151. Cualquier hecho del hombre que ocasiona daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido, a resarcir el daño.

A.1153 (párrafo primero). Cada uno está obligado igualmente no sólo por el daño que ocasiona por hecho propio, sino también por el causado por el hecho de las personas de las cuales debe responder, o por las cosas que tiene en custodia.²

2. *La jurisprudencia y la doctrina*

Dos grandes corrientes doctrinales se forman sobre el tema: Las que niegan toda responsabilidad del Estado y las que la admiten; éstas a su vez se subdividen entre quienes admiten parcialmente la responsabilidad y quienes abogan porque la responsabilidad extracontractual del Estado sea por todo acto o toda omisión que cause daño.

Para negar la procedencia de la responsabilidad a cargo del Estado se arguye: "El Estado es órgano del derecho y por tanto quiere solamente lo que es lícito. Si sus funcionarios quieren el ilícito, esto es un hecho personal suyo que excede de su incumbencia y que no puede ser a cargo del estado".³ Según Vacchelli, "Otros (autores) niegan al estado cualquier forma de responsabilidad civil... El Estado es irresponsable pues actúa dentro de los límites de sus atribuciones".⁴

La distinción entre actos de gestión y actos de autoridad fundamenta la tesis de los que admiten parcialmente la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Se acepta para los primeros, pero se rechaza para los segundos. La jurisprudencia siguió la misma tesis en una época.

¹ Nicoló, Rosario y Giovanni Leone, *I cinque codici*, Nuova edizione, Milano, Giuffrè, 1962, p. 193 de *leggi speciali*.

² De Cupis, Adriano, *Il danno*, Ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 1954, p. 36.

³ Cammeo, Federico, *Corso de diritto amministrativo*, t. III, p. 1368.

⁴ Vacchelli, Giovanni, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed el diritto comune*, Milano, 1892, p. 147.

Llamados los tribunales ordinarios por la ley de 1865 sobre la abolición del contencioso administrativo a pronunciarse sobre la responsabilidad de la administración pública, por largo tiempo adoptan una distinción, que tenía el aplauso de la doctrina de la época, por la cual la responsabilidad estaba excluida para los actos de imperio, mientras se admitía para los de gestión, entendiéndose por los primeros los emitidos en el campo del derecho público y por los segundos los emitidos en el campo del derecho privado... se acababa en una denegación de justicia.⁵

La denegación de justicia era porque los actos de gobierno eran los más numerosos.

En vano se buscará en las decisiones de la Suprema Corte nuestra o del extranjero, un criterio exacto para distinguir los actos de gestión de los actos de imperio... La antigua jurisprudencia nos ha dado señalado ejemplo cuando se ha dedicado con criterios empíricos y con frecuencia contradictorios a clasificar los hechos en una u otra categoría.⁶

Por la responsabilidad total de la A. P. (Administración Pública) propugna Vacchelli. La responsabilidad por los actos de gestión la apoya en el derecho civil, en tanto que la responsabilidad por los actos de imperio no puede tener la misma base porque el derecho civil presupone igualdad patrimonial en los ciudadanos y por lo tanto el Estado al ser un ente asociativo distinto de los particulares no podría encontrar responsabilidad por los actos realizados como gobierno. Por ello destaca: "...resulta evidente una laguna en el derecho positivo moderno, respecto a los principios que deben regular la responsabilidad del Estado".⁷ Apoya la responsabilidad del Estado por los actos de imperio en dos principios, el uno sociológico y el otro de justicia distributiva.

Por el principio sociológico,

la responsabilidad de la administración pública procede por tanto independientemente de la responsabilidad ordinaria, partiendo de la base de la defensa y de la conservación social, substrato sociológico de cualquier especie de responsabilidad.⁸

⁵ Nuovo Digesto Italiano, vol. 9, capítulo: La responsabilità amministrativa.

⁶ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.*, 4, p. 111.

⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁸ *Ibidem*, p. 132.

Este principio existe por la "subsistencia de una decidida corriente en la conciencia jurídica popular para afirmar la responsabilidad del estado",⁹ producto de la civilidad, considerada ésta

desde el punto de vista de la conservación y de la defensa de los individuos particulares, presenta un complejo de medios dirigidos a asegurar la existencia de cada uno y a quitar aquel elemento de precariedad, y de continuo peligro, que puede verificarse así por eventualidad desfavorable, como por el venir menos de las cosas necesarias para satisfacer las necesidades de la vida.¹⁰

Antes había mencionado que "la responsabilidad de la administración pública encuentra su razón en garantías políticas de los derechos individuales y del buen funcionamiento del Estado".¹¹

El principio de la justicia distributiva lo expone así:

La ventaja que deriva o se presume derivar de los trabajos ejecutados por la administración pública aprovecha a todos; ¿por qué entonces deberá uno solo, el cual se encuentra por accidente dañado, soportar el agravio proveniente de un beneficio procurado a la generalidad...? Estamos frente a un principio de justicia distributiva, determinado por razones de convivencia social, el cual, cuando se aplique en gran escala, traerá consecuencias de hechos opuestos a aquellos que resultan de los principios fundamentales de derecho privado... es evidente que el daño en sí y no ya la condición del causante es lo que determina la razón de la responsabilidad... así cualquier daño se convierte en potencialmente resarcible.¹²

Lo que el autor dice, es que la responsabilidad civil fundada en principios de derecho público es más amplia, más favorable al gobernado que la que se apoya en principios de derecho civil. Coincide con los fundamentos esgrimidos por la jurisprudencia francesa de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y con la teoría del riesgo administrativo, en la que se investiga un daño anormal derivado de un trabajo público y no si hubo culpabilidad alguna en la administración.

⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 105.

¹² *Ibidem*, pp. 105 y 120.

El principio de justicia distributiva, aquel interés por impedir que donde todos aprovechan, uno solo deba soportar los daños, que en el actual estado de la conciencia jurídica constituye la razón directa e indirecta de la normal responsabilidad civil de la administración pública, es precisamente una consecuencia del elemento social del Estado Moderno.¹³

Para salvar la objeción de que el Estado actúa dentro del límite de sus funciones, por lo que no hay ilicitud en él y por lo mismo no puede incurrir en responsabilidad, insiste en que basta la existencia del daño para que proceda la responsabilidad.

De hecho la búsqueda sobre las condiciones de la voluntariedad (dolo o culpa) del acto y sobre la coherencia de la voluntad a la ley, devienen accesorios cuando la razón de la responsabilidad se deduce de un principio objetivo que es aquel de la subsistencia de un daño, que por motivos de equilibrio y de justicia distributiva se manifiesta digno de ser reparado.¹⁴

La responsabilidad específica de la administración pública tiene un carácter preponderantemente objetivo... No todo y cualquier daño es por sí mismo resarcible, sino que es compensable sólo el que importa un desequilibrio en las razones de justicia distributiva, por el cual, todos deben soportar en igual medida los agravios de los trabajos realizados y de los negocios concluidos por utilidad común.¹⁵

Cammeo pugna también por la responsabilidad total de la A. P., por lo menos por lo que al poder ejecutivo se refiere. De los actos administrativos se debe responder porque la función administrativa "no tiene por fin, la sola realización del derecho, sino de los intereses públicos: y en el proveer a éstos puede hacer, en casos aún excepcionales, trabajos antijurídicos, no respetando las normas legales".¹⁶ El fundamento último de la responsabilidad lo encuentra en que "lo incómodo sigue al provecho".¹⁷ "De una responsabilidad por actos legislativos no es posible hablar porque ellos no pueden ser ilegítimos siendo la fuente del derecho".¹⁸ Los actos del poder judicial se rigen por normas especiales.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵ *Ibidem*, p. 152.

¹⁶ Cammeo, *ob. cit.*, 3, p. 1369.

¹⁷ *Ibidem*, p. 1372.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1368, nota 1.

Nuestro autor no admite la distinción entre actos de gestión y actos de imperio,

porque no se pueden distinguir los actos ilícitos en actos de gestión y de imperio. En cuanto, pues, ello quiere significar que la administración es irresponsable en las relaciones de derecho público y responsable en aquellas de derecho privado, la teoría es errónea. Ciertamente en las relaciones de derecho privado hay normas expresas que establecen la responsabilidad (artículos 1224, 1151, 1153, Cód. Civ.). En derecho público no existen, pero existen principios generales suficientes.¹⁹

Cammeo señala con precisión las normas aplicables de derecho público:

La cuestión es textualmente decidida por nuestra legislación en el doble sentido y de referir por lo general a la administración los hechos ilícitos objetivos y subjetivos de las personas físicas que constituyen sus órganos y de referirlos sin distinción alguna entre imperio y gestión; o entre hechos ilícitos iure privado o iure público. Respecto al primer punto emerge el art. 2 de la ley sobre el contencioso administrativo que los derechos de los ciudadanos son reconocidos contra la administración como tal; y por tanto corresponde a deberes propios de ella y personales de los funcionarios; emerge del art. 4o. que el acto o hecho lesivo de un derecho es considerado no obstante su ilicitud como acto o hecho de la administración; emerge en fin del art. 2 en cuanto admite la acción contra la administración directamente.²⁰

A pesar de lo dicho anteriormente, no sostiene hasta el final sus consecuencias, pues manifiesta:

Hay sin embargo algo de verdad en la distinción entre actos de gestión y actos de imperio para los efectos de la responsabilidad. En los actos de gestión ésta es regulada enteramente por el derecho privado, en aquellos de imperio existen algunas restricciones y modificaciones se hacen necesarias por las exigencias especiales de este derecho y entonces en base a ellas la administración escapa a la responsabilidad en casos en que incurriría por el derecho privado.²¹

¹⁹ *Ibidem*, p. 1375.

²⁰ *Ibidem*, p. 1373.

²¹ *Ibidem*, p. 1379.

II. QUIÉNES COMPROMETEN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Cammeo dice:

Todos aquellos que entran en virtud de una relación de derecho público permanente, honorario o gratuito, de carrera o retribuido, voluntario o coactivo, con los entes públicos, sea para formar la voluntad del ente, sea para declararla, sea para exigirla (en lo que por lo demás se aplica igualmente una voluntad). Son órganos de la administración por tanto no sólo los oficiales públicos o funcionarios, es decir, aquellos que forman para el ente la voluntad jurídicamente relevante en la conclusión del negocio jurídico, sino en general todos los empleados públicos que prestan trabajos técnicos, intelectuales o manuales. Quedan comprendidos también los asalariados, todas las veces que su vínculo con la administración tenga tal permanencia e implique subordinación a los entes públicos.²²

Consideramos que la transcripción anterior no requiere de mayor comentario. Comprometen la responsabilidad del Estado tanto los funcionarios, que forman la voluntad del ente público, como los empleados, simples ejecutores.

Nuestro autor se expresa así por considerar persona al Estado y órganos a los dependientes, no así Vacchelli, que sigue la teoría del realismo exagerado de las personas asociativas.

Por órganos se entiende a quienes ejercitan funciones propias, o que proveen a algunas de ellas en ciertas circunscripciones dependiendo de la estructura de las asociaciones de las cuales está constituida la sociedad política. Según este criterio son órganos del Estado todas aquellas asociaciones públicas, las cuales tienen una autonomía propia más o menos extensa regulada por la ley del Estado... no hay duda que a estos entes son imputables los actos por ellos cumplidos.²³

Por ello Vacchelli, al igual que la doctrina francesa, habla de responsabilidad de la A.P. y no del Estado. "... al patrimonio científico de responsabilidad del Estado, se deberá substituir por aquel de responsabilidad de la Administración Pública, por indicar el primero un todo abstracto, sin personalidad jurídica propia, la segunda un complejo de varios entes por naturaleza, y por atributos, pero materialmente

²² *Ibidem*, p. 1381.

²³ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.* 4, p. 42.

determinados".²⁴ ¿A quiénes se imputan los daños? "Se puede concluir que a las administraciones centrales del Estado, que se personifican en los grandes ramos de los servicios por él cumplidos, como por ejemplo, los ministerios pueden considerarse como entes públicos personificados... Al igual que los ministerios pueden considerarse otros entes orgánicos de la administración pública".²⁵

El autor concluye:

Así se explica por qué entre los órganos funcionales del Estado son sujetos verdaderos y propios de responsabilidad no sólo aquellos que presiden un servicio público, sino también aquellos que concurriendo a la aplicación y a la actuación de él están revestidos de poderes de discrecionalidad tales, para considerarse como los centros de los cuales provienen los actos administrativos, y en los cuales viene en cierto modo a individualizarse la conciencia de los fines de la administración pública.²⁶

¿Hasta dónde compromete el dependiente al ente público? Para Cammeo:

La voluntad que se exterioriza en el hecho material del funcionario, empleado o asalariado, para ser atribuida al ente debe ser una voluntad que el agente aplique en su cualidad de tal y no como persona física autónoma. Por hecho precedido de negocio jurídico, órdenes o deliberaciones conscientemente motivadas; esto se deduce, además que del acto, en cuanto su utilidad verdadera o presunta repercute en la esfera de los intereses del ente, como de la directa investigación de la intención; por los hechos no conscientemente motivados; la intención se presume del hecho que la función pública haya dado ocasión al hecho, haya proporcionado los medios o reviertan los resultados en favor propio. (El autor cita constantemente decisiones del tribunal de casación.) Ningún otro requisito se exige. No se pide en particular que el acto, es decir, la declaración de voluntad que puede preceder al hecho material dañoso, sea emitido en forma tal de ser al menos aparentemente válido; y tampoco que él y el acto material sucesivo entren dentro de la competencia del agente... El dolo excluye la referencia del acto o hecho al ente público, porque semejante motivo es incompatible con el ente público y con sus in-

²⁴ *Ibidem*, p. 220.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 222.

tentos de civilidad y de orden; y también con la intención de obrar para él.²⁷

Vacchelli es de la misma opinión:

En las consecuencias de índole civil, que siguen al acto administrativo, y del cual aquí particularmente nos ocuparemos, es comúnmente consentido que la imputación del acto caiga generalmente sobre la administración. No basta el error del funcionario, o la evaluación inoportuna para desplazar tal imputabilidad, ya que esto sólo sucede cuando el funcionario haya obrado con dolo manifiesto, con culpa grave, y haya salido así del límite de las propias atribuciones...²⁸

En resumen, la A.P. responde por las órdenes motivadas expedidas en su beneficio, o que si no son directamente en su beneficio, las ratifique después; de las omisiones culposas; también cuando la función haya proporcionado los medios que sean la ocasión del hecho dañoso; no es requisito para la responsabilidad de la A.P. que el acto material dañoso haya sido realizado por el agente dentro de los límites de su competencia. En cambio, no responderá la A.P. por los actos de sus funcionarios y empleados realizados con dolo o culpa grave, por suponerse que el dependiente ya no obra para el ente público.

III. ACTOS DISCRECIONALES Y ACTOS VINCULADOS

La doctrina evoluciona de los actos de imperio y de los actos de gestión hacia los actos discrecionales y los actos vinculados, para fundar la responsabilidad de la A.P., involucrando también el problema de la competencia de los tribunales ordinarios. Santi Romano expresa: "La competencia judicial en la defensa de los derechos civiles y políticos es la gran regla que poco a poco se ha venido afianzando más".²⁹

Traemos a la memoria que los tribunales jurisdiccionales civiles carecen de competencia para conocer de los actos discrecionales, según la ley de 20 de marzo de 1865; corresponden al Consejo de Estado; por lo tanto, no podían los tribunales civiles conocer de los daños causados extracontractualmente por la A.P., pues se consideraba provenían

²⁷ Cammeo, Federico, *ob. cit.* (3), p. 1384.

²⁸ Vacchelli, Giovanni, *ob. cit.* (4), p. 47.

²⁹ Romano, Santi, *Scritti Minori*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 153.

de actos discrecionales. Lo afirma Santi Romano: "El carácter discrecional de la actividad administrativa vale, cuando se realiza en sus límites, a excluir la responsabilidad de que se habla".³⁰

Aun cuando el propio autor manifiesta que "La incertidumbre verdaderamente caótica que envuelve todo el instituto de la responsabilidad de los entes públicos..."³¹ sin embargo se van estableciendo bases firmes para la procedencia de la responsabilidad estatal. Comentando el autor una sentencia de principios de este siglo (1903), acerca de la falta de mantenimiento de las vías públicas, señala el principio aplicable a todo trabajo público. "Los tribunales definen el mantenimiento de las calles como acto de imperio o que es una función puramente administrativa. Así excluyen la responsabilidad de los entes públicos en todos los casos".³² Romano justifica la irresponsabilidad de la A.P. en el caso anterior en los siguientes términos:

La obligación que tienen los entes administrativos de mantener en estado normal las vías y que es consagrada por claras disposiciones legislativas, es una obligación que ellos no tienen hacia los particulares, sino hacia los entes superiores o es jurídicamente relevante en las relaciones internas de sus órganos.³³

Sin embargo, se empieza a ver de modo diverso la situación; para que los tribunales civiles puedan conocer de estos daños, Romano expresa:

Se puede ir, si bien se necesita de máxima cautela, más allá: Y se pueden imaginar casos en los que el *eventus damni* (la causa del daño) sea por naturaleza tal, que no pueda ser atribuido ni al caso fortuito, ni a la culpa del dañado, ni a otros hechos que excluirían la responsabilidad: de modo que en base a ello el juez no puede, no hacer un verdadero y propio juicio acerca del mal mantenimiento de la calle, sino directamente comprobarla... es el hecho que habla por sí y no da lugar a dudas.

Descartada la causa extraña, se examina el daño y la relación causal con el estado de la calle. Este es el principio que soporta la teoría del riesgo administrativo francés. El autor agrega:

³⁰ *Ibidem*, p. 171.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 173.

Se pondrían así fuera de la posibilidad de obstaculizar la acción del daño, los poderes discrecionales de los entes administrativos, porque el particular no debería, para intentar esta acción, más que probar el hecho objetivo a que ha dado lugar ésta.³⁴

Por lo que hace al fundamento legal, el tratadista italiano expresa su deseo de que se establezcan normas precisas de la responsabilidad de la A.P.; mientras éstas no existan, no encuentra inconveniente en que se invoquen las contenidas en el código civil. "No una verdadera y propia trasposición de tales normas es de hacerse, sino una inteligente y discreta adaptación de ellas, teniendo en cuenta las exigencias y la peculiaridad del derecho público".³⁵ Para el mantenimiento de las calles, la norma aplicable es el Art. 1155 del código civil de 1865, en el que no toca probar al actor que el daño se produjo por vicios de construcción o por falta de mantenimiento de la calle, y el demandado no se libera diciendo que no le ha sido posible impedir el daño. Por ello, conforme al autor, el principio contenido en el ya citado se puede aplicar a la A.P.

La jurisprudencia evoluciona también para hacer justicia al gobernado, porque no es posible la prosperidad de los pueblos con la denegación de justicia. Ya no ve si hay acto discrecional, sino busca si hay normas taxativas que regulen el acto dañoso, cuyo quebrantamiento haga incurrir a la A.P. en responsabilidad. Podemos decir que así el tribunal civil burla el cerco que le impone la ley de 20 de marzo de 1865 que le prohíbe conocer de los actos discrecionales. Si existen normas taxativas no observadas por la administración (si existe antijuridicidad), es un acto vinculado, al menos en cuanto a que tiene que usar de los medios que la ley le impone para no causar daño.

IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Antes del advenimiento de la Constitución de 1947, ya se admitía tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la responsabilidad del Estado es directa y principal, no subsidiaria.

La actividad de éstos (de los funcionarios), indica Zanobini, es actividad directa del Estado, mismo que en ellos quiere y obra. Toda actividad de los funcionarios, a condición de que se ejercite

³⁴ *Ibidem*, p. 175.

³⁵ *Ibidem*, p. 173.

para los fines del ente, aunque irregular o viciada, es siempre actividad propia de él, el cual responde de ella en modo inmediato y directo. El principio originariamente propio solamente de una parte de la doctrina, es hoy compartido por la misma interpretación jurisprudencial, que expresamente excluye, respecto a la responsabilidad del Estado, la aplicación de los conceptos privatísticos de la responsabilidad basada sobre la relación institoria, de representación o de mandato.³⁶

El publicista se apoya en decisiones jurisprudenciales de los años 1930, 1933 y 1934. Funda la responsabilidad directa de la A.P. en la teoría organicista; rechaza la relación institoria que recurre a una culpa *in eligendo* o *in vigilando* del comitente para establecer que la responsabilidad de la A.P. es indirecta.

No es necesario investigar la culpa de los funcionarios, según nuestro guía.

En nuestro campo, dados los complejos procedimientos de formación de los actos administrativos, en los cuales interviene el juicio y con frecuencia la voluntad de varios sujetos, la búsqueda de tal elemento subjetivo daría lugar a las más graves dificultades e incertidumbres; por otra parte, su confirmación requeriría una indagación sobre el buen uso de los criterios, en el cual debe inspirarse la administración en el ejercicio de sus poderes discrecionales: indagación prohibida en modo absoluto a la autoridad judicial. Por tales razones, doctrina y jurisprudencia han siempre excluido la necesidad de cualquier elemento intencional, considerando suficiente la ilegitimidad del proveído.³⁷

Por lo que respecta a la falta de construcción, reparación y mantenimiento de los bienes nacionales, particularmente de las calles públicas, dice: "La jurisprudencia más reciente admite la responsabilidad por inobservancia de disposiciones taxativas y por aquellas relativas a las precauciones que la técnica sugiere para evitar que de las condiciones de las calles deriven daños a las personas".³⁸ La inobservancia de disposiciones taxativas hace incurrir a la A.P. en falta, elemento lógico-formal de todo delito civil, sin necesidad de investigar la culpa, ele-

³⁶ Zanobini, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1936, p. 369.

³⁷ *Ibidem*, p. 371.

³⁸ *Ibidem*, p. 374.

mento ontológico del mismo; la falta, el daño y el nexo causal son suficientes para comprometer la responsabilidad de la A.P.

No existe responsabilidad del Estado, por la actividad de sus funcionarios y dependientes.

Cuando los titulares de los oficios despliegan una actividad que no puede considerarse propia del ente, en cuanto no dirigida a los fines de él, sino a satisfacer los intereses privados suyos y personales... Esto puede decirse con certeza todas las veces que la función pública haya sido ejercitada con dolo penal... La exclusión de la responsabilidad indirecta hace inadmisibles cualquier forma de responsabilidad subsidiaria de la administración...³⁹

Cita decisiones jurisprudenciales de 1931 y 1933. Solamente el dolo excluye la responsabilidad del Estado.

V. LA ACCIÓN DE REGRESO

Continuamos transcribiendo a Zanobini:

La disciplina de la responsabilidad (incluyendo los daños causados por los empleados directamente al patrimonio administrativo) está contenida especialmente en la ley de 18 de noviembre de 1923 Núm. 2440, sobre la contabilidad general del Estado (Art. 81/86), en la Ley Comunal y Provincial de 3 de marzo de 1934 (Arts. 252/264) y en el D.F. 12 de octubre de 1933, número 1399, sobre la gestión administrativa de los entes señalados (Arts. 44/48), interesante bajo varios aspectos, puede ser resumida así:

1) Los funcionarios y empleados del Estado y de los entes menores son responsables de cualquier acción u omisión debida a dolo o culpa grave, de la cual derive un daño al ente público o a terceros, por los cuales el ente deba responder. Tal principio confirma cuanto se ha dicho acerca de la responsabilidad de los entes públicos por daños causados por sus órganos para las relaciones externas, responsable es solamente el ente; en las relaciones internas, éstos tienen derecho de indemnización recursoria de aquellos que, en calidad de funcionarios o empleados, han sido causa del daño.

2) Cuando la acción o la omisión es debida al hecho de varios funcionarios, todos están obligados *in solido* al resarcimiento, salvo las diferencias que deriven de un diverso grado de dolo o de culpa.

³⁹ *Ibidem*, p. 369.

No son responsables aquellos que demuestren haber obrado por orden superior, que estaban obligados a seguir. En este último caso, evidentemente la responsabilidad incumbe sólo al superior jerárquico, como responsables directo de la orden legítima por él dada.⁴⁰

Para estas fechas, la responsabilidad del Estado italiano tiene las siguientes características:

A) La A.P. responde hasta del dolo y de la culpa grave de sus funcionarios y empleados. El derecho francés diría que al responder la A.P. hasta del dolor y de la culpa grave del funcionario, se ha operado la acumulación integral de responsabilidades. Nosotros decimos que se ha llegado a la responsabilidad principal y directa del Estado frente a la víctima.

B) La A.P. tiene acción de regreso en contra del causante del daño. (No se aclara si por cualquier culpa del empleado o solamente cuando ha habido dolo o culpa grave.)

C) En el concurso de personas, todas responden *in solido* frente a la víctima; en la acción de regreso, cada co-causante responde en proporción a su grado de culpabilidad. Este principio lo adoptará el código civil de 1942 en su Art. 2055.

D) El cumplimiento de una orden, releva de responsabilidad al agente obediente. El superior que da la orden es el único responsable. En derecho francés, la orden dada por el superior jerárquico también releva de responsabilidad al empleado obediente, pero compromete la responsabilidad de la A.P.

SEGUNDA PARTE

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ITALIANO DESDE EL AÑO DE 1942 HASTA NUESTROS DÍAS

En el año de 1942 se publica en Italia un nuevo código civil; en el año de 1947, se promulga la nueva Constitución que habría de entrar en vigor el 1o. de enero de 1948. Porque la ley máxima toca el punto, se impone la pregunta: ¿Cuál es la situación del Estado tanto dentro de la Constitución como del derecho en general, en relación a la responsabilidad civil no contratada?

⁴⁰ *Ibidem*, p. 382.

1. *La responsabilidad civil fuera de contrato del Estado italiano según la Constitución del año de 1947*

El Art. 28 de la Constitución nueva preceptúa: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados en violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos".⁴¹

Al establecer Italia en su Constitución la responsabilidad de los funcionarios y dependientes, revela la importancia que el tema ha alcanzado en ese lugar. Deja fuera de duda, que aquéllos deben poner en sus actos funcionales la diligencia necesaria para no causar daño, en nuestro caso, pues responden de toda contravención a las leyes penales, civiles y administrativas.

También deja fuera de duda, que el Estado y los entes públicos tienen responsabilidad civil por los actos de sus empleados. ¿Cómo se interpreta el transcrito precepto?

La Constitución dice que "en tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos". Para nosotros, "se extiende" no es ninguna expresión jurídica; mucho nos extraña su presencia en la ley superior. Pero necesitamos estudiarla.

Cuando algo se extiende, debemos entender que lo que se extiende comunica su naturaleza a lo participado. Del transcrito a.28 vemos que al Estado se comunican tres características de las responsabilidades del agente: 1o. La responsabilidad civil; 2a. El carácter directo de ella, y 3a. Debe mediar violación de derechos. Consideramos innecesario mencionar que la responsabilidad civil es una responsabilidad de daños; es la única que se puede extender; los delitos penales son personales y no pueden trascender a otra persona; lo mismo sucede con las transgresiones administrativas.

Según el repetido precepto, la responsabilidad civil de los funcionarios y dependientes de los entes públicos es directa, es decir, la acción se dirige contra ellos sin estar subordinada a otro requisito y se cumple la sentencia en su patrimonio, sin requerimiento previo al ente público. La responsabilidad civil del agente se extiende en la misma forma al ente público. La acción se dirige directamente en contra del Estado, quien debe cumplir la sentencia de condena, sin la exigencia de tratar de ejecutarla primero en el agente.

⁴¹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *op. cit.* (1). *Costituzione della Repubblica italiana*.

Lo que doctrinalmente planteamos es cómo un mismo hecho dañoso puede originar dos responsabilidades directas: la del agente y la del Estado, si por definición debe responder del evento dañoso aquella persona que ha violado una norma de conducta dirigida a ella. Es quien comete la antijuridicidad. En la especie, la norma de conducta violada va dirigida al Estado y solamente cuando el agente actúa como particular puede cometer una falta por quebrantamiento a una norma dirigida a todos los ciudadanos en general.

En realidad al establecer la ley que la responsabilidad del funcionario y del empleado es directa e igualmente lo es la de Estado, está imponiendo la solidaridad en beneficio de la víctima. La solidaridad se impone por voluntad de las partes o por la ley; aquí es la ley suprema quien la dicta.

La Constitución limita la responsabilidad de los agentes públicos y por extensión la del Estado, a los actos realizados en violación de derechos. Recordemos que la gran distinción en el derecho italiano está entre derechos e intereses legítimos. Solamente de los primeros conoce la jurisdicción civil; los segundos son de la competencia del contencioso administrativo. Con la exigencia de la violación de un derecho, se llena el extremo lógico-formal que nosotros llamamos débito, que es una norma que crea un bien jurídico susceptible de ser dañado.

Inferimos del a.28 constitucional que la responsabilidad del Estado se rige por las leyes civiles, por estar señalando que el agente es responsable según las leyes civiles; así se comunica la responsabilidad al Estado. El capítulo respectivo del código civil no hace ninguna referencia al Estado; pero no es necesario lo haga, si la ley máxima lo dispone; además como persona, está sometida a las disposiciones generales sobre los actos ilícitos.

Sobre el mismo punto, Alessi discurre:

La —extensión— de la responsabilidad implica la idea de una posición sobre el mismo plano jurídico de los dos sujetos sobre los cuales la responsabilidad se quiere hacer recaer (funcionario y ente) y las dos responsabilidades son por tanto directas y principales, y no ya la una directa y principal y la otra indirecta y subsidiaria. No podría decirse que la responsabilidad se extiende cuando debiese cambiar de carácter y naturaleza: la extensión presupone un permanecer inalterados los caracteres esenciales.⁴²

⁴² Alessi, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 59 y ss.

Sin embargo para nuestro citado, la responsabilidad directa de la A.P. no proviene del a.28 constitucional, sino del 113 también de la Constitución, que ordena: "Contra los actos de la administración pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria".⁴³

Si de hecho el ciudadano dañado con violación de su derecho (daño jurídico) por tutela del mismo derecho puede obrar directamente contra la administración ante la autoridad judicial a fin de obtener el resarcimiento del daño, es claro que debe subsistir siempre la responsabilidad directa e inmediata de la administración misma por los daños que en definitiva provengan del proceder de los funcionarios, dado que responsabilidad es precisamente el deber por parte de aquel de quien un daño proviene, de proveer a su resarcimiento. Igualmente, si el ciudadano puede obrar directamente contra la administración en tutela de su derecho violado, es claro que la responsabilidad *directa de la administración se configura principal y primaria*, no ya como responsabilidad simplemente subsidiaria... El Art. 28 ha entendido dar vida a una responsabilidad personal del funcionario directamente frente al afectado, al lado de la responsabilidad de la administración... Tenemos entonces la responsabilidad directa de la A.P. fundada en el Art. 113 y la directa del funcionario en el Art. 28.⁴⁴

No estamos de acuerdo con el distinguido maestro, porque la solidaridad es de derecho substantivo y no adjetivo o procesal. Si el particular afectado por actos de la A.P. puede ir ante la jurisdicción ordinaria, ello no quiere decir que su responsabilidad sea directa y principal; igualmente podría ir si la responsabilidad fuera subsidiaria, claro está agotado previamente el procedimiento en contra del empleado. En Francia, tradicionalmente el Consejo de Estado ha conocido en forma exclusiva de las acciones intentadas por los particulares en contra de la A.P. Insistimos en que es el a.28 el que impone la responsabilidad principal y directa del Estado.

Alessi no plantea el problema de si la responsabilidad de la A.P. deba fundarse en principios civilistas o publicistas. Aplica al Estado el Art. 2043 del código civil de 1942, porque si el ente público soberano es persona, según el Art. 11 del propio ordenamiento, quiere decir que está sometido a dicho precepto. En el orden citado, dicen estos precep-

⁴³ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (41).

⁴⁴ Alessi, Renato, *ob. cit.* (42), p. 58.

tos: "Todo hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño". "Las provincias y las comunas, así como los entes públicos reconocidos como personas jurídicas, gozan de los derechos según las leyes y los usos observados como derecho público".⁴⁵

2. De la responsabilidad directa y de la indirecta

Para el autor que estamos citando, la responsabilidad de la A.P. por los actos de sus funcionarios es directa, mientras que es indirecta cuando de los empleados se trata. Los primeros porque, como órganos del Estado externalan la voluntad de éste, en tanto que los segundos solamente realizan trabajos materiales, sin llevar ninguna voluntad del Estado. Define que órgano del ente es el funcionario investido de un oficio y es por tanto titular de un poder jurídico. La imputación al Estado de los actos de los funcionarios la funda en que la persona del Estado es un centro de relaciones y este centro implica un centro de poderes. Estos poderes se realizan a través de los funcionarios y así lo representan.

Es claro que no todo y cualquier comportamiento dañoso de un dependiente de la administración pública puede ser de una referencia directa del daño que de ahí deriva a la administración pública misma, sino solamente (límite material) aquel comportamiento que constituye la ejecución de un poder público o bien pertenezca a determinaciones volitivas relativas a la selección de medios idóneos para la realización de necesidades públicas: solamente en semejantes hipótesis se tendrá la aplicación de una función. Y esto sea que se trate positivamente de un proveído, o sea que se trate de la falta de expedición de un proveído (proveído omitido).⁴⁶

Con base en lo expuesto, "se excluyen (de la responsabilidad directa) todas aquellas formas de comportamiento inherentes a la actividad de orden meramente material".⁴⁷

Para la imputación al ente, basta "la apariencia formal de la aplicación de donde deriva la lesión".⁴⁸

⁴⁵ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (1), *Codice Civile*.

⁴⁶ Alessi, Renato, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1964.

⁴⁷ Alessi, Renato, *ob. cit.* (42), p. 48.

⁴⁸ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 45.

La responsabilidad indirecta la funda en el Art. 2049 del código civil de 1942, que preceptúa: "Los patronos y los comitentes son responsables por los daños ocasionados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de las labores a que están adscritos".⁴⁹ Se asimila el empleado de la A.P. al empleado particular porque

En ambos casos se tiene el fenómeno de la utilización de la actividad de un sujeto por otro, utilización que precisamente justifica tomar a su cargo la responsabilidad por los daños causados a terceros en el curso y a causa de la actividad utilizada.⁵⁰

Esta tendencia a asimilar el empleado público al privado, la encontramos también en la doctrina francesa publicista; ni qué decir del derecho anglosajón, donde reciben tratamiento igual a través del *common law*.

Para el propio Alessi, es responsabilidad indirecta la de

- a) Los funcionarios por sus actos materiales y cuando utilizan la función para fines propios.
- b) Los empleados.
- c) Los daños producidos por las cosas propiedad de la A.P.

En los dos primeros casos debe haber una culpabilidad en el causante del daño para que comprometa a la A.P., quien no necesita estar en culpa respecto de su empleado (*culpa in eligendo* o *in vigilando*), porque el Estado es garante frente al dañado por los actos materiales de sus funcionarios y empleados, pues su responsabilidad está fundada en la teoría del riesgo, entendida como la utilización por el ente de los servicios de sus empleados, de cuya actividad debe ofrecer garantía al que resulte afectado. Así la responsabilidad de la A.P. tiene carácter objetivo.⁵¹

En resumen, solamente cuando el funcionario actúa como órgano del ente público, compromete en forma directa la responsabilidad de la A.P.; si realiza el funcionario actos materiales dañosos y cuando abusa de la función, entonces la responsabilidad del ente es indirecta, como la del simple empleado; por las cosas, según el autor italiano, también responde el Estado en forma indirecta.

Bonasi cita ejecutorias que deciden que la responsabilidad del Estado es directa. También cita la memoria de la Abogacía General del Estado que entre otras cosas expresa:

⁴⁹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (45).

⁵⁰ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 47.

⁵¹ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), pp. 47 y 48.

La responsabilidad de la A.P. (entendiéndose bajo tal acepción el Estado y los demás entes públicos) por los daños ocasionados por sus propios funcionarios o empleados es responsabilidad directa y por hecho propio.

En cambio para Bonasi, es responsabilidad indirecta, porque si es directa

No se explica el derecho de repetición del Estado frente al funcionario si, sobre todo, la responsabilidad personal de este último es solidaria con la de la A.P. El concurso de las dos responsabilidades demuestra claramente que el funcionario responde como obligado directo, en tanto que la administración no puede responder más que en vía indirecta.⁵²

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO, SEGÚN EL DERECHO COMÚN

La doctrina trata dos puntos al respecto:

1. La antijuridicidad, y
2. La imputación al ente.

1. La antijuridicidad

Alessi entiende por ilícito: "Comportamiento ordenado a un sujeto que transgrede un deber de conducta impuesto en protección de intereses individuales".⁵³

Conforme lo hace cierto sector de la doctrina italiana, el autor a la antijuridicidad la llama "injusticia" del comportamiento.⁵⁴ Según vimos antes (*supra*, 2a. p., I, 1), el art. 2043 del Código Civil italiano llama "daño injusto" al daño causado fuera de contrato en forma ilícita y es la misma expresión empleada en el derecho romano. Confirma su concepto de ilícito con la siguiente frase: "Esto sucede cuando el comportamiento lesivo constituye transgresión del vínculo impuesto por el ordenamiento en tutela del interés: comportamiento, por tanto, diverso de aquel objeto del vehículo".⁵⁵

⁵² Bonasi Benucci, Eduardo, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1958.

⁵³ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 2.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁵ *Ibidem*.

¿En dónde se encuentran estos deberes de conducta? En los derechos absolutos: integridad, uso de los bienes, vida e integridad del cuerpo, honor, pudor de la persona: aplicación de la actividad personal o de las facultades naturales (libertad de obra, de pensar, etcétera) "que contienen el *neminem laedere*, o "más analíticamente: =abstente de herir aquellos intereses que el Juez considere dignos de tutela jurídica=".⁵⁶

La postura de Alessi es la misma que la de De Cupis, para quien antijuridicidad significa: "Contrariedad a específicas normas de derecho, a las cuales el art. 2043 tácitamente reenvía a la vez que establece la sanción del daño causado por violación a ellas".⁵⁷ Las normas específicas están en los derechos absolutos (derechos de la personalidad, derechos reales, derechos sobre bienes inmateriales) que contienen el *neminem laedere*.

En nuestro libro "La Ley Aquilia y los derechos de la personalidad" expresamos no estar de acuerdo con el punto de vista anterior. Para nosotros, la norma de conducta, de acción o de abstención, que al ser violada hace que el acto sea antijurídico, se encuentra en diversos cuerpos de leyes, principalmente en el código penal, que se incorporan a la ley por la palabra "ilícitamente" contenida en nuestro a.1910 del Código Civil.⁵⁸ Por lo que se refiere al Estado, es primordialmente la constitución quien le impone las normas de conducta a observar frente al particular.

La doctrina italiana profundiza en el concepto de derecho y asevera que el derecho garantiza al titular de un derecho subjetivo la utilidad substancial contenida en el derecho, que el beneficiado puede o no utilizar (facultad).⁵⁹ Alessi llama esfera jurídica primaria del individuo a los derechos subjetivos, en contraposición a los simples intereses que son la esfera jurídica secundaria. Los derechos subjetivos imponen a terceros una norma de conducta que les prohíbe dañarlos (*neminem laedere*) y es a través de esta tutela jurídica que garantiza una utilidad substancial y final al titular del derecho, como surge la norma de conducta dirigida a todos; cuando sucede la transgresión, el tercero quebranta esta norma de conducta y entonces incurre en la responsabilidad de restituir esta utilidad substancia y final. Por ello dice que, responsabilidad civil es

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁵⁷ De Cupis, Adriano, *ob. cit.* (2), pp. 7, 41 y 42.

⁵⁸ Moguel Caballero, Manuel. *La ley aquilia y los derechos de personalidad*. México, Tradición, 1983, pp. 21 y ss.

⁵⁹ Zanobini, Guido, *ob. cit.* (36), p. 219.

Sometimiento del sujeto que ha transgredido un deber de conducta impuesto a él en protección de intereses de otro, a la obligación de restablecer mediante equivalente pecuniario el daño producido: más precisamente, de restablecer aquella utilidad de carácter substancial y final que era garantizada al sujeto tutelado con el deber que ha sido transgredido.⁶⁰

Continúa nuestra oposición a la perspectiva alessiana. Los derechos que garantizan la utilidad substancial y final a su titular no dicen qué debe hacer el titular cuando es privado de su utilidad substancial por un tercero; por lo que respecta a la vida, al honor, a la integridad física, ¿en dónde están-consignados esos derechos? No son tan explícitos como cuando del derecho de propiedad se trata, según vemos en el art. 832 del Código Civil italiano que dice: "El propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas en modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico".⁶¹

Hay que recurrir al a.2043 del propio ordenamiento para saber que existe una acción de daños en contra de quien ataque ese derecho injustamente. La utilidad de carácter substancial y final que menciona Alessi, garantiza a su titular el derecho, es el elemento teleológico de la norma, pero no forma parte de su estructura.

Se cuestiona si la responsabilidad del funcionario se funda en la misma antijuridicidad en que se basa la del ente o en una distinta. Nuestro autor se pregunta: "Cómo se puede pretender entonces insertar junta a la responsabilidad directa del ente, una responsabilidad personal del funcionario dado que ninguna transgresión es jurídicamente imputable a él personalmente?"⁶² Plantea el caso en que un funcionario ordene la ocupación de un bien de propiedad privada, fuera de los casos previstos por la ley, en que como manifestación de poder, la orden es imputable al ente. Resuelve el problema diciendo que la antijuridicidad del empleado está en el a.28 constitucional que impone la "obligación de no usar de la función a él confiada en forma que hiera antijurídicamente derechos de terceros: obligación que el funcionario transgrede cuando usa de la función además que de modo antijurídico, con conocimientos de la antijuridicidad".⁶³

⁶⁰ Alessi, Renato, *ob. cit.* (46), p. 2.

⁶¹ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* (45).

⁶² Alessi, Renato, *op. cit.* (46), p. 157.

⁶³ *Ibidem*.

En cambio la antijuridicidad del ente no la identifica con el a.28 citado, pues dice:

Como se ve, la especie a la cual se aplica la sanción de responsabilidad a cargo del funcionario ex Art. 28 no se identifica precisamente con aquella a la cual se aplica la sanción de responsabilidad a cargo del ente público: no se identifica por vía de la diversidad de dos elementos: por un lado la obligación transgredida, por el otro la imputabilidad de la transgresión que se pide; para afirmar la responsabilidad del ente se pide, y es suficiente, la transgresión a una obligación genérica o específica, basada sobre las normas comunes, destinadas a realizar un interés substancial (derecho) de un particular; y se pide por otro lado la imputabilidad subjetiva de la transgresión a la obligación antedicha a la voluntad del ente, sin que se pida algún conocimiento de la antijuridicidad de la acción lesiva y tampoco que la ausente conciencia de la antijuridicidad dependa de culpa.⁶⁴

Varios son los puntos a debate en el planteamiento anterior: Si para Alessi la antijuridicidad se encuentra en los derechos absolutos que conllevan el *neminem laedere*, ¿por qué ahora trata de dividir la antijuridicidad en la del ente y la del empleado? Si la antijuridicidad es una, como la señala él, una debe ser la respuesta: La antijuridicidad tanto del ente como la del funcionario está en la violación de un derecho absoluto.

Contradiendo su planteamiento, dice que la antijuridicidad del empleado está en el a.28 constitucional que impone al agente la obligación de no usar de la función a él confiada en forma que hiera antijurídicamente derechos de tercero. El ilícito ya no está entonces en la violación de un derecho absoluto, sino en una obligación impuesta al funcionario por el a.28 citado. Para nosotros, la función del susodicho a.28 por lo que respecta a la antijuridicidad, es la misma que la del a.2043 del Código Civil: Señala entre los requisitos de la acción de daños, que el acto o la omisión dañosa debe ser antijurídico, pero no señalan en qué consiste la antijuridicidad.

Conforme a su postura, la ilicitud del Estado está en el quebrantamiento de un derecho absoluto contenido en las normas comunes. Pero de acuerdo a nuestro pensamiento de que la falta, la ilicitud, la antijuridicidad está en el quebrantamiento de una norma de conducta, la de la A. P. está en la violación de un precepto de la constitución

⁶⁴ *Ibidem*.

fundamentalmente, pero no únicamente. La del empleado, cuando obra como persona privada, está en los preceptos de derecho común.

El ejemplo que da del funcionario que ordena la ocupación de un inmueble fuera de los casos previstos por la ley, lo resuelve cuando dice que la orden es imputable al ente por ser una manifestación de poder. No existe problema frente a la víctima. Es un claro abuso de la función. Lo que hay que resolver es el fundamento que tendría el ente para recuperar de su empleado la disminución sufrida en su patrimonio por la reclamación de la víctima.

El capítulo de la Responsabilidad civil de los funcionarios y de los dependientes públicos del Novísimo Digesto Italiano, que es del propio Alessi, expresa:

En substancia se tienen ahora dos distintas acciones de responsabilidad que pueden ser acumuladas o bien intentadas separadamente; una contra el ente público (Art. 113 constitucional) la otra personalmente dirigida contra el funcionario que físicamente ha puesto en existencia el hecho dañoso e ilícito, en base al Art. 28 constitucional que forma la base positiva e inmediata de esta acción.⁶⁵

2. La imputación al ente público del dolo o de la culpa de su dependiente

La atribución al ente público del dolo o de la culpa de sus dependientes se explica por la teoría organicista, que presupone la concepción del estado como persona. Esta teoría, que nosotros denominamos del realismo exagerado, considera a los órganos de la persona social parte viva de la persona. Nuevamente en el Novísimo Digesto Italiano, Alessi dice:

De hecho, de la materialización de la idea de Estado-persona en aquella de Estado-aparato, se ha sacado, necesariamente, la concepción de los miembros del aparato como constituyendo una, aunque sea mínima, parte fraccionaria de la personalidad misma; se ha visto por tanto en los funcionarios públicos no ya a los representantes (mandatarios) del Estado, sino a los órganos del Estado: es decir, en definitiva, porque el cuerpo reasume el complejo de sus órganos, el Estado mismo. La acción de los órganos, se dice, es propiamente la acción del Estado.⁶⁶

⁶⁵ *Novísimo Digesto Italiano*, vol. 1, p. 658.

⁶⁶ *Ibidem*, vol. 2, p. 662.

No puede existir entonces más que responsabilidad directa de los funcionarios:

Esta imputación directa al ente Estado (y más generalmente a los entes públicos) de la acción que proviene físicamente de las personas físicas de los funcionarios, ha hecho posible, como se sabe, la concepción de una responsabilidad directa del ente por los daños que sean consecuencia de la acción puesta en existencia por los funcionarios: responsabilidad por hecho propio del ente público fundado sobre el art. 2043 del Código Civil, así como en el art. 2049 del Código Civil. La acogida general de la teoría organicista ha llevado al repudio de toda figura de responsabilidad indirecta.⁶⁷

a) *La manifestación subjetiva*

Imputabilidad subjetiva significa, substancialmente, referencia de la transgresión directamente por voluntad o indirectamente por culpa".⁶⁸ El dolo no necesita probarse directamente

si el daño constituye el objeto directo del proveído, no necesita probarse el dolo puesto que el mandato contiene en sí una manifestación de voluntad, así que una vez investigada la existencia de la manifestación de poder, no necesita investigarse el elemento de la imputabilidad moral (el dolo), se tenga conciencia o no de la ilegalidad.⁶⁹

Si se trata de culpa, ésta debe estar en el agente en relación al acto dañoso para ser imputable al ente; de ahí que deba ser probada.

Hay un criterio objetivo que facilita la búsqueda de la culpa y la revela indirectamente: la imperfección del medio o del trabajo técnico, al cual se deba el resultado anormal y el daño por el uso del medio mismo.⁷⁰

Lo anterior se refiere a los daños causados por los trabajos públicos. Cuando de una función administrativa se trata, "La culpa puede estar en el modo de aplicación de una función administrativa".⁷¹

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 666.

⁶⁹ Alessi, Renato, *ob. cit.*, 46, p. 86.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 91.

⁷¹ *Ibidem*, p. 112.

Rechaza el autor la objeción de que la búsqueda de la culpa implique inmiscuirse en el acto administrativo, pues lo que se investiga en caso de daño es si el medio elegido ha funcionado o no bien, en modo normal o si "por defecto accidental del medio material o por negligencia, impericia, imprudencia de los ejecutores materiales, el medio haya funcionado en forma anormal o defectuosa".⁷²

En los casos de responsabilidad indirecta del ente, que como se recordará, para Alessi son los actos materiales de los funcionarios, el abuso de la función de los mismos y cualquier acto de los empleados, en contra de la doctrina y jurisprudencia italianas que consideran responsabilidad directa del ente público cualquier acto u omisión dañoso de sus funciones y dependientes, manifiesta que el daño debe ser producido en el ejercicio del empleo o cargo, es decir, basta que la función sea la ocasión y no necesariamente la causa. El autor del daño debe estar en culpa y no se exige que el servicio lo esté.

Por cuanto concierne a los daños derivados de la actividad de los empleados y dependientes, necesitase que el daño sea producido en el ejercicio de la tarea: ésta, sin embargo, puede aun ser simple ocasión del daño sin necesitar ser causa del mismo. No bastaría sin embargo una simple coincidencia meramente cronológica, sino que se necesita lo que se suele llamar la necesaria ocasión del daño; se necesita, a saber, que exista la certeza que si no hubiese sido la ocasión el ejercicio de la tarea, el hecho dañoso no hubiera sucedido. Se necesita, en otras palabras, que el ejercicio de la tarea haya hecho posible la consumación del hecho ilícito, y no se exige, por contra, que el hecho en su aspecto lícito constituya una tarea confiada".⁷³

Quiere decir que aunque la tarea ordenada sea lícita, habrá responsabilidad indirecta de la A. P. si su realización produjo daño culpable, entendiéndose culpa en el agente. Indica el autor que este principio es frecuentemente afirmado por la jurisprudencia. Si el servicio es la ocasión, el servicio responde hasta del dolo del funcionario y del empleado; el fundamento de lo anterior es la teoría del riesgo.⁷⁴

Bonasi se pregunta si la A. P. debe responder de los actos dolosos de los funcionarios, según el a.28 constitucional, que no hace distinción entre actos dolosos y culposos. Cita una ejecutoria:

⁷² *Ibidem*, p. 89.

⁷³ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 19, nota 34.

De los actos de sus funcionarios, aunque los mismos desborden los límites de las funciones atribuidas al agente, la A. P. responde siempre que el acto se halle en relación con una finalidad de interés público, la cual, desde luego, debe estar excluida en los supuestos de dolo del funcionario. Cuando existe dolo, el funcionario no actúa como órgano de la Administración y el acto se configura como personal de su autor.⁷⁵

En concreto, el dolo del funcionario excluye la responsabilidad de la A. P., lo que contradice la postura alessiana, que para nosotros es la correcta.

El mismo Bonasi asevera:

La jurisprudencia admite que en algunos particulares supuestos, el dolo del funcionario no excluye la responsabilidad de la A. P., como ocurre en el caso de sustracción dolosa de pliegos o correspondencia de valores... o de mercancías transportadas por ferrocarril, situaciones éstas en las que la Administración tiene una específica obligación de custodia.⁷⁶

Los últimos ejemplos podrían encuadrarse dentro de una responsabilidad contractual.

III. DEL RIESGO CREADO

El a.2050 del Código Civil italiano preceptúa: "Quien ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño."⁷⁷ ¿Es aplicable a la A. P.? Alessi responde que no ve motivo para que no lo sea y que todo el sistema del Código Civil en materia de responsabilidad se impone al Estado.⁷⁸

IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

La responsabilidad consiste en el resarcimiento del daño. Es el término expresado por el a.2043 del Código Civil. Conforme al a.2058 del propio ordenamiento el resarcimiento puede consistir en la reintegración en forma específica, cuando sea en todo o en parte posible. De

⁷⁵ Bonasi Benucci, Eduardo, *ob. cit.*, 52, p. 369.

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ Nicolò, Rosario y Giovanni Leone, *ob. cit.* 45.

⁷⁸ Alessi, Renato, *ob. cit.* 46, p. 95.

no ser ello posible, el resarcimiento tendrá lugar por el equivalente pecuniario. Es facultad del juez ordenar el resarcimiento por el equivalente pecuniario, cuando la reintegración en forma específica resulte excesivamente onerosa para el deudor.

De Cupis define el resarcimiento como: "La prestación al afectado de un equivalente pecuniario, o sea, de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño".⁷⁹ No se conforma lo anterior al texto legal arriba mencionado. Este autor prefiere "reintegración en forma específica"⁸⁰ para el cumplimiento de la obligación original.

La palabra =resarcimiento= expresa propiamente la prestación de una cosa, como puede ser el dinero, en subrogación de otra. Ni en el lenguaje corriente ni en el técnico de los juristas se dice correctamente que =resarce un daño= aquel que vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes: esto =repone= el daño, pero no lo resarce.⁸¹

En el campo del derecho público, por contra, no se admite una reintegración coactiva en forma específica que no se refiera simplemente a una obligación pecuniaria, por lo que el resarcimiento del daño no puede ser más que resarcimiento verdadero y propio en forma pecuniaria. Son claras las razones de ese hecho, razones que se pueden sintetizar en la tendencia, fundamentalmente para nuestro ordenamiento, de impedir cualquier posible injerencia del poder judicial sobre el administrativo.⁸²

Si bien es cierto que la jurisdicción civil no puede condenar a la autoridad administrativa a la reintegración en forma específica o a obligaciones de hacer, también lo es que conforme a la ley de 20 de marzo de 1865 sobre el contencioso administrativo, la jurisdicción administrativa sí puede anular el acto administrativo y ordenar la reintegración en forma específica; es más, removido el obstáculo del acto administrativo ilícito por parte del contencioso administrativo, el perjudicado puede dirigirse a la autoridad judicial para obtener el cumplimiento de la obligación complementaria, si el resarcimiento en forma específica decretado por la autoridad administrativa no fue suficiente a resarcir plenamente el daño derivado del comportamiento ilícito de la A. P. Alessi llama a esto "cuestiones patrimoniales secuenciales".⁸³

⁷⁹ De Cupis, Adriano, *ob. cit.*, 2, p. 329.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 360.

⁸¹ *Ibidem*, p. 367.

⁸² Alessi, Renato, *ob. cit.*, 46, p. 120.

⁸³ *Ibidem*, p. 122.

LAS PATENTES EN MÉXICO: EVOLUCIÓN Y SISTEMA ACTUAL

Horacio RANGEL ORTIZ

SUMARIO: I. *Evolución legislativa del Derecho de patentes mexicano.* II. *Las reformas de 1986 a la Ley de Invenciones y Marcas de 1975.* III. *Áreas reformadas.* IV. *Duplicidad de instrumentos para la protección de los inventos.* V. *Diferencias entre patentes y certificados de invención.* VI. *Las condiciones de patentabilidad.* VII. *Nuevas materias patentables.* VIII. *Nuevas materias no patentables.* IX. *Cambio de solicitud de certificado de invención a solicitud de patente.* X. *Invenciones no patentables pero amparables a través del certificado de invención.* XI. *Exclusiones permanentes y exclusiones temporales.* XII. *Exámenes de novedad practicados en el extranjero.* XIII. *Explotación de patentes y licencias obligatorias.* XIV. *Sanciones por el delito de invasión de patente.* XV. *Plazo de vigencia de las patentes.* XVI. *Observaciones finales.*

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE PATENTES MEXICANO

De las distintas categorías de derechos que integran la propiedad intelectual, la que se ocupa de la protección legal de los inventos fue la primera que se reglamentó de manera específica. Desde entonces, se han expresado muy variadas opiniones respecto de los fundamentos filosóficos de la existencia y el funcionamiento del sistema de patentes. Estas características del Derecho de patentes mexicano se ven reflejadas en las distintas reformas a las leyes de patentes que han regido esta materia desde principios del siglo pasado. En México, la estructura y funcionamiento del sistema de patentes ha sido objeto de modificaciones substanciales en siete ocasiones, reflejando cada una de ellas la filosofía político-económica de la época en que han ocurrido los cambios.

La actividad legislativa en este terreno inicia después de consumada la independencia de México, con la abrogación del *Decreto expedido por las Cortes Españolas el 2 de octubre de 1820, para asegurar el derecho de propiedad a los que inventen, perfeccionen o introduzcan algún ramo de industria* —el primer ordenamiento que rigió el otorga-

miento de patentes de invención en México (y en España) — que fue sustituido por la *Ley de 7 de mayo de 1832, sobre privilegio exclusivo a los inventores o perfeccionadores de algún ramo de industria*. En la historia del Derecho de patentes mexicano, esta ley representa el periodo más largo de inactividad legislativa — más de medio siglo — y por tanto, de la silenciosa atmósfera que rodeaba a esta materia en esa época.¹ El silencio que imperaba en México en torno al sistema de patentes, es roto con la promulgación de la *Ley de 7 de junio de 1890, sobre patentes de privilegio a los inventores o perfeccionadores*. Es de pensarse que la reanudación de actividades legislativas en materia de patentes estuvo precedida por el impacto que, a nivel internacional, tuvo la firma del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (Convenio de París) en el año de 1883,² del que, sin embargo, México se convierte en signatario hasta el año de 1903 (Acta de Bruselas).³ Esto es, poco después de la promulgación de la *Ley de Patentes de Invención* expedida el 25 de agosto de 1903, que comenzó a regir el 1o. de octubre del mismo año y que por primera vez contemplaba la expedición de patentes de diseño.

¹ Véase, sin embargo, la situación que imperaba en otros países durante la segunda mitad del siglo pasado, cuando la actitud generalmente positiva que existía hacia la protección de los inventos como un medio de desarrollo industrial, se enfrenta a una seria crisis provocada por economistas que vieron en el sistema de patentes un obstáculo del libre comercio. Ello resulta en un debate sobre las ventajas y desventajas del sistema, que se estima concluyó aproximadamente en 1870 cuando los adversarios del sistema cedieron en la batalla, con el consiguiente triunfo de los convencidos de las virtudes del sistema de patentes. A partir de esta discusión se inicia el estudio metódico de las funciones del sistema de patentes y el desarrollo de la doctrina que ha justificado la existencia de dicho sistema. Véase: Horacio Rangel Ortiz, *Evaluación del sistema de patentes*, Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, México, 1986. Véase también: Friedrich-Karl Beir y Joseph Strauss, *The Patent System and Its Informational Function - Yesterday and today*, IIC, International Review of Industrial Property and Copyright law, vol. 8, núm. 5/1977, p. 391.

² Después de un trabajo preparatorio realizado en 1873 y 1878, el Convenio fue redactado en una Conferencia Diplomática de París el año 1880, firmado, con un Protocolo Final adicional, por 11 Estados — Bélgica, Brasil, España, El Salvador, Francia, Guatemala, Italia, Países Bajos, Portugal, Serbia y Suiza — en una Conferencia similar el año 1883 y ratificado por esos Estados en 1884. Depositaron al mismo tiempo instrumentos de adhesión Ecuador, el Reino Unido y Túnez. Entró en vigor un mes después del depósito de los instrumentos de ratificación, el 7 de julio de 1884. El Convenio especificaba que los Estados contratantes se constituían en *Unión* para la protección de la propiedad industrial, una construcción jurídica cuyas consecuencias se examinan en: G. H. C. Bodenhausen, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial revisado en Estocolmo en 1967*, BIRPI, 1969, Ginebra, Suiza, pp. 9-16.

³ *Diario Oficial* de 17 de septiembre de 1903.

Es hasta después del periodo revolucionario cuando las leyes de patentes vuelven a ser objeto de atención por parte del legislador mexicano, con la promulgación de la *Ley de Patentes de Invención de 26 de junio de 1928*, que comenzó a regir el 1o. de enero de 1929, es decir, poco antes de la adhesión de México al Acta de La Haya, derivada de la Revisión al Convenio de París que tuvo lugar en esta ciudad en 1925.⁴

La Ley de 1929 es abrogada por la *Ley de la Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942*, en la que por primera vez se codifica la legislación sobre patentes y signos distintivos. La Ley de 1942 incorpora importantes cambios a la legislación anterior, tanto en materia sustantiva, como adjetiva. Esta Ley estuvo en vigor durante 33 años hasta su abrogación por la *Ley de Invenciones y Marcas de 1975*, misma que había permanecido prácticamente sin modificaciones hasta diciembre de 1986.⁵

La expedición de la Ley de Invenciones y Marcas de 1975 vuelve a reflejar la atmósfera imperante en torno a las instituciones en ella reguladas, pues en dicho ordenamiento se aprecia claramente el impacto de la filosofía político-económica en materia de propiedad industrial sustentada por ciertos grupos en los años sesenta y setenta. La filosofía político-económica de que aquí se habla, se caracterizó, entre otras cosas, por los ataques encaminados a desvirtuar las tesis que han justificado la existencia del sistema de patentes y el derecho exclusivo de explotación temporal de un invento. La vigencia de dichas tesis fue severamente desafiada en estudios realizados por economistas nacionales y extranjeros y por organismos internacionales como la UNCTAD. De estos desafíos deja constancia la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, redactada en una época en que también estaban siendo revisadas las leyes sobre propiedad industrial y traspaso tecnológico en otros países de América Latina y que, igual que en el caso de México, sufrieron el impacto de estudios y opiniones que cuestionaban las bondades de la regulación tradicional sobre propiedad industrial en América

⁴ México se adhiere al Acta de La Haya hasta el año de 1930. *Diario Oficial* de la Federación de 30 de abril de 1930.

⁵ Una revisión general de la evolución legislativa en esta materia aparece en el artículo de David Rangel Medina, *La explotación de patentes en la actual jurisprudencia mexicana* (ver el apartado de Antecedentes), Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 15, 1983, pp. 335-337. Véase también: Bernardo Gómez Vega, *La tradición legislativa mexicana y el certificado de inversión*, Revista Mexicana de Justicia, núm. 4, vol. IV, octubre-diciembre 1986, pp. 301-310.

Latina y otros países en vías de desarrollo.⁶ La integración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en 1964 y los estudios patrocinados por este organismo en torno a la función de las patentes en el traspaso tecnológico hacia los países en vías de desarrollo, también constituyen antecedentes de importancia de la tendencia que se menciona.⁷

Poco antes de la aprobación del proyecto de la ley de 1975, el entonces Secretario de Industria y Comercio —a quien se atribuye en gran parte la paternidad de este ordenamiento— expresó las siguientes palabras en una comparecencia ante el Senado de la República:

No son aceptables ni pueden ser valederos los lineamientos ideológicos del liberalismo burgués del siglo pasado, que consideró a las patentes como un derecho natural de propiedad y como un privilegio monopolístico que pudiera ejercerse sin tomar en cuenta el interés público.⁸ Hoy, sin dejar de dar estímulo a los inventores, se reconoce universalmente que el ejercicio de sus derechos debe tener como límite el interés de la colectividad y el derecho de los países al desarrollo y a la independencia económica.⁹

⁶ Para un examen de las ventajas y desventajas que se le atribuyen al sistema de patentes, véase: Horacio Rangel Ortiz, *La evaluación...*, op. cit., pp. 431-451.

⁷ Véase: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *La Función de sistemas de patentes en la transferencia de tecnología en los países en desarrollo*. Junta de Comercio y Desarrollo - Comisión de transferencia de tecnología. Primer Periodo de Sesiones, Ginebra, 24 de noviembre de 1975. Tema 5 del Programa Provisional, TD/B/C.612, p. 3. Véase también: Horacio Rangel Ortiz, *Mexican Patent Legislation After the Revision of 1986*, Patent World, Issue Five, September 1987, Intellectual Property Publishing Ltd., London, England, p. 49 y *Evaluación...*, op. cit.

⁸ Para un examen de la procedencia de las argumentaciones que anteponen el interés público a todo interés particular en materia de propiedad industrial y traspaso tecnológico, véase: Dieter Pfaff, *Human Responsibilities in Licensing*, Les Nouvelles, septiembre 1983. Este autor ha dicho: "Quisiera aclarar dos cuestiones: No comparto la idea de que el bien común debe anteponerse al bien individual. La aplicación de esta noción nos ha traído las experiencias más lamentables precisamente aquí en Alemania. La realidad de dicha noción no es otra cosa sino la esencia de y el medio para una dictadura totalitaria. Yo aceptaría con mucho más convicción, la noción del liberalismo individual en el sentido que una verdadera libertad en lo que hace a las oportunidades para el desarrollo individual, simultáneamente acarrea un beneficio mayor en el logro del bien común. Sin embargo, esta venerable idea ha tenido que ser objeto de ajustes cuando se considera por un lado, la existencia de posturas egoístas e individualistas de tono exagerado y por otro, las imperfecciones sociales y económicas".

⁹ José Campillo Sainz, *Fundamentación de la nueva Ley de Invenciones y Marcas*, Comercio Exterior, agosto de 1976, p. 963.

II. LAS REFORMAS DE 1986 A LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS DE 1975

Después de diez años de aplicación de la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, la actual administración ha vuelto a considerar cambios a la legislación en materia de patentes, mismos que han sido propuestos en el proyecto de reformas y adiciones enviado al Congreso de la Unión y finalmente aprobado por la Cámara de Senadores el 27 de diciembre de 1986. El Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de Invenciones y Marcas, fue expedido por el Poder Ejecutivo el 29 de diciembre de 1986, para ser publicado en el *Diario Oficial* de 16 de enero de 1987 (en vigor a partir del día siguiente de su publicación). En términos muy generales, puede apreciarse que las reformas de 1986 constituyen un ligero alejamiento de la filosofía político-económica imperante en la época en que fue redactado originalmente este ordenamiento y el primer paso de lo que algunos consideran podría ser el inicio de una etapa de modernización de las leyes mexicanas sobre propiedad industrial. No obstante esto último, desde ahora debe destacarse que, entre las opiniones que se han expresado sobre las reformas de 1986, destacan aquellas que se han ocupado de comentar no tanto las materias reformadas, sino lo que dejó de reformarse. Esto significa que, al poco tiempo de haber entrado en vigor las reformas de 1986, en esta ocasión ha sido el silencio del legislador lo que ha provocado las reacciones más significativas por parte de los sectores afectados. Las críticas van encaminadas a censurar la pasividad del legislador, no obstante la época que se vive actualmente, que trae consigo la necesidad de introducir cambios tendientes a armonizar nuestras leyes con las de los países que han encontrado que un sistema de patentes serio y eficaz es uno de los medios más efectivos para promover la investigación científica y tecnológica, para recompensar a los inventores, para tener acceso fácil y expedito a tecnologías desarrolladas en el extranjero y para documentar en un archivo público, el tesoro de conocimientos obtenidos a través de las patentes.

No es un secreto que cuando se tuvo conocimiento de la existencia de un proyecto de reformas a la Ley de Invenciones y Marcas, surgieron ambiciosas expectativas en quienes consideraron que tales reformas podían ser aprovechadas para modernizar en toda forma nuestras leyes de patentes y no únicamente para hacer cambios superficiales. La frustración fue evidente.

A pesar de lo anterior, y por modestas que se consideren las reformas de 1986 —al ser contrastadas con algunas de las propuestas¹⁰ formales e informales hechas por diversos grupos, incluyendo las de estudiosos y expertos— es evidente que tales reformas han tenido un impacto en las reglas que rigen la obtención y la conservación del derecho a la explotación exclusiva de los inventos.¹¹ A estos aspectos me referiré a continuación.

III. ÁREAS REFORMADAS

Las principales áreas que sufrieron modificaciones con motivo del Decreto de Reformas y Adiciones pueden resumirse como sigue: ma-

¹⁰ La mayoría de estas propuestas fueron presentadas a manera de memoranda, tanto a los responsables de la elaboración del proyecto, como a los representantes de las comisiones del Congreso de la Unión que estudiaron el proyecto. De dichas propuestas destacan las que fueron presentadas por CONCAMIN y por AMPPI.

¹¹ En el Decreto de 29 de diciembre de 1986 se introdujo el TÍTULO TERCERO BIS-CAPÍTULO ÚNICO, que bajo el rubro de *Fomento a las Inventiones de Aplicación Industrial*, confiere a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial una serie de atribuciones tendentes a reglamentar disposiciones de tipo general contenidas en el artículo 14 de la Ley para Coordinar y Promover el Desarrollo Científico y Tecnológico y en el Programa Nacional de Desarrollo Tecnológico y Científico. Las nuevas disposiciones contenidas en los artículos 86A-86D serán objeto de estudio y comentario en otro lugar. Por ahora baste mencionar lo contradictorio que ha parecido la introducción de disposiciones tendentes a promover el desarrollo tecnológico y científico de este país, cuando se contrasta con la abstención de los redactores del proyecto y de los legisladores, a introducir medidas serias y radicales para reprimir de manera efectiva —esto es, oportuna y expedita— las distintas formas de invasión de los derechos del patentado, que por lo demás, permanecen deficientemente reguladas en la Ley. Es bien sabido que todo intento serio por promover el desarrollo tecnológico y científico de un país, paralelamente al fortalecimiento de disposiciones del tipo de las contenidas en los nuevos artículos 86A-86D, deberá estar provisto de disposiciones idealmente redactadas para reprimir las ilimitadas argucias de que se valen los protagonistas de la competencia parasitaria, incluyendo un conjunto de acciones civiles y penales que permitan al patentado hacer frente a invasiones por parte de terceros. Tampoco existe duda de que uno de los medios más efectivos para inhibir el desarrollo tecnológico y científico es precisamente la implícita tolerancia hacia la competencia parasitaria, que resulta de la ausencia de disposiciones y actitudes serias en esta materia.

Las nuevas disposiciones sobre fomento a las invenciones de aplicación industrial ya han sido objeto de algunos comentarios en los artículos de: Julio Javier Cristiani, *Algunos aspectos jurídicos sobre la reforma a la Ley de Inventiones y Marcas, en materia de protección a los inventos*; César Ramos, *Comentarios a algunas de las reformas y adiciones a la Ley de Inventiones y Marcas*; y Mariano Soni, *Comentarios a las reformas a la Ley de Inventiones y Marcas*; todos ellos publicados en El Foro, Órgano de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, Octava Época, núm. 2, 1988.

terias patentables; examen de novedad; explotación de patentes y licencias obligatorias; invasión de patente; y duración del término de las patentes.

Antes de comentar el estado actual de la legislación de patentes en relación con las materias patentables y no patentables, conviene recordar las reglas generales que sirven para determinar los casos en que un invento es patentable y aquellos en que éste es únicamente "registrable" o "certificable".

IV. DUPLICIDAD DE INSTRUMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INVENTOS

Desde 1976, la Ley de Inventiones y Marcas estableció dos formas de protección de los inventos: patentes y certificados de invención.

Cuando una invención es patentable de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, el inventor o su causahabiente pueden optar por solicitar una patente o un certificado de inventor (artículo 80 LIM). Esto significa que todos los inventos susceptibles de ser protegidos a través de una patente también pueden ser protegidos a través de un certificado de invención. Sin embargo, la proposición inversa no sería correcta, ya que existen invenciones no patentables, pero que son susceptibles de ser protegidas a través de un certificado de invención. De ello no se sigue que todas las invenciones no patentables puedan ser registradas como certificado de invención, pues la ley determina de manera limitativa los casos en que una invención no patentable es susceptible de registro a través del certificado de invención. En el artículo 10 LIM se listan once categorías de invenciones no patentables; de estas once categorías, únicamente dos son susceptibles de registro de certificado de invención; las otras nueve categorías de invenciones no son patentables ni certificables. En las Reformas de 1986 se introdujo una nueva categoría de invenciones: aquellas que están excluidas temporalmente de la protección.

Recapitulando, podemos hablar de cuatro categorías de invenciones desde el punto de vista de su protección legal:

1. Invenciones que indistintamente pueden protegerse a través de una patente o de un certificado de invención;
2. Invenciones que únicamente pueden protegerse a través de un certificado de invención;
3. Invenciones no patentables ni certificables (aquí nos estamos refiriendo al grupo de creaciones que la ley considera invenciones, pero

sin posibilidad de ser patentadas o registradas. Sin embargo, existe otro grupo de creaciones listadas en el artículo 9 LIM, en donde se expresa que tales creaciones no se consideran invenciones para los efectos de la Ley, v.gr. los principios teóricos o científicos, los métodos matemáticos, los sistemas y planes comerciales, las creaciones artísticas, etc.); y

4. Invenciones excluidas temporalmente de la protección patentaria.

V. DIFERENCIAS ENTRE PATENTES Y CERTIFICADOS DE INVENCIÓN

Existen varias diferencias entre la patente y el certificado de invención. La más importante radica en el nivel de protección que confiere uno y otro instrumento. Como es sabido, la patente es el título que permite a un inventor o a su causahabiente explotar de modo exclusivo un invento durante un tiempo determinado mediante el cumplimiento de ciertas obligaciones que marca la Ley. En cambio, el certificado de inventor no confiere a su titular exclusividad alguna respecto de la explotación del invento. El certificado de inventor es pues, el título que permite a su titular recibir una regalía de cualquier interesado que explote el invento amparado por el registro correspondiente (artículo 67 LIM). Si el interesado y el titular del certificado no llegan a un acuerdo respecto de la regalía y otras condiciones inherentes a la explotación, el consentimiento del titular puede ser suplido por la autoridad, quien está facultada para conceder la autorización de explotación del invento registrado (artículo 69 LIM).

Otra diferencia importante entre la patente y el certificado de invención radica en que en el caso del certificado, su titular no está obligado a comprobar el inicio de la explotación del invento. En cambio, en el caso de la patente, la Ley establece diversas reglas relativas a la obligación de explotar.

Finalmente, la terminología empleada para referirse al aseguramiento del derecho, varía en uno y otro caso. Así, el acto por virtud del cual quedan asegurados los derechos del titular de una patente, se identifica como patentamiento o concesión de la patente; en el caso del certificado de invención, a este mismo acto administrativo se le denomina registro de certificado de invención. De ahí que en el primer caso se hable de patentabilidad de los inventos y de inventos patentados o patentables; en tanto que en el segundo, de registrabilidad de los inventos o de inventos registrados (o certificados) o registrables (o certificables).

Las condiciones positivas de patentabilidad y registrabilidad son las mismas en uno y otro caso: la presencia de una invención —en su acepción legal—; que la invención sea resultado de una actividad inventiva; que la invención sea novedosa; y que la invención sea susceptible de aplicación industrial.

VI. LAS CONDICIONES DE PATENTABILIDAD

La determinación sobre la patentabilidad de un invento se rige por la aplicación de las reglas relativas a las condiciones de patentabilidad. Estas condiciones pueden ser de dos tipos: condiciones positivas de patentabilidad y condiciones negativas de patentabilidad.¹²

Para los efectos de este estudio nos referiremos a las condiciones positivas como aquellas que deben caracterizar una creación para tener acceso a la protección patentaria: la presencia de una invención, la novedad, la actividad inventiva y la aplicación industrial.

Las condiciones negativas de patentabilidad se refieren a la exigencia de que la invención positivamente patentable no caiga bajo alguna de las prohibiciones de patentar establecidas en la Ley.¹³ Consisten en las prohibiciones legales para obtener patentes en determinadas áreas técnicas y en términos generales están representadas por las invenciones listadas en el artículo 10 LIM. Reciben el nombre de *condiciones negativas* porque su ausencia debe *caracterizar* la invención. De ello se sigue que si la invención se encuentra en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 10 LIM, la invención *carecerá* de los atributos que se comentan, como condición para tener acceso a la patente.

Las condiciones negativas de patentabilidad están representadas por dos tipos de invenciones excluidas de la protección: *exclusiones permanentes* y *exclusiones temporales*.¹⁴ Al impacto que tiene esta clasificación en el Derecho de patentes mexicano, volveremos más adelante.

De acuerdo con las anteriores nociones, es concebible el caso de una invención que reúna todas las condiciones positivas de patentabilidad

¹² Para un estudio sobre la metodología aplicable a esta clasificación puede consultarse: Jean Marc Mousseron, *Traité des Brevets* (véase Titre I, Le tableau des conditions d'obtention des brevets d'invention), Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Librairies Techniques, Libraire de la Cour de cassation, Paris, 1984, pp. 140-468.

¹³ Alberto Bercovitz, *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán (con una referencia final al Derecho español)*, Madrid, 1969, p. 56.

¹⁴ En relación con la metodología que respalda esta clasificación y los efectos que le siguen véase Mousseron, *op. cit.*, pp. 424-449.

y que no obstante ello, el acceso a la protección patentaria le esté impedido por razón de no *cumplir* con las condiciones negativas de patentabilidad, es decir, por tratarse de una invención incluida en la lista de invenciones no patentables que establece el artículo 10 LIM.

Para que un objeto sea patentable debe reunir todos los requisitos de patentabilidad, tanto positivos como negativos. Esto no impide que en un orden lógico sea necesaria, en primer término, la concurrencia de los requisitos positivos de patentabilidad. Sólo si estos requisitos concurren en el objeto que se pretende patentar, es cuando procede comprobar si ese objeto no cae bajo alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 10 de la Ley.¹⁵

El texto revisado del artículo 10 LIM, se lee ahora como sigue:

Artículo 10. No son patentables:

I. Las especies vegetales, las especies animales, sus variedades, ni los procesos esencialmente biológicos para su obtención.

II. Las aleaciones, pero sí lo serán los nuevos procesos para obtenerlas.

III. Los alimentos y bebidas para consumo humano y los procesos para obtenerlos o modificarlos.

IV. Las invenciones relacionadas con la energía y seguridad nucleares, exceptuando aquellas que conforme al dictamen de la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias, se considere que no afectan la seguridad nacional. En todo caso la Comisión se limitará a determinar si la invención sometida a su estudio puede afectar o no la seguridad nacional. Contra las resoluciones emitidas con base en la determinación de la Comisión no cabe el recurso de reconsideración administrativa.

V. La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que en realidad se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial no obvio para un técnico en la materia.

VI. La aplicación o el empleo, en una industria, de una invención ya conocida o utilizada en otra industria, y los inventos que consistan simplemente en el empleo o uso de un dispositivo, máquina o aparato que funcione según principios ya conocidos con anterioridad, aun cuando dicho empleo sea nuevo.

¹⁵ Véase: Bercovitz, *op. cit.*, p. 56.

VII. Las invenciones cuya publicación o explotación fuesen contrarias a la ley, al orden público, la salud, la preservación del medio ambiente, la seguridad pública, la moral o las buenas costumbres.

VIII. Los procesos biotecnológicos de obtención de los siguientes productos: farmoquímicos; medicamentos en general; bebidas y alimentos para consumo animal; fertilizantes, plaguicidas, herbicidas, fungicidas o aquellos con actividad biológica.

IX. Los procesos genéticos para obtener especies vegetales, animales o sus variedades.

X. Los productos químicos.

XI. Los productos químico-farmacéuticos; los medicamentos en general; los alimentos y bebidas para consumo animal; los fertilizantes, los plaguicidas, los herbicidas, los fungicidas y los productos con actividad biológica.

VII. NUEVAS MATERIAS PATENTABLES

La comparación del texto antes transcrito con el texto anterior del artículo 10 muestra que la reforma ha abierto las puertas a la patentabilidad de ciertas invenciones que anteriormente no eran patentables. Esta apertura resulta de la eliminación de dichas invenciones del texto del artículo 10. Por tanto, al no haber prohibición expresa de patentabilidad (condiciones negativas de patentabilidad) se abre el acceso a la protección de esas invenciones, siempre y cuando reúnan las condiciones positivas de patentabilidad antes referidas. Se encuentran en este caso las siguientes invenciones: los procedimientos de obtención de: aleaciones y de mezclas de productos químicos; los procedimientos no biotecnológicos de obtención de: productos químico farmacéuticos, medicinas, alimentos para consumo animal, bebidas para consumo animal, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas y fungicidas; los aparatos y equipos anticontaminantes y los procedimientos de fabricación, modificación o aplicación de los mismos; las mezclas de productos químicos; y las invenciones relacionadas con la energía y seguridad nucleares que de acuerdo con el dictamen de la Comisión Nacional de Seguridad y Salvaguardias se considere que no afectan la seguridad nacional.

VIII. NUEVAS MATERIAS NO PATENTABLES

Al hablarse de las reformas al texto del artículo 10, la atención de los comentaristas suele centrarse en las materias respecto de las cuales se permitió el acceso a la patentabilidad, al ser eliminadas de las prohi-

biciones de patentabilidad contenidas en el texto original. Sin embargo, poca atención se ha dado a las modificaciones que implican nuevas prohibiciones de patentabilidad. Esto significa que las reformas al artículo 10 LIM no tuvieron como único propósito abrir la patentabilidad de ciertos inventos, sino también incluir nuevas prohibiciones para la protección de invenciones cuya patentabilidad no estaba expresamente prohibida en la Ley de 1975. Tal es el caso de las siguientes invenciones: los procesos genéticos para obtener especies vegetales, animales o sus variedades; y los procesos biotecnológicos de obtención de los productos con actividad biológica (a que se refiere el artículo 10, VIII, LIM).

IX. CAMBIO DE SOLICITUD DE CERTIFICADO DE INVENCIÓN A SOLICITUD DE PATENTE

En el artículo CUARTO Transitorio del Decreto de reformas y adiciones se fijó un plazo de seis meses para optar por el cambio de solicitud de certificado de invención a solicitud de patente, en los casos en que la protección patentaria se hubiere hecho disponible conforme a las reformas para amparar un invento originalmente excluido de dicha protección. De acuerdo con esta aplicación retroactiva del artículo CUARTO transitorio, se beneficiaron quienes solicitaron originalmente un certificado de invención por ser ésta la única figura disponible para amparar una invención con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas. El texto del artículo CUARTO transitorio del Decreto de reformas y adiciones se lee como sigue:

Artículo CUARTO. Los solicitantes de registro como certificado de invención de una invención susceptible de protegerse, conforme a estas reformas, con el derecho de patente, podrán optar por solicitar el cambio de protección de una figura a otra dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de este decreto, siempre y cuando no se haya resuelto en definitiva la solicitud de certificado de invención de que se trate, esto es, no se haya declarado abandonado el trámite de solicitud, negada la misma o citado a pago de derechos.

X. INVENCIONES NO PATENTABLES PERO AMPARABLES A TRAVÉS DEL CERTIFICADO DE INVENCIÓN

Si bien ninguna de las invenciones a que se refiere el artículo 10 LIM es susceptible de ser protegida a través de una patente, la ley dispone que algunas de ellas pueden ser amparadas por medio del certificado de invención. Se encuentran en esta situación los procesos a que se refieren las fracciones III y VIII del artículo 10 LIM (artículo 65 LIM): los procedimientos para la obtención de bebidas y alimentos para consumo humano; y los procedimientos biotecnológicos de obtención de los siguientes productos: farmoquímicos; medicamentos en general; alimentos para consumo animal; bebidas para consumo animal; fertilizantes; plaguicidas; herbicidas; fungicidas; y productos con actividad biológica.

XI. EXCLUSIONES PERMANENTES Y EXCLUSIONES TEMPORALES

Respecto de las invenciones no patentables a que se refiere el artículo 10 LIM, hay que hacer una calificación más. Esto es, no todas las invenciones que aparecen listadas en dicho artículo están excluidas de la protección en forma permanente, pues en el caso de algunas de ellas, la exclusión es únicamente temporal. Debe apuntarse que este tipo de exclusiones eran desconocidas anteriormente en la legislación mexicana de patentes y fueron incorporadas a nuestro Derecho de patentes en el artículo SEGUNDO transitorio del Decreto de reformas y adiciones. Este artículo establece que las prohibiciones de patentabilidad aplicables a las invenciones identificadas en las fracciones VIII, IX, X y XI del artículo 10 de la Ley dejarán de tener vigencia en un plazo de diez años, contados a partir de la fecha de publicación del Decreto de reformas y adiciones. Por tanto, las invenciones que más adelante se mencionan serán patentables a partir del 16 de enero de 1997: Procesos biotecnológicos de obtención de los siguientes productos: farmoquímicos; medicamentos en general; bebidas para consumo animal; alimentos para consumo animal; fertilizantes; plaguicidas; herbicidas; fungicidas; productos con actividad biológica. Procesos genéticos para obtener: especies vegetales; especies animales; o sus variedades. Productos químicos: productos químico-farmacéuticos; medicamentos en general; alimentos para consumo animal; bebidas para consumo animal; fertilizantes; plaguicidas; herbicidas; fungicidas; y productos con actividad biológica.

XII. EXÁMENES DE NOVEDAD PRACTICADOS EN EL EXTRANJERO

El sistema de patentes mexicano establece que todas las solicitudes de patente y de certificado de invención deben ser sometidas a un examen con el objeto de evaluar la novedad de la invención, como condición previa a la concesión o negativa del título solicitado.

En el Decreto de reformas se ha introducido una alternativa para la verificación del requisito de novedad en las solicitudes de patente y de certificado de invención. Esta alternativa consiste en la posibilidad de que la Oficina de Patentes nacional acepte los resultados de los exámenes de novedad practicados en oficinas de patentes de otros países respecto de solicitudes correspondientes. Por solicitudes correspondientes debemos entender las que tienen por objeto la misma invención.

Se ha pensado que la práctica de exámenes locales tendientes a verificar el cumplimiento de este requisito, resulta en un desgaste de elementos humanos y materiales que podría evitarse, considerando que en un gran número de casos, las solicitudes correspondientes ya han sido examinadas en oficinas de patentes de otros países y que los resultados de dichos exámenes tienen un grado mucho más alto de confiabilidad que los que provienen de la oficina de patentes local. En efecto, factores como la escasez de personal y presupuesto han propiciado que, en lo que ve al requisito de novedad, la validez de las patentes expedidas por la Oficina de Patentes local no tenga el nivel de confiabilidad que puede esperarse en las patentes que han sido examinadas en las oficinas de patentes de países industrializados, pues dichas oficinas disponen de recursos mucho más amplios para verificar la novedad de los inventos.

A lo anterior hay que agregar que, la realidad de los exámenes de novedad practicados en la Oficina de Patentes local, se debe a la falta de mecanismos primordialmente administrativos, problema que no es insuperable. No obstante esto último, ha parecido muy sensato introducir en la ley de patentes mexicana la posibilidad de aceptar los resultados de exámenes de novedad practicados por oficinas de patentes distintas a la nacional, respecto de las solicitudes de patente correspondientes a la que se tramita en nuestro país. Considerando que en materia de patentes, el estado de la técnica es un concepto universal, en principio, la idea ha sido recibida con satisfacción por parte de los interesados.

Esta alternativa se ha introducido a través de la reforma al artículo 20 LIM. Sin embargo, la reforma al artículo 20 LIM no es explícita

sobre los mecanismos concretos que habrán de seguirse para la aceptación de los exámenes de novedad practicados en el extranjero. En el nuevo artículo 20 el legislador se ha limitado a establecer ciertos lineamientos generales, que paso a comentar inmediatamente después de transcribir el texto actual de esta disposición:

Artículo 20. Satisfechos los requisitos legales y reglamentarios, se hará un examen de novedad de la invención, si el interesado lo solicita dentro de los noventa días siguientes al cumplimiento de un año de presentada la solicitud. De no recibirse esta petición se considerará abandonada de pleno derecho la solicitud.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en el reglamento de esta Ley, determinará las áreas de la inventiva en las que, a solicitud del interesado, se podrá aceptar el examen de novedad realizado por oficinas de propiedad industrial distintas a la nacional, siempre y cuando aquéllas tengan carácter de oficinas examinadoras, conforme al Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, o se trate de exámenes practicados por la Oficina Europea de Patentes. En todo caso, se deberán presentar los exámenes de novedad debidamente aprobados, en idioma español, con las constancias del examen y demás documentos que acrediten la realización del examen de novedad, conforme a los criterios establecidos por dichas oficinas examinadoras. En caso de que la oficina examinadora funcione conforme al sistema de oposición, el examen de novedad podrá ser aceptado solamente una vez que hayan transcurrido los plazos para presentar oposición o hasta que se hubiera resuelto definitivamente ésta.

En todo caso, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial establecerá el procedimiento mediante el cual se deberán tramitar las solicitudes a que se refiere el párrafo anterior.

Para la realización de los exámenes de novedad, se podrá solicitar el apoyo técnico de otras instituciones públicas nacionales especializadas.

Como se aprecia de la lectura de este artículo, la Ley ha dejado muy claro que no todos los exámenes de novedad provenientes de oficinas de patentes del extranjero serán aceptados por la Oficina de Patentes mexicana. Existen restricciones, tanto de forma como de fondo, a las que se sujeta la aceptación de los exámenes del extranjero. A estas restricciones me refiero a continuación.

Áreas de la inventiva. El texto del artículo 20 sugiere que no serán aceptados los exámenes de novedad practicados en el extranjero en

relación con todo tipo de solicitudes mexicanas respecto de las cuales exista una solicitud correspondiente en otro país. Esto es así, en virtud de las facultades que este artículo confiere a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para determinar, en el Reglamento de la Ley, las áreas de la inventiva en las que se podrá aceptar el examen de novedad realizado por oficinas de patentes distintas de la nacional.

Origen de los resultados. La Ley establece que se podrá aceptar el examen de novedad practicado por oficinas de patentes distintas de la nacional, siempre y cuando dichas oficinas tengan el carácter de *oficinas examinadoras*¹⁶ conforme al Tratado de Cooperación en Materia de Patentes o se trate de exámenes practicados por la Oficina de Patentes Europea. Debe hacerse notar que México no es miembro del Tratado de Cooperación de Patentes, ni de la Convención de la Patente Europea.

Requisitos formales. La aceptación del examen de novedad practicado en alguna de las oficinas de patentes arriba mencionadas debe ser expresamente solicitado por el interesado.

Otros requisitos formales que debe reunir el solicitante son: presentación de los resultados de los exámenes debidamente aprobados; los resultados de los exámenes deben presentarse en español o acompañados de la traducción correspondiente certificada por perito traductor; los resultados de los exámenes deben acompañarse de las constancias del examen y demás documentos que acrediten la realización del examen de novedad, conforme a los criterios establecidos por las oficinas examinadoras.

Exámenes provenientes de sistemas de oposición. La Ley establece que cuando los exámenes provengan de oficinas examinadoras en donde se practique el sistema de oposición, el examen de novedad podrá ser aceptado sólo hasta que haya transcurrido el plazo para presentar oposición por parte de tercero o hasta que la oposición se hubiere resuelto definitivamente. Aquí se contemplan dos situaciones. El texto del artículo 20 sugiere que basta que el periodo de oposición se haya cerrado, para que los exámenes provenientes de oficinas examinadoras (que además cuentan con el sistema de oposición), sean aceptados. Presumiblemente, en estos casos, el solicitante querrá acom-

¹⁶ En relación con el carácter de *oficinas examinadoras*, véase Bruno Phelip, *Droit et pratique des Brevets d'Invention, France-Etranger-Brevet Européen*, Collection Francaise, t. II, 2e. Edition, J. Delmas et Cie, París, 1980, p. R-3, y Katzarov, *Manual on Industrial Property*, vol. 1, International conventions, Western Europe, Eastern Europe, Suiza, 1982, pp. 245-250.

pañar las constancias correspondientes, en las que se haga notar que transcurrido el periodo que se comenta, no se presentó oposición por parte de tercero para el otorgamiento de la patente. Esta providencia no está expresamente prevista en la Ley. Sin embargo, del texto del artículo se infiere que la autoridad podría exigirla, pues la ley establece una segunda situación para los casos de exámenes provenientes de oficinas con sistema de oposición: que dichos exámenes podrán ser aceptados hasta que la oposición hubiere sido definitivamente resuelta. De ello se sigue que para dejar satisfecho este requisito, el expediente nacional deberá incluir informes sobre si se presentó o no oposición; y en caso que haya habido oposición, constancias sobre el desenlace final de la contienda o procedimiento.

La Ley no hace referencia al momento oportuno para que el solicitante presente las constancias correspondientes a los exámenes practicados en el extranjero. Evidentemente que para que la nueva medida surta los efectos buscados, la presentación de estos documentos deberá ocurrir en algún momento anterior al que procesalmente corresponda la práctica local del examen de novedad. Es de pensarse que éste y otros aspectos que aún no quedan claros en el texto, serán precisados en el Reglamento y en el procedimiento a que se refiere el penúltimo párrafo del artículo 20 LIM.

Finalmente, sólo hay que decir que, sin desconocer el acierto potencial de la nueva medida, ésta deberá conservarse mientras su aplicación no ponga en juego un aspecto de vital importancia en las patentes (y certificados de invención): su validez. Si bien el concepto de novedad respecto del estado de la técnica es una noción universal,¹⁷ es sabido que del otorgamiento de una patente en un país, no se sigue como consecuencia necesaria la determinación de la novedad de una patente correspondiente en otro país, sino acaso una presunción de dicha novedad. En la mayoría de los casos, la solidez de esta presunción dependerá de los niveles de examen del país en que fue originalmente examinada la solicitud correspondiente. No obstante esto último, se sabe que las reglas sustantivas y adjetivas para evaluar la novedad pueden variar de país a país y que de tales variantes puede resultar

¹⁷ Esto es, que la novedad no se evalúa localmente. Véase artículo 5 LIM. Una invención no se considerará como nueva si está comprendida en el estado de la técnica, esto es, si se ha hecho accesible al público, en el país o en el extranjero mediante una descripción oral, o escrita, por el uso o por cualquier otro medio suficiente para permitir su ejecución, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de la patente o de la fecha de prioridad válidamente reivindicada.

que un mismo invento sea novedoso —desde el punto de vista técnico-legal— en un país y no así en otro; de modo que una correcta aplicación del párrafo segundo del artículo 20 deberá incluir, como mínima precaución, la verificación de que no existen contradicciones de importancia entre el sistema de novedad mexicano y el de los países en donde se practiquen los exámenes sometidos a las autoridades mexicanas. Estas nociones deberán tenerlas presentes los redactores de las disposiciones reglamentarias y del procedimiento aplicable a las solicitudes en las que el interesado presente exámenes provenientes del extranjero.¹⁸

Conviene aclarar que la presentación de los resultados y constancias relativas a exámenes de novedad practicados en el extranjero es opcional para el solicitante.

XIII. EXPLOTACIÓN DE PATENTES Y LICENCIAS OBLIGATORIAS

Una de las áreas más debatidas en la práctica mexicana es la que se refiere a la explotación de patentes y al otorgamiento de licencias obligatorias respecto de aquellas que no han sido explotadas. El texto original de la Ley de 1975 establece que el titular de una patente debe comprobar el inicio de la explotación dentro de un plazo de tres años contado a partir de la fecha de expedición de la patente (esta obligación permanece sin modificaciones en las Reformas de 1986). El texto original de la Ley de 1975 disponía que cualquier tercero podría solicitar una licencia obligatoria para la expedición de la patente, si vencido el plazo de tres años el titular no comprobaba haber iniciado la explotación de la misma. Con anterioridad a las Reformas de 1986 el artículo 48 de la Ley establecía que la patente caducaría si vencido el plazo de tres años transcurriera más de un año sin que el titular de la patente iniciara la explotación, y si dentro de ese último año no se hubieren solicitado licencias obligatorias. La Ley no consideraba la posibilidad de justificar la no explotación de la patente, o bien de una explotación insuficiente de la patente.¹⁹

¹⁸ Una revisión de las consideraciones que deben tomarse en cuenta cuando un país decide aceptar los resultados de los exámenes de novedad provenientes de otros países, puede consultarse en: Department of Consumers and Corporate Affairs, *Working Paper on Patent Law Revision*, Minister of Supply and Services, Canadá, pp. 234-236 y appendix F 17-18.

¹⁹ Para un análisis de la situación imperante en esta materia con anterioridad a las reformas véase: Horacio Rangel Ortiz, *Working of Patents and Compulsory*

Como era de esperarse, tanto los titulares de patentes, como sus representantes, presentaron enérgicas reclamaciones contra las disposiciones legales que regulaban la explotación de patentes y la concesión de licencias obligatorias en los términos antes apuntados. El apoyo de estas reclamaciones consistía básicamente en alegar que las disposiciones contenidas en la Ley de Invenciones y Marcas de 1975 estaban en conflicto con el texto del artículo 5 A (3) del Convenio de París, en el que se establece que la caducidad de la patente no podrá ser prevista sino para el caso en que la concesión de licencias obligatorias no hubiere bastado para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho conferido por la patente (por ejemplo, falta de explotación); y que ninguna acción de caducidad o de revocación de una patente podrá entablarse antes de la expiración de dos años contados a partir de la concesión de la primera licencia obligatoria.

Era evidente que las disposiciones de la Ley mexicana se encontraban en conflicto con el texto del artículo 5 A (3) del Convenio, ya que el código doméstico preveía la caducidad de una patente no explotada, aun en la ausencia de una licencia obligatoria previamente concedida.

Tuvieron que transcurrir más de diez años desde la promulgación de la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, para que la Administración mexicana y los miembros del Congreso de la Unión se resolvieran a cambiar la Ley en estos aspectos, pues ni los tribunales colegiados en materia administrativa que conocieron de estos negocios, estuvieron de acuerdo en que las disposiciones del código mexicano eran violatorias del compromiso adquirido por el Estado mexicano en el sentido de respetar las disposiciones del Convenio de París, del que México es miembro desde 1903.

Debe hacerse notar que los jueces de Distrito en materia administrativa que conocieron de los juicios de amparo promovidos en contra de la aplicación de la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, concedieron el amparo a los quejosos, favoreciendo la aplicación del artículo 5 A (3) del Convenio y no la de las disposiciones contenidas en la Ley de Invenciones y Marcas en estas materias.²⁰ Estos juicios se iniciaron

Licensing in Mexico, en *Licensing Law and Business Report*, vol. 4, No. 2, Clark Boardman Co. Ltd., 1981, pp. 121-132.

²⁰ Un estudio completo de la evolución legislativa en materia de explotación de patentes, desde el Decreto de las Cortes Españolas de 1820 hasta la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, incluyendo un análisis de los criterios sustentados por los jueces de Distrito y los tribunales colegiados en materia administrativa que

como consecuencia de las impugnaciones hechas por la vía del juicio de amparo en contra de las declaraciones de caducidad dictadas por la Oficina de Patentes mexicana, por no haber sido acreditada la explotación del correspondiente invento con base en lo dispuesto en la Ley de Invenciones y Marcas de 1975.

Como quedó dicho, los jueces de Distrito concedieron el amparo con fundamento en que previa a la declaración de caducidad de la patente no existió de parte de un tercero la solicitud de una licencia obligatoria; que tampoco había pruebas de que tal licencia hubiera sido concedida; ni de que de la fecha de la concesión de la primera licencia obligatoria al inicio del procedimiento de declaración de caducidad, hubieran transcurrido por lo menos dos años; y que para tal efecto se le hubiere dado oportunidad al titular de la patente para que presentara excusas legítimas tendientes a justificar las causas de su inacción.²¹

Contra las decisiones que en tal sentido pronunciaron los jueces de Distrito en los amparos de los que en primera instancia conocieron, la Oficina de Patentes interpuso el recurso de revisión del que conocieron en última instancia los tribunales colegiados en materia administrativa del primer circuito, los cuales, a diferencia de los jueces de Distrito que participaron de un mismo criterio al considerar como anticonstitucionales las declaraciones de caducidad de las patentes por falta de explotación, sostuvieron entre sí opiniones diferentes. Originalmente, el Primero, confirmaba en sus sentencias, las que dictaban los jueces de Distrito, en tanto que el Segundo Tribunal, lo mismo que el Tercero, revocaban las decisiones de los jueces de Distrito y negaban el amparo solicitado por los quejosos.²² Se tiene conocimiento que en una etapa subsecuente el Primer Tribunal armonizó su criterio con el de los otros dos tribunales que habían venido revocando las sentencias de los jueces de Distrito.²³

conocieron de estos asuntos, aparece en el artículo de David Rangel Medina, *La explotación de patentes...*, op. cit., pp. 335-344.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ A pesar de estos fallos en los que se aplica la Ley mexicana y no la de la Convención de París, véanse otros fallos recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde se ha sostenido la supremacía del Convenio de París respecto de las disposiciones de la Ley de Invenciones y Marcas, que se estimaba eran violatorias del Convenio: *Pepsico, Inc. vs. Congreso de la Unión, et al.* Amparo en revisión No. 4686/82. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de agosto de 1986 y *Pepsico, Inc. vs. Congreso de la Unión, et al.* 439/81. Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, 25 de marzo

En un intento por adaptar la legislación doméstica a las reglas contenidas en el artículo 5 A (3) del Convenio, las Reformas de 1986 incluyen algunas modificaciones a las disposiciones de la ley mexicana que tratan de las consecuencias de la falta de explotación de una patente. La versión revisada del artículo 48 LIM se lee ahora como sigue:

Artículo 48. La patente caducará dentro del término de dos años contados a partir de la fecha de la concesión de la primera licencia obligatoria, salvo que el titular compruebe satisfactoriamente ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la explotación de dicha patente en los términos establecidos en esta Ley.

El pago de regalías derivado de una licencia obligatoria termina con la vigencia de la patente, ya sea que ésta caduque por alcanzar el término por el cual fue concedida, o bien, por el supuesto señalado en el párrafo inmediato anterior.

Como puede apreciarse, con la nueva versión del artículo 48 de la Ley se ha conseguido sólo parcialmente la armonización de las disposiciones de la Ley mexicana en esta materia con las del Convenio de París. Por un lado, ya se ha aclarado que la caducidad de una patente por falta de explotación sólo procederá una vez que se haya otorgado una licencia obligatoria respecto de dicha patente. Por tanto, si no ha habido solicitudes de licencias obligatorias —siendo esto indicativo de que no se han presentado los “abusos” a que se refiere el artículo 5 A (3)—, entonces la patente continuará en vigor. A pesar de esto último, el nuevo texto del artículo 48 señala que “la patente caducará dentro del término de dos años contados a partir de la fecha de la concesión de la primera licencia obligatoria...”, en tanto que el artículo 5 A (3) del Convenio establece que “ninguna acción de caducidad o de revocación de una patente podrá entablarse antes de la expiración de dos años contados a partir de la concesión de la primera licencia obligatoria”.

De acuerdo con las reglas del Convenio, es claro que la caducidad de una patente por falta de explotación no debe declararse dentro de los dos años a que se refiere el artículo 5 A (3), sino sólo hasta después de la expiración de dicho periodo de dos años. Por tanto, la nueva versión del artículo 48 sigue en conflicto con las reglas del Convenio en lo que se refiere a este aspecto en particular.²⁴

de 1982. Véase toca No. 329/71, Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente, Segunda Sala, No. 4, Ed. Mayo, 1973, p. 41.

²⁴ Sin embargo, nótese que en la exposición de motivos del proyecto de refor-

Por otra parte, una interpretación literal del artículo 48 implicaría que la caducidad de la patente por falta de explotación, tendría que dictarse precisamente *dentro* del periodo de dos años a que esta disposición se refiere. De acuerdo con esta interpretación, después de la expiración del periodo de dos años, las autoridades mexicanas estarían impedidas de dictar la caducidad de una patente por falta de explotación.

La aparente intención del legislador de armonizar las disposiciones de la Ley mexicana con las del Convenio de París, quedó trunca en otro aspecto. El artículo 5 A (4) del Convenio establece que la licencia obligatoria será rechazada si el titular de la patente justifica su inacción con excusas legítimas.²⁵ A pesar de esto último, ni la Ley de Invenciones y Marcas de 1975, ni las Reformas de 1986 establecen esta prerrogativa en favor de los titulares de patentes, de modo que en este aspecto tampoco se obtuvo la pretendida armonización.

XIV. SANCIONES POR EL DELITO DE INVASIÓN DE PATENTE

En la reforma a la Ley de Invenciones y Marcas se han incluido sanciones más severas aplicables a los casos de invasión de patente. De acuerdo con el nuevo texto del artículo 212 LIM, se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el importe de cien a diez mil veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal, a quien cometa cualquiera de los delitos que se señalan en las fracciones I a VI del artículo 211 LIM.

Es precisamente en las fracciones I, II y V del artículo 211 donde quedan tipificadas las distintas manifestaciones del delito de invasión de patente (en los términos muy particulares que estas manifestaciones son concebidas por el legislador mexicano), esto es, la explotación no autorizada de una patente.²⁶

mas se dijo que la reforma a las disposiciones de la Ley en esta materia tenía por objeto armonizar la legislación doméstica con la del Convenio.

²⁵ Para un estudio sobre la naturaleza de las excusas que pudieran considerarse como "excusas legítimas", véase Horacio Rangel Ortiz, *Working of Patents...* *op. cit.*, p. 28.

²⁶ El texto actual del artículo 211, fracciones I, II y V es como sigue:

Artículo 211. Son delitos:

I. Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o un certificado de invención, sin consentimiento de su titular o sin la licencia o autorización correspondiente.

II. Emplear métodos o procedimientos patentados o amparados por un certificado de invención, sin los requisitos a que se refiere la fracción precedente.

V. Ofrecer en venta o poner en circulación los productos a que se refieren las fracciones I, II..., del presente Artículo...

Asimismo, en los términos del nuevo texto del artículo 213 LIM, se ha aclarado que el Ministerio Público iniciará la averiguación previa relacionada con los delitos a que se refiere el artículo 211, tan pronto como tenga conocimiento de hechos que puedan tipificarlos. En el nuevo texto del artículo 213 LIM quedó perfectamente claro que como parte de la averiguación previa a que dicho artículo se refiere, el Ministerio Público podrá dictar las medidas que establezca la legislación de la materia, incluyendo las dispuestas por el Código Federal de Procedimientos Penales. Todo esto, sin que para ello se requiera la previa declaración de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en relación con la existencia de los hechos que pudieren resultar constitutivos del delito de invasión de patente. Como es sabido, tales averiguaciones previas y las medidas precautorias propias de esta etapa del procedimiento penal, al menos en teoría, podían llevarse a cabo aun en la ausencia del requisito previo de procedibilidad aquí referido (declaración de la Secretaría). No obstante esto último, también es sabido que, en términos generales, la iniciación de la averiguación previa suele entorpecerse, cuando no se cuenta con la opinión técnica de la Secretaría. Esto significa que estrictamente hablando, la modificación al artículo 213 no trae consigo novedad o reforma sustantiva alguna, pues en el nuevo texto, el legislador se ha limitado a ratificar que la Declaración de la Secretaría no es necesaria para la iniciación de una averiguación previa. Este es pues el mérito real de esta reforma, que se espera produzca un efecto positivo en los agentes del Ministerio Público, quienes deberán iniciar la averiguación previa correspondiente en los términos que con toda claridad han quedado establecidos en el artículo 213 LIM.

Es muy lamentable que en las reformas a la Ley de Invenciones y Marcas no se haya eliminado de una vez por todas, el tan criticado requisito previo de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, que como es perfectamente conocido, únicamente ha provocado el entorpecimiento de la acción de la justicia. No obstante la probada ociosidad de la declaración de la Secretaría, este requisito se conserva en nuestro sistema, en nombre de no sé qué sueño o temor. La parte final del artículo 213 reitera que para el ejercicio de la acción penal (y no así para la iniciación de la averiguación previa), se requerirá la previa declaración de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en relación con la existencia de los hechos que pudieren resultar constitutivos del delito de que se trata. Dichas declaraciones se formularán desde el punto de vista técnico, no prejuzgarán sobre las acciones civiles y

penales que procedan y se harán del conocimiento de la Procuraduría General de la República.

XV. PLAZO DE VIGENCIA DE LAS PATENTES

El plazo de vigencia de las patentes ha sido extendido de diez a catorce años improrrogables, a partir de la fecha de expedición del título. Este mismo plazo es aplicable para los certificados de invención. En el caso de los registros de diseño (dibujos y modelos industriales), el plazo de vigencia se ha extendido de cinco a siete años a partir de la fecha de expedición.²⁷

XVI. OBSERVACIONES FINALES

En el presente trabajo he intentado presentar una sinopsis general de las modificaciones que ha sufrido el Derecho de patentes mexicano desde el Decreto expedido por las Cortes Españolas de 1820 hasta la expedición del Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de Invenciones y Marcas de 29 de diciembre de 1986. Evidentemente, el análisis detallado de cada una de las reformas que han tenido lugar con anterioridad a la Ley de Invenciones y Marcas, excede los alcances de este trabajo. Por otra parte, no es ese el objetivo del trabajo, sino en todo caso, mostrar el estado actual de las reglas que rigen los derechos de los inventores, con posterioridad a la expedición del Decreto que reforma la Ley de Invenciones y Marcas.

En el trabajo se han destacado los avances logrados en esta materia, mismos que pueden parecer sumamente modestos cuando se contrasta lo conseguido con lo pretendido. Es de lamentarse que en las reformas a la Ley de Invenciones y Marcas no se hayan incorporado las opiniones y propuestas planteadas, lo mismo por practicantes expertos, que por tratadistas y comentaristas legales sobre esta materia, todas ellas tendentes a un mejor Derecho de patentes mexicano. Por ello, si la reforma es evaluada por lo que se consiguió, en contraste con lo que dejó de hacerse, y por modestos que parezcan los avances

²⁷ En el Artículo Quinto Transitorio del Decreto de reformas se establece que: "Los derechos de patentes, de modelos y dibujos industriales y de certificados de invención, respecto de los cuales ya se haya notificado la procedencia de su expedición y citado a pago de derechos o se hubieran otorgado antes de entrar en vigor, las presentes reformas y adiciones, se otorgarán o, en su caso, se regirán por los plazos anteriores establecidos en la Ley de Invenciones y Marcas".

legislativos en esta materia, en términos generales puede afirmarse que las reformas a la Ley en materia de patentes constituyen cambios positivos.

A tan corta distancia de la entrada en vigor de las reformas contenidas en el Decreto de 29 de diciembre de 1986, resulta prematuro hablar de su mérito real en los asuntos cotidianos relacionados con la adquisición, conservación y ejercicio de los derechos que la legislación reconoce en favor de los inventores y de sus patrocinadores o causahabientes. El tiempo y la práctica diaria hablarán del mérito real de las reformas legislativas comentadas, cuya aplicación depende ahora, en gran medida, de las autoridades administrativas y judiciales.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Ramón SÁNCHEZ MEDAL *

SUMARIO: I. *Los derechos humanos en diversos instrumentos jurídicos internacionales.* II. *La Comisión Mexicana de Derechos Humanos.* III. *Los derechos humanos y la legislación mexicana.*

I. LOS DERECHOS HUMANOS EN DIVERSOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Uno de los temas de mayor actualidad en nuestros días es sin duda el de los Derechos Humanos y ello se debe no a que hasta últimamente se haya descubierto la existencia de tales derechos y la necesidad de su protección por el Estado, dado que anteriormente, sobre todo, a partir de fines del siglo XVIII, con la Declaración de Derechos de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en el año de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa de 1789, ya se había visto la conveniencia de reconocer y proteger esos mismos derechos. Sin embargo, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se comprendió por primera vez la necesidad de hacer por todos los gobiernos una proclamación a *nivel universal* de los mismos derechos, como aparece en el texto de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se estableció que los pueblos de las Naciones Unidas estaban resueltos "a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres", y se incluyó dentro de los fines de la misma organización, promover el "respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades", comprome-

* Presidente de la Comisión Mexicana de Derechos Humanos.

tiéndose todos los Estados miembros a tomar las medidas pertinentes en orden a la realización de tales propósitos.

Para la preparación del texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos se creó desde luego la Comisión de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, cuyos estudios y los que a su vez recabó la UNESCO de diversos pensadores y filósofos de distintos países, sirvieron para la redacción y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Según dicha Declaración se reconoció internacionalmente la existencia de derechos fundamentales del hombre basados en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, independientemente de toda consideración de raza, sexo, idioma o religión, y sin que tales derechos pudieran en forma alguna considerarse como concesiones del Estado.

Más tarde, con objeto de hacer posible el respeto y el ejercicio efectivo a esos mismos derechos y libertades fundamentales se elaboraron a lo largo de varios años dos pactos internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Por otra parte, no sólo a nivel mundial, sino también en el área regional de los Estados Americanos, suscribieron todos éstos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, conocida también con el nombre de "Pacto de San José de Costa Rica".

En esta serie de instrumentos jurídicos internacionales nuestro país se ha comprometido solemnemente, tanto a nivel mundial, como en el área regional, a respetar y a hacer posible el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales y a adoptar las enmiendas legislativas que para el logro de esa finalidad llegaran a requerirse. Esta obligación moral que impone a nuestro país la conciencia jurídica de la humanidad y un derecho de rango superior a toda la legislación interna, incluyendo dentro de ésta a la propia Constitución Política, se encuentra claramente formulada en los dos primeros preceptos de la mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en lo conducente establecen:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre

y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. . . , si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacerse efectivos tales derechos y libertades.

Mas para que este reconocimiento y compromiso de los Estados partes no se convierta en una mera declaración académica, la misma Convención Internacional creó dos órganos o medios de protección que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y aunque las conclusiones y resoluciones de éstos dos órganos supranacionales carecen de fuerza ejecutiva, porque de lo contrario se menguaría la soberanía de los Estados partes, ambas entidades tienden sin embargo, a hacer realidad el respeto efectivo a los mencionados derechos. Con esta finalidad se establece un procedimiento especial ante dicha Corte Interamericana en los casos en que se hubiera presentado una petición de la Comisión Interamericana o de un Estado parte, y se dispone, además, que los Estados partes tienen que proporcionar informes y estudios a la Comisión Interamericana y que ésta puede hacer recomendaciones a los Estados partes en caso de ser procedentes y fundadas las quejas y denuncias que ante ella presenten solamente los particulares o las *entidades no gubernamentales* de un Estado parte, descartándose así en el artículo 44 de la propia Convención Internacional que las quejas o denuncias de referencia pueden presentarse por entidades gubernamentales, ya que evidentemente los miembros de éstas carecerían de la imparcialidad e independencia que se requeriría en el caso.

Por una razón análoga, la propia Convención Internacional exige en el artículo 34 que cada uno de los siete miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sea de diferente nacionalidad, y considera en el artículo 71 que su cargo es incompatible con otras actividades que afecten su independencia o imparcialidad.

II. LA COMISIÓN MEXICANA DE DERECHOS HUMANOS

Resulta de aquí que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de cada país y, por tanto, la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, debe ser precisamente una entidad no gubernamental y los miembros que la integren han de ser "personas de alta autoridad moral y

reconocida versación en derechos humanos" y no deben tener la incompatibilidad derivada de otras ocupaciones que afecten su independencia e imparcialidad.

Corresponde, por tanto, a la Comisión Mexicana de Derechos Humanos como tarea primordial, de enorme importancia y de constante actualidad, analizar y promover, desde fuera del Estado, al margen de los partidos políticos, y de una manera institucional, la adecuación de nuestras leyes a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Dentro de ésta su función esencial compete a la Comisión Mexicana de Derechos señalar algunas de las reformas, por lo menos las más evidentes, que ameritan nuestras leyes o la aplicación de ellas para hacer que concuerden con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Dos clases de discrepancias con los derechos humanos pueden encontrarse en México, unas por desacuerdo con la legislación interna y otras por falta de concordancia de ésta con la realidad que se vive en nuestra patria.

Siguiendo este orden de ideas, es procedente distinguir dentro de las incongruencias que se encuentran en nuestras leyes con los mencionados instrumentos internacionales, unas leyes que en forma declarada niegan expresamente el reconocimiento y respeto de ciertos derechos humanos, y otras leyes cuyo texto contradice en el fondo y se oponen esencialmente a otros derechos y libertades fundamentales del hombre.

Cuando el presidente José López Portillo, el 2 de marzo de 1981, aceptó y confirmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y prometió en nombre de la Nación Mexicana cumplirla y observarla y hacer que se cumpliera y obedeciera, hizo dos salvedades interpretativas y una reserva para cercenar a los mexicanos algunos de los derechos humanos de que gozan, en cambio, los habitantes de otros países del continente americano.

Primeramente, nuestro gobierno declaró no estar obligado a adoptar o mantener en vigor una legislación que proteja la vida *a partir del momento de la concepción*, contrariando así directamente el texto del inciso 1 del artículo 4 de la citada Convención Americana que en lo

tocante al *respeto a la vida*, establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida", y que "este derecho estará protegido por la ley y, en general, a *partir del momento de la concepción*". En franca oposición a este evidente pronunciamiento, adujo el gobierno de México simplemente que "esta materia pertenece al dominio de los Estados", argumento éste que no sólo abre las puertas a la despenalización absoluta de toda especie de aborto, sino que pretende erigir la destructora tesis de que al Estado le compete la facultad de desconocer aquellos derechos humanos que a él le plazca arrebatar a un ser humano y a un ser humano inocente e indefenso cuando apenas acaba de ser concebido.

Esta tesis del gobierno de México de que queda al arbitrio y "al dominio de los Estados" proteger o no la vida incipiente de los recién concebidos, resucita el concepto cavernario y feroz de la esclavitud que atribuía al dueño del esclavo la *potestas vitae ac necis*, el poder de la vida y de la muerte sobre el esclavo, y engendra errores tan graves como el que apareció el día 10 de abril de 1988 en el periódico "El Excelsior", al expresarse en una entrevista médica, que era de desear que el Estado legislara sobre el destino que podría darse a los embriones ya fecundados y que por no haber sido introducidos a la matriz de la mujer habían sido congelados después de la fecundación *in vitro* de uno de ellos, con lo cual legitimaría el Estado la fecundación de los niños en probeta y autorizaría o el asesinato de múltiples seres humanos ya concebidos en los mencionados embriones, o el inmoral aprovechamiento de éstos para el nacimiento de hijos fuera del proceso natural del matrimonio, o bien la detención del desarrollo vital de un ser humano con grave peligro de su vida y con la atribución de un futuro incierto para él, como si los embriones fecundados no fueran ya seres humanos sino una especie de insectos.

En la misma ocasión, al suscribir y mediatizar el texto de la Convención o Pacto de San José de Costa Rica, el presidente José López Portillo sostuvo otra tesis no sólo tan infundada como la anterior, sino completamente insincera, al expresar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es una ley momificada e intocable que nunca ni nadie puede atreverse a reformar y que es este sacrosanto carácter lo que impide cualquier enmienda a los artículos 24 y 130 de nuestra Carta Magna. Semejante pretexto, además de adolecer de falta total de fundamento, carece de toda seriedad, pues la Constitución es cabalmente la ley que más se ha modificado y aun adulterado en nuestro país.

En efecto, semejante pretexto oculta dos hechos innegables: primero, que la Constitución de México tiene un capítulo especial y en particular el artículo 135 que prevén y regulan la reforma de la Constitución, y segundo, que de los años veintes a la fecha son ya más de 300 las reformas que a iniciativa de los sucesivos Presidentes de la República se han hecho, y hasta desfigurado en ocasiones, a la Constitución de 1917, a tal punto que cuando un Presidente de la República toma posesión de su cargo y protesta cumplir y hacer cumplir la Constitución, no se sabe si lo que él se obliga a cumplir y hacer cumplir durante su ejercicio es precisamente la nominal Constitución de Querétaro o bien su propia y personal voluntad que habrá de convertirse después mediante las reformas correspondientes en una parte de la misma Constitución.

En relación con este mismo derecho que todo ser humano tiene a que desde el momento de su concepción le sea respetada la vida por el Estado, existe el artículo 67 de la Ley General de la Salud que contradice no sólo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino aun también al artículo 4o. de la Constitución donde se garantiza que la ley "protege la organización y desarrollo de la familia" y que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".

Al efecto, en dicho artículo 67 de la Ley General de la Salud se sustituye la *planeación familiar*, que significa la libre y autónoma decisión de la pareja individual en orden al número y espaciamiento de sus hijos, por la *planificación familiar*, que atribuye al Estado facultades para suplantar aquella decisión de la pareja y autoriza a *contrario sensu* la esterilización de los varones sin el consentimiento de éstos, y propone como un medio idóneo la esterilización de las mujeres con la conformidad de ellas, a fin de conseguir una prefijada reducción del crecimiento de la tasa demográfica que el propio Estado ha trazado de antemano en un plan o programa. En otras palabras, no son ya los individuos ni la pareja matrimonial quienes planean el número y espaciamiento de sus hijos, sino es el Estado el que planifica el número de hijos que han de tener las parejas, valiéndose para ello de propaganda masiva de medios inmorales y hasta de coacciones físicas a base de operaciones quirúrgicas con fines inmorales, como ligamiento de trompas de Falopio, ablación de la matriz, vasectomía y otras, y omitiendo, en cambio, toda referencia a los medios morales y conformes con la naturaleza humana, de tal suerte que esta usurpadora planificación familiar se lleva a cabo por el Estado mediante degradantes acuerdos

internacionales, a la manera de los acuerdos que conciertan los Estados para restringir la extracción de barriles de petróleo o la proliferación de armas nucleares.

Pero veamos cuáles otros derechos humanos que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos son objeto de mutilación en la Constitución de México, unas veces en perjuicio de todos los habitantes del país o en otras ocasiones por lo menos en detrimento de una porción de ellos.

A fin de garantizar la *libertad de conciencia y de religión* precisa el inciso 3 del artículo 12 de la mencionada Convención o Pacto de San José de Costa Rica, que

la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

En contra de esta amplia libertad fundamental impone el artículo 24 de la Constitución de México esta limitante prohibición: "todo acto religioso de culto público deberá celebrarse dentro de los templos".

Esta inadmisibles y actual amputación a la libertad de conciencia y de religión no llegó a establecerse en México ni siquiera en el siglo pasado cuando el país se hallaba envuelto en la sangrienta lucha entre conservadores y liberales, dado que de entre las Leyes de Reforma, la de 4 de diciembre de 1860 que expidiera el presidente Benito Juárez, sólo estableció en su artículo 11 que "ningún acto solemne podrá verificarse fuera de los templos sin permiso escrito concedido en cada caso por la autoridad política local". Por ello, es de sorprender que lo que no se hizo en pleno vendabal revolucionario, se trata ahora de defender y de mantener en época de paz, pues cabe recordar al respecto lo que ocurrió en la ciudad de Roma que durante las invasiones de los bárbaros no sufrió la destrucción de sus grandes monumentos, cosa que, en cambio, aconteció después cuando la familia de los Barberini, para la construcción de sus palacios, se apoderó de los mármoles y canteras del Coliseo Romano y de otras construcciones de la Ciudad Eterna, y ello hizo se acuñara la célebre frase de que "lo que no hicieron los bárbaros, hicieron los Barberini": *quod non fecerunt barbari, fecerunt Barberini*. Ni siquiera, por tanto, por un prejuicio histórico debe mantenerse esta extraña prohibición contenida en el ar-

título 24 de la Constitución, pudiendo agregarse, en cambio, otras consideraciones en contrario.

Al confinar a los templos los actos de culto, equipara el Estado éstos a los actos inmorales, pues así como el Estado no prohíbe la práctica en privado de la fornicación y de otros actos contrarios a las buenas costumbres, sino que los tolera y los permite, pero expresamente impide que se hagan en público, así también se conduce el Estado cuando no prohíbe los actos de culto en privado, sino que los tolera y los permite, pero exige que no se celebren en público, y es ésta la forma como se dice que el artículo 24 de la Constitución garantiza a los habitantes del país la libertad de conciencia y de religión.

Esta misma salvedad interpretativa la reiteró después el gobierno de México el 30 de marzo de 1981 al adherirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que aprobara el 19 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aduciendo entonces como fundamento de ella y también de la salvedad relativa a la enseñanza, en el sentido de que *el Estado no reconoce validez oficial a los estudios hechos en los establecimientos destinados a la enseñanza profesional de los ministros de los cultos*, que el gobierno de México estaba facultado para imponer en sus leyes limitaciones de esta naturaleza, no obstante que éstas sólo obedecen a evidentes prejuicios históricos y no son de ninguna manera para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás, que son las únicas limitaciones que permiten y a que se refieren tanto el citado inciso 3 del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como también el párrafo 3 del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, redactado en los mismos términos.

Además de las mencionadas salvedades interpretativas, el gobierno de México formuló una *reserva*, tanto al aceptar y confirmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como al adherirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e hizo consistir esa reserva en que "el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos dispone que *los ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derechos para asociarse con fines políticos*", oponiéndose con esta reserva de manera frontal a los artículos 16 y 23 de la propia Convención y a los artículos 22 y 25 del citado Pacto Internacional, que respectivamente son del tenor siguiente:

Artículo 16. Libertad de Asociación.

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 22. 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas o de la policía.

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Para excluir a los Ministros de los cultos de su participación activa en los partidos políticos y del desempeño de cargos públicos, procede el artículo 130 de la Constitución a despojarlos de los derechos humanos que acaban de mencionarse, reduciendo así a dichas personas a una situación comparable sólo a la que tenían los esclavos en el primitivo **Derecho Romano** que los privaba del *ius honorum* y del *ius suffragii*, es decir, del derecho a ser elegidos y del derecho a elegir para los cargos públicos, máxime que también ahora como sucedía con los esclavos que carecían de la capacidad de heredar en el primitivo **Derecho Romano**, los ministros de los cultos no pueden, según el propio artículo 130 Constitucional, adquirir para sí por testamento propiedad alguna, a menos que sean parientes dentro del cuarto grado del autor de la herencia, de tal suerte que dicho precepto constitucional debe reformarse para ajustarse al artículo 4o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos que previene que "nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre", y también al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone a su vez no sólo que "nadie estará sometido a esclavitud", sino que asimismo la esclavitud está prohibida "en todas sus formas", lo cual se repite igualmente en el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se hace, por tanto, inaplazable y urgente la reforma al artículo 130 de la Constitución para restituir a los ministros de los cultos la libertad y la dignidad de seres humanos que dicho precepto arbitrariamente les niega y que ha servido de pretexto al artículo 343 del reciente Código Federal Electoral de 21 de diciembre de 1987 para castigar con "multa hasta de mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a los ministros de cultos religiosos, que por cualquier medio induzcan al electorado a votar en favor o en contra de un candidato o partido político, o a la abstención, en los edificios destinados al culto o en cualquier otro lugar".

Sobre este tema tan polémico en México, aunque el citado artículo 130 de la Constitución pretende tapan el sol con un dedo con la declaración de que "la ley no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias", es lo cierto que en la Iglesia

Católica, no como consecuencia de una privación de derechos humanos que pueda llevar a cabo el Estado, sino como resultado de una voluntaria renuncia del propio interesado o autolimitación muy personal de los clérigos, por razones de orden ultraterreno se establece en el canon 285 del Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983 que "está prohibido a los clérigos aceptar aquellos cargos públicos, que lleven consigo una participación en el ejercicio de la potestad civil" y asimismo, en el canon 287 se previene que los clérigos "no han de participar activamente en los partidos políticos ni en la dirección de asuntos sindicales, a no ser que, según el juicio de la autoridad eclesiástica competente, lo exijan la defensa de los derechos de la iglesia o la promoción del bien común".

Aun sin haber hecho el Gobierno de México ninguna salvedad interpretativa, ni reserva de ninguna especie, existen en la Constitución varios preceptos que suprimen algunos derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero en el presente estudio sólo se citan a continuación algunos de esos preceptos.

Tal es el caso del artículo 3o. de la Constitución, puesto que en él, en lugar de respetarse a los padres el derecho a elegir el tipo de educación que ha de darse a sus hijos en las escuelas y que claramente les garantiza el artículo 26 de dicha Declaración, indebidamente se arroga el Estado la facultad de ser él quien opte por el tipo de educación, imponiendo la educación laica y contrariando inclusive al artículo 24 de la propia Constitución que al garantizar la libertad de creencias, debe ser congruente con este postulado y concluir que no sea el Estado el que elija entre la educación laica y la educación confesional, sino que sean precisamente los padres de familia quienes elijan cualquiera de estos dos tipos de educación para las escuelas de sus hijos.

Es también el caso del mismo artículo 3o. y del artículo 27 de la Constitución porque en uno y en otro precepto se suprime expresamente cualquier juicio o recurso alguno contra ciertas resoluciones que el Estado dicte en materia educativa o en materia agraria, contrariando así expresamente la exigencia al respecto de un Estado de Derecho y, sobre todo, el texto irrestricto de este artículo de la misma Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

La abierta contradicción entre esta terminante disposición y los citados artículos 30. y 27 de la Constitución aparece evidente si se toma en cuenta que en materia de propiedad y de educación contiene la citada Declaración Universal de Derechos Humanos estos dos preceptos:

Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 26. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que ha de darse a sus hijos.

El Gobierno de México aprobó por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión y por el Presidente de la República el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin haber hecho salvedades interpretativas, ni reservas en lo tocante a los fundamentos de tales Pactos, ni tampoco al artículo 60. de este último Pacto, que no es sino la explicación o ampliación del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada también por el gobierno de México.

Las dos disposiciones anteriores y el fundamento de referencia reconocen y garantizan como uno de los derechos humanos y libertades fundamentales que "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana", el derecho a la libertad de trabajo en los siguientes términos:

Artículo 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo. (Declaración Universal de Derechos Humanos.)

Artículo 6. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho al trabajo, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Ahora bien, aunque es cierto que al Estado incumbe una intervención en el campo de la economía, cuando tenga que *suplir* la actuación de los particulares, en los casos en que ésta falte o sea deficiente, y aun la facultad de reservarse por excepción aquellas contadas y expresas materias que generen un enorme poder económico, todo esto no significa que la regla general en materia económica sea el confinamiento de la actividad de los particulares y la reducción de la liber-

tad de trabajo de los individuos, al estrecho campo que quiera graciosamente cederle el Estado, porque supuestamente corresponda a éste tener toda clase de monopolios económicos que al efecto decreta.

Ahora bien, es esto último lo que a partir de una reforma trascendental del 3 de febrero de 1983 al artículo 28 constitucional y en contra del citado derecho humano o libertad fundamental de trabajo, se estableció en México para facultar al Congreso de la Unión para que, a su irrestricto arbitrio y bajo el equívoco nombre de *rectoría económica del Estado*, se reserven a éste toda clase de actividades bajo el gaseoso nombre de *áreas estratégicas* que sin límite alguno decida el Congreso de la Unión, haciendo desaparecer así la libertad de trabajo o convirtiendo a ésta en una mera concesión graciosa y precaria del Estado y en la medida o alcance que el propio Estado decida.

Por ello, es evidente que debe el gobierno de México ajustar el hoy reformado artículo 28 de la Constitución a su texto original de la Constitución de 1917 en el sentido de que, sólo por excepción, se admitan, unos cuantos y muy contados monopolios estatales y en lo demás se respete a los particulares el derecho y la libertad de trabajo garantizada por los artículos 40. y 50. constitucionales.

Son éstas algunas de las enmiendas y rectificaciones más importantes que amerita nuestra legislación interna y que ponen al descubierto en un panorama de extraordinaria amplitud, que sólo por ignorancia o por mala intención puede sostenerse que los derechos humanos se reducen a condenar el tormento y el tratamiento despiadado a los terroristas o a los presos políticos.

Después de todo lo expuesto, si realmente existe hoy día en el gobierno de México la voluntad de cumplir con la obligación que asumió expresamente en los mencionados instrumentos internacionales, debe hacer a un lado toda clase de anacrónicos prejuicios y reformar, como lo ha hecho en más de 300 ocasiones y con base en el artículo 135 de la Constitución, aquellos preceptos de ésta y de las leyes secundarias que se oponen a los derechos humanos y a las libertades fundamentales reconocidas a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y dentro del área regional, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que sólo de esta manera la legislación del país se podrá adecuar a las exigencias de un México moderno.

LA REFORMA JUDICIAL DE 1900

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Un asunto de sensación.* II. *Iniciativa de reformas constitucionales.* III. *Reforma de los artículos 91 y 96 de la Constitución.* IV. *La reforma, un paso adelante.* V. *Reformas al Código de Procedimientos Federales.*

I. UN ASUNTO DE SENSACIÓN

El Periódico *El Globo* del jueves 19 de septiembre de 1895 publicaba un pequeño artículo que titulaba "Un asunto de sensación. Nuevas reformas a la Constitución de 1857", ahí se aseguraba que aunque no se podía dar detalles, se preparaba "un asunto de verdadera importancia y trascendencia", pues se trataba nada menos que de hacer nuevas reformas a la Constitución de 1857, mismas que se pretendían iniciar durante ese mismo periodo de sesiones en la Cámara de Diputados: Tratábase de reformar los artículos 5, 10, 14, 20, 31, 35, 36, 91 y 96 de nuestra carta magna, finalizando el artículo señalado que "el asunto promete ser de sensación, y ya hablaremos de él con más detenimiento, haciendo las consideraciones a que el caso se presta".

El mismo periódico, volvía sobre el asunto seis días después, el miércoles 25 de septiembre de 1895, el título era el mismo: "Un asunto de sensación", pero los subtítulos eran más explícitos: "grandes reformas a la Constitución de 1857. El servicio militar obligatorio. El trabajo forzoso. Cambios en la Administración de Justicia". Después de mencionar que habían sido los primeros en dar la noticia, ese día cumplían su promesa al dar a conocer todos los detalles: "Dichas reformas, que no sabemos todavía si se resolverá presentar o no al Congreso, se imprimieron, precedidas de algunos fundamentos, en un folleto que sin duda circulará oportunamente; pero en el cual no se menciona el nombre del autor de la iniciativa que estudiaremos con todo el detenimiento que exigen asuntos de esta naturaleza. Dicho folleto pasó al estudio de un abogado, cuyo nombre se nos perdonará no citemos por ahora, y cuya resolución aún no se conoce".

Acto continuo el citado artículo periodístico reproducía el anteproyecto de reformas constitucionales. Básicamente lo que se pretendía era elevar a rango constitucional el servicio militar y la pena de trabajo forzoso, que la libertad de portar armas estuviera reglamentada por una ley, precisaba de mejor manera la garantía de legalidad en los procesos penales, el derecho de los ciudadanos a tomar las armas en defensa de la República y sus instituciones pasaba a ser una obligación, precisamente por lo del servicio militar, suprimía los cargos de fiscal y procurador general de la Suprema Corte de Justicia y se creaba la Procuraduría General de la República, que absorbía las funciones del ministerio público.

Finalizaba dicho artículo afirmando que esas reformas representaban "un nuevo ataque a los liberales principios de nuestra Carta Magna. ¡Ojalá que esas, las atentatorias a las libertad y a la democracia, no pasaran de simple proyecto y tuviéramos que borrar todo lo escrito!"

II. INICIATIVA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES

Y no se volvió a mencionar más el asunto y la anunciada reforma constitucional no fue iniciada ante el Congreso de la Unión sino hasta más de un año después en que el sábado 7 de noviembre de 1897 el Ejecutivo federal, previo acuerdo del "Consejo de Ministros", a través del secretario de Gobernación, Manuel González de Cosío, presentó a la Cámara de Diputados la iniciativa correspondiente, fechada el día anterior, la cual era prácticamente la misma que había anunciado *El Globo*.

Como era de esperarse, la iniciativa de reformas constitucionales venía acompañada de su exposición de motivos, en cuyos puntos 31 a 38 dan cuenta de las razones que llevaron a proponer un cambio tan radical en la estructura judicial federal, copiaremos a continuación el texto de dichos puntos:

31. El artículo 91 de la Constitución ha sido objeto de varios estudios que pusieron de manifiesto la incompatibilidad que existe entre los elementos que lo constituyen.

32. La designación especial con que se distinguió a dos miembros de ese tribunal entraña necesariamente la diferencia de estos últimos respecto de los demás, diferencia que ha sido aceptada sin dificultad.

33. El silencio de los legisladores constituyentes sobre este punto ha dejado, como único recurso, la significación de las palabras "Fis-

cal y Procurador General" para definir y precisar las funciones que a estos correspondan.

34. La voz fiscal designa la persona que debe promover en los asuntos de la Hacienda Pública y señala también al representante de la sociedad en los negocios del orden penal. Procurador, es el que en virtud de poder o facultad de otro ejecuta en su nombre alguna cosa, y ambas entidades indican el agente, el defensor de determinados intereses, el encargado de exigir la aplicación de la ley federal y de promover todo lo conducente a la eficacia de las prescripciones constitucionales y no pueden por lo mismo formar parte del tribunal que decida sobre sus gestiones.

35. Los intereses fiscales están a cargo del Poder Ejecutivo quien los recauda, los administra y los invierte en las atenciones del servicio público, y es insostenible que en caso de contienda judicial esté obligado a confiar el patrocinio de aquellos a los miembros de un Poder independiente, que pueden proceder aun contra las tendencias de la administración.

36. Para colocarnos a la altura de los adelantos de la época, es indispensable buscar el perfeccionamiento del sistema judicial en el Ministerio Público, institución eminentemente liberal, científica y provechosa.

37. Dejar en la Corte de Justicia exclusivamente a los ministros encargados de decidir las cuestiones de su resorte y encomendar la custodia de los intereses de la Federación a una Magistratura especial, que bajo la dirección del Procurador general auxilie la administración de justicia, promueva la represión de los delitos federales, defienda los bienes de la Hacienda pública y exija la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales.

38. La supresión del Procurador General y del fiscal como entidades constitucionales será entonces de vigor y la ley al encargarse de organizar al Ministerio público determinará la órbita de atribuciones de cada uno de sus miembros, sus requisitos, deberes y responsabilidades; pero ello necesita una autorización o por lo menos una base constitucional que quedará claramente formulada en las reformas que con tal objeto se proponen.

En la misma sesión de 7 de noviembre de 1896, la Cámara de Diputados acordó turnarles el asunto a las comisiones unidas, Primera de Puntos Constitucionales y Primera de Gobernación.

Inmediatamente los principales diarios de la capital de la República se hicieron eco de la importante noticia. Por supuesto *El Globo* en su edición del martes 10 de noviembre de 1896 iniciaba su artículo con el título de "Otro triunfo de *El Globo*", recordaban que ellos hacía más

de un año habían dado la primicia y que ello les había valido muchos ataques por parte de la prensa gobiernista "que hasta llegó a decir que era un pretexto para hacer oposición al Gobierno"; al día siguiente, el mismo periódico reproduce el texto de las reformas constitucionales propuestas; y el jueves 19 del mismo mes publica un comentario al respecto, que por ser muy interesante reproducimos textualmente:

LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

Como el Ejecutivo ha centralizado en sí todas las funciones del cuerpo gobierno; como la existencia de una Cámara Legislativa compuesta de miembros que debieran ser y no son elegidos por el pueblo, no arguye en favor de la libertad que debieran tener para legislar, ni garantiza la apropiación de las leyes dictadas al estado social, pues la aprobación de las iniciadas no depende precisamente de su conveniencia; como el pueblo, a quien rige de nombre una constitución democrática, ni está en condiciones de ejercer los derechos que se le quisieron otorgar, ni se conmueve con las violaciones a los preceptos escritos, pues él sería el primero que se regocijara con las manifestaciones del culto externo, con la ostentación de los atributos de la nobleza, con el poderío de la milicia, y aclamaría con igual entusiasmo que el Presidente, al Dictador o al Rey; como la clase rica se inclina del lado del Gobierno y no procura apoyarse en las masas para el triunfo de sus intereses; y como las actividades sociales no se han conjurado para encaminar al progreso por la vía de su resultante y se conforman al impulso que le imprimen los derechos de la cosa pública; el anuncio de una reforma constitucional, de la discusión de una ley hacendaria o de otra clase, apenas si conmueve a unos cuantos ciudadanos.

Y así es: cuando se presenta a las Cámaras una iniciativa de antemano se sabe que será aprobada; cuando se expide un decreto en virtud de las facultades extraordinarias o especiales concedidas al Ejecutivo, los representantes del comercio al mayoreo, los grandes industriales, los hacendados ricos, han verificado juntas previas con los ministros y los gobernadores, y pese o no al comerciante al por menor, al industrial en pequeño, al agricultor parcionero... las disposiciones acordadas se ponen en vigor y la sociedad camina sin preocuparse de su comodidad o de su bienestar hasta que siente de modo material, la pesadumbre de los impuestos y la carga de las obligaciones que se les han echado a costas.

La indiferencia acogió la noticia de las reformas propuestas, y el pueblo ni se entera de que es él el punto de mira a quien tienden las innovaciones, ni sospecha que las libertades, aunque no efectivas,

con sólo constar escritas son un freno puesto a los cacicazgos, a los abusos posibles de la autoridad y una barrera sobre la que salta el personismo sin duda alguna, pero a riesgo de tener que escuchar la voz reveladora de sus atentados y el grito de protesta de aquellos que se acogen a la Constitución escrita porque saben que los derechos del hombre, transitoriamente aunque vejados en la práctica son una cualidad del civilizado y una condición para el progreso espontáneo de los pueblos.

Por su parte *La Patria de México*, otro periódico de la época cuyo propietario era don Irineo Paz, simplemente reproduce el texto de las reformas propuestas.

Por su parte *El Hijo del Ahuizote* del 15 de noviembre de 1896 informa del proyecto de reforma constitucional, agregando que al país lo tienen sin cuidado esas reformas; "pues para el caso que esa suprema ley no se cumpla, lo mismo da que se reforme o no"; pero no quedó ahí la crítica, pues el mismo periódico publicó el 22 del mismo mes un versito alusivo, titulado "Reformas a la Constitución, Horror", que así dice su primera parte:

Los sabios del Gabinete
Al Congreso han presentado,
Proyecto disparatado
Para formar un sainete.

El gran proyecto en cuestión
Lo acordó el Presidente
Con los suyos, con su gente,
Humilde y ya sin acción.

Y al Congreso se dijeron,
Para que apruebe y lo vote
Y aunque el proyecto alborote,
Al salón lo remitieron.

Los que aún son liberales,
(Que son muy pocos por cierto),
Entrarán en el concierto
Por no perder sus sitiales.

Las Reformas a la carta
Vienen de lo alto, y... amén:

O al Congreso o a Belen
O a la miseria, que es harta!

No discutir, ni pensar,
Y olvidando la conciencia,
Armarse de gran paciencia,
Y calladitos... votar.

También *El Monitor Republicano* en su edición del domingo 8 de noviembre de 1896 dio la noticia, y *El Universal* el viernes 20 de noviembre de 1896 reprodujo la iniciativa.

En esa oportunidad solamente se lograron reformar los artículos 5º, 31 y 35 de la ley suprema, según Decreto de 10 de junio de 1898, reservando para el año siguiente la reforma propiamente judicial.

III. REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 91 Y 96 DE LA CONSTITUCIÓN

En efecto, la reforma a los artículos 91 y 96 aparecerá hasta 1900, mientras tanto veamos cómo continuó el procedimiento del constituyente permanente, cuyo dictamen legislativo señalaba:

Trátase, pues, de eliminar del seno de la Suprema Corte al Fiscal y al Procurador, y de instituir con las atribuciones de estos funcionarios el Ministerio Público federal, por medio de una ley que seguramente las definirá y organizará mejor que como están ahora, para la defensa de los intereses públicos, en sus múltiples manifestaciones.

Las Comisiones aceptan en principio las reformas iniciadas por el Ejecutivo, y encuentran convincentes las razones en que las funda.

No parece bien, en verdad, que integren la Suprema Corte, con voz y voto en sus deliberaciones, funcionarios que en último análisis no son sino agentes del Ejecutivo, es decir, partes litigantes, lo mismo cuando llevan la voz de la acusación, que cuando defienden los intereses de la Hacienda pública. Confundir, pues, como se ha confundido hasta ahora, las funciones del Fiscal y el Procurador General, Agentes del poder público, con las de Jueces supremos del país, es desconocer las más sencillas nociones de equidad y de justicia.

Por otra parte, la organización de la Suprema Corte, tal como fue hecha, se inspiró necesariamente en los conceptos y tradiciones de la antigua Legislación y Jurisprudencia españolas, tradiciones y conceptos que no pueden sostenerse en la época actual, que la misma España ha desechado ya, como anacronismos que no se compadecen

con las teorías reinantes sobre organizaciones e independencia de los Tribunales judiciales.

La institución del Ministerio público vendrá a disolver ese dip-tongo inaceptable que hace del Fiscal y del Procurador Jueces en su propia causa, y permitirá una más amplia y más independiente defensa de los intereses públicos y un fallo más imparcial y sereno de la justicia.

Nosotros mismos, en la organización de los Tribunales del orden común, y aun del militar, tenemos ya esta institución, que ha contribuido en mucho al mejor despacho de los Tribunales ordinarios y militares; y parece, por tanto, una verdadera anomalía que el Supremo Tribunal del país y la defensa de los intereses más altos como son los nacionales, no se constituyen y organicen en consonancia con los progresos realizados por la ciencia jurídica.

Si el Ministerio Público federal ha de resumir en su organización las funciones actuales del Fiscal y del Procurador General; y si estas funciones no son otra cosa que el ejercicio de las facultades y de los deberes propios del poder administrativo, cuyo Jefe Supremo es el presidente de la República, claro es que los funcionarios que han de constituir el Ministerio Público federal deben ser nombrados libre y exclusivamente por el Ejecutivo.

Deseosas las Comisiones unidas, de que el Ministerio Público se organice precisamente conforme a los principios expuestos, que son los mismos que campean en la nota del Ejecutivo, y de evitar toda ambigüedad en el concepto de la reforma iniciada al artículo 96, se permiten adicionarla en los términos siguientes:

Artículo 96. "La ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación.

Los funcionarios del Ministerio Público serán nombrados por el Ejecutivo y presididos por un Jefe, con el título de Procurador General de la República".

Como se ve, la adición que indican las Comisiones unidas, ni es de fondo, ni de grande importancia; y tiene por objeto principal, que al organizarse el Ministerio Público federal, no se mantenga en su seno esa dualidad vaga y confusa de Fiscal y Procurador, que pudiera ser a veces, cuando menos, embarazosa para el mejor servicio público; sino que se organice bajo la dirección de un solo Jefe, con todas las atribuciones y dependencias que la ley designe para el más expedito ejercicio de sus altas funciones.

La adición se encamina, además, como ya se indicó, a aclarar el texto, un tanto ambiguo, que el Ejecutivo formula. Parece, en efecto, según ese texto, que no sólo los funcionarios del Ministerio Público

federal, sino también los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito han de ser nombrados libremente por el Ejecutivo; y no es el pensamiento de la reforma, que comprende únicamente a los primeros.

Con la propuesta adición, las comisiones juzgan que el texto quedará exento de dudas y ambigüedades, y los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, continuarán, en todo, sometidos a las leyes vigentes.

No concluirán las comisiones su breve exposición sin hacer un llamamiento a los señores diputados, para que traigan al debate el valioso contingente de sus luces y de su experiencia, pues no abrigan los subscriptos otro propósito, ni podían abrigar otro, que el de encontrar lo mejor y más conveniente para el servicio y buen nombre de la República.

Este dictamen tuvo su primera lectura el 23 de mayo de 1899 y la segunda cuatro días después, dejándose su discusión para el primer día hábil del siguiente periodo de sesiones de ese año, lo cual correspondió realmente hasta el 28 de septiembre.

Realmente la parte de discusión ante la Cámara de Diputados pasó sin pena ni gloria ya que salvo una propuesta del tristemente célebre licenciado Rosendo Pineda, entonces diputado federal, el dictamen fue aprobado por unanimidad.

Por lo que respecta a la propuesta del diputado Pineda, éste consideró necesario un artículo transitorio en el que se precisara que, "Las reformas anteriores comenzarán a regir al expirar el periodo para el que fueron electos los actuales Fiscal y Procurador general", para que de esta forma no fueran desconocidos los derechos de los individuos que entonces ocuparan dichos cargos; para esto, el diputado Alcérreca aclaró que ambos periodos no concluirían en la misma fecha, a lo que contestó Pineda que había que esperar a que concluyera el último para no atropellar ningún derecho. La propuesta del licenciado Rosendo Pineda fue finalmente aceptada, también por unanimidad.

Hecho lo cual se procedió a pasar el asunto al Senado para los efectos de reforma constitucional. Todo ello ocurrió en la misma sesión de la tarde del 28 de septiembre de 1899.

El asunto llegó rápidamente a la Cámara de Senadores y el 29 de noviembre de 1899, las comisiones unidas Segunda de Puntos Constitucionales, Segunda de Gobernación y de Justicia, produjeron su dictamen, el cual fue conocido por el Senado en primera lectura en la sesión de ese mismo día.

Este Dictamen firmado por los Senadores: Michel, Rabasa, Lascurain, Camacho, Puebla, Arguinzóniz, Rivas, Ayala y Dondé, dice textualmente:

Las Comisiones que subscriben reconocen la grave importancia que tienen en sí toda reforma constitucional, y la especial que encierra la de los arts. 91 y 96 de la Constitución. Trátase, a virtud de la iniciativa que dirigió el Ejecutivo en 21 de Octubre de 1897, por conducto de la Secretaría de Gobernación, de dar a la Suprema Corte de Justicia una organización diversa de la que determinaron esos artículos constitucionales.

En virtud de éstos, dicha Corte se compone en la actualidad de once Ministros Propietarios, cuatro Supernumerarios, un Fiscal y un Procurador General, habiéndose además reglamentado, por leyes secundarias, los Tribunales de Circuito y de Distrito.

Propuso la iniciativa del Ejecutivo la supresión del Fiscal y del Procurador General, como individuos que formaran parte de la Corte de Justicia, y que pertenecieran a ella exclusivamente los once Magistrados Propietarios y los cuatro Supernumerarios; debiendo organizarse como institución separada de los Tribunales Federales el Ministerio Público de la Federación, como auxiliar conveniente para la mejor marcha de la administración de justicia.

Previo el dictamen que, en términos luminosos y científicos presentaron las Comisiones 1a. de Puntos Constitucionales y 1a. de Gobernación de la Cámara popular, discutió ésta la reforma proyectada de los referidos arts. 91 y 96, aprobándola y adicionándola en el sentido de que los funcionarios del Ministerio Público Federal serían nombrados por el Ejecutivo y presididos por un jefe, con el título de Procurador General de la República. Fue, en efecto, muy oportuna esta adición, porque quedando suprimidos como miembros de la Corte de Justicia el Fiscal y el Procurador General, era necesario establecer el funcionario que desempeñara las atribuciones de éstos, concentrándolas en uno solo y dándole además el carácter de Jefe del Ministerio Público de la Federación; y por otra parte, necesitábase consignar en el texto constitucional de donde habría de derivarse el nombramiento de ese funcionario y de los demás que compusieran el Ministerio Público.

Las Comisiones que subscriben creen aceptables las reformas votadas por la Cámara de Diputados, porque juzgan de grande interés para la marcha expedita de los Tribunales Federales la creación del Ministerio Público, que, a la vez que sostiene y defiende los intereses generales de la Nación, auxilia y coopera eficazmente a que la justicia sea pronta y rectamente administrada. Son de aplaudirse,

en efecto, los benéficos resultados que el Ministerio Público da actualmente en los diversos países en que se halla establecido; y lo estamos experimentando en la actualidad en el Distrito Federal y en los Estados de la República en que está instituido cerca de los Tribunales ordinarios. Es de todo punto incompatible, con la perfecta organización del Ministerio Público Federal, la existencia de los dos funcionarios que con el nombre de Fiscal y de Procurador General, y con atribuciones casi similares, creó la Constitución en su artículo 91.

Conveniente es la concentración de todas esas facultades en un solo funcionario que las haya de desempeñar con el carácter de Procurador General de la República, y que presida además el Ministerio Público, para que las funciones de éste sean uniformes en pro de la más perfecta defensa y gestión de los intereses nacionales cerca de los Tribunales. Careciéndose actualmente de esta organización, no debe esperarse mucho del aislamiento y de la independencia con que entre sí desempeñan sus ministerios el Procurador General, el Fiscal y los diversos Promotores de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

Si se conviene en que debe ser uniforme y perfecta la organización de ese Ministerio Público, es lógicamente necesario reconocer que el nombramiento de todos sus funcionarios debe tener el mismo origen; y como ellos han de representar los intereses nacionales, como partes litigantes, ante los Tribunales respectivos, y estos intereses, en la parte administrativa, están confiados por la Constitución y las leyes al Poder Ejecutivo, quien precisamente ha de suministrarles en cada asunto las pruebas, los antecedentes, y cuanto más sea preciso para una justa defensa, debe pertenecer al mismo Ejecutivo la elección de todo el Cuerpo que forme el Ministerio Público.

Para evitar la duda que sugiere la redacción de la frac. II del art. 96, tal como fue redactada por las Comisiones de la Cámara de Diputados, los que subscriben someten a la ilustrada consideración del Senado una nueva redacción, para que quede precisado el pensamiento de que el Procurador General de la República ha de ser nombrado también por el Ejecutivo; y asimismo han suprimido en la redacción del art. 91 la distinción de Ministros Propietarios y Supernumerarios de la Corte de Justicia, porque, en su concepto, deben todos los miembros de ese alto Tribunal tener igual categoría y formar el acuerdo pleno, dejando para las disposiciones de la ley secundaria la manera de componer las tres Salas del mismo Tribunal, y de suplir las faltas de unos Magistrados por otros.

Someten, pues, las subscriptas Comisiones, como resultado de

estas observaciones, al superior criterio y deliberación de esta Asamblea, las siguientes reformas constitucionales.

Art. 91. La Suprema Corte de Justicia se compondrá de quince Ministros, y funcionará en Tribunal Pleno o en Salas, de la manera que establezca la ley.

Art. 96. La ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación.

Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo.

TRANSITORIO

Las reformas anteriores comenzarán a regir al expirar el periodo para el que fueren electos los actuales Fiscal y Procurador General.

Este dictamen tuvo su segunda lectura en la sesión del 2 de diciembre de 1899 y se dejó la discusión para la sesión siguiente.

Realmente los cambios que proponían las mencionadas comisiones del Senado fueron importantes por cuanto completaron la reforma judicial, al quitar a los ministros supernumerarios de la Corte el carácter de tales y dar la posibilidad de que funcionara en salas; sin embargo, las líneas fundamentales para la creación de la Procuraduría General de la República ya habían sido precisadas en la Cámara de Diputados, por el dictamen correspondiente, el cual efectivamente había mejorado el proyecto del Ejecutivo Federal.

El día señalado para la discusión del proyecto de reformas constitucionales en la Cámara de Senadores, hizo uso de la palabra el senador Rafael Dondé, a nombre de las tres comisiones dictaminadoras antes mencionadas, para defender su dictamen; realmente no agregó ninguna idea nueva de las expresadas tanto en la exposición de motivos del Ejecutivo como en los dictámenes de ambas cámaras, lo que se puede resumir en tres ideas fundamentales: no existe diferencia esencial entre procurador y fiscal, en consecuencia ambas funciones deben ser resumidas en la figura del ministerio público federal, el cual debe estar bajo la dirección del "procurador general de la República"; dado el carácter de "parte" que tiene en los procesos en que interviene el ministerio público federal, el procurador general de la República no puede ser parte del Poder Judicial, sino del Ejecutivo, quien lo nombrará libremente.

Después de esta intervención ningún senador tomó la palabra, y se aprobó por unanimidad tanto en lo general como en lo particular, pasando de nuevo a la Cámara de Diputados para que aprobaran las enmiendas propuestas por el Senado.

Por su parte, la Cámara de Diputados, en su sesión de 13 de diciembre de 1899, previo dictamen, de esa misma fecha, de las comisiones unidas Primera de Puntos Constitucionales y Primera de Gobernación, en el cual no señaló nada importante, sino que únicamente recomiendan se acepten las modificaciones propuestas por el Senado, como de hecho lo aceptó el pleno de la Cámara de Diputados por unanimidad, pasando a las legislaturas de los estados para los efectos constitucionales.

A todo esto ¿la prensa qué comentó?: Prácticamente nada, pues se limitaron a dar las noticias conforme iban transcurriendo las diversas etapas del procedimiento legislativo del constituyente permanente. Solamente *El hijo del Ahuizote*, en su edición del 15 de octubre de 1899, se lamentaba en estos términos:

La actitud resulta, enérgica, contundente y despótica, jamás oída en Parlamento alguno, impuso el mutismo más vergonzoso a los demás miembros de la Cámara, que con una humildad bochornosa y cargante sin despegar los labios por temor de recibir otro tapaboca tan rudo y contundente como el anterior, votaron por inexplicable unanimidad las propuestas reformas, sin tomarse el trabajo de examinar si son o no convenientes.

Cuántas y cuán amargas reflexiones se desprenden de este procedimiento vergonzoso, que nos están poniendo en caricatura a la faz de propios y extraños!

Poco a poco, a lo largo del primer semestre de 1900, fueron llegando al Congreso de la Unión los diversos pronunciamientos de las legislaturas locales sobre la reforma constitucional planteada, todas ellas, naturalmente, en sentido afirmativo, hasta llegar al número de 24, de tal forma que en el mes de mayo de 1900 el Congreso federal hizo la declaratoria a que hacía referencia el artículo 127 constitucional, de haberse consumado el procedimiento de reformas a la carta magna, precisando el nuevo texto de sus artículos 91 y 96.

De igual manera, el presidente de la República promulgó el 22 de mayo de 1900 el decreto de reformas constitucionales de referencia, habiéndose publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, corres-

pondiente al 25 de mayo de 1900; quedando de esta forma el nuevo texto constitucional:

Artículo 91. La Suprema Corte de Justicia se compondrá de quince Ministros y funcionará en Tribunal Pleno o en Salas de la manera que establezca la ley.

Artículo 96. La Ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distritos y el Ministerio Público de la Federación.

Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo.

TRANSITORIO

Las reformas anteriores comenzarán a regir al expirar el periodo para el que fueron electos los actuales Fiscal y Procurador General.

Así pues, llegamos a este momento en que junto con el siglo XX nacía la Procuraduría General de la República, como resultado de más de 50 años de esfuerzos por adoptar, a nivel federal, el modelo francés de ministerio público, superando la herencia española que nos transmitió la Colonia, de la fiscalía y sus promotores.

IV. LA REFORMA, UN PASO ADELANTE

Regresando a la reforma judicial de 1900, diremos que ella en efecto fue un significativo paso adelante en la administración de justicia de nuestra Patria, que la iniciativa y dictámenes la explican suficientemente, aunque se careció de la discusión parlamentaria que una reforma constitucional amerita, sin embargo creemos que la conveniencia de la reforma justifica de por sí un cambio de esta naturaleza. Por ello, haciendo caso omiso de las consideraciones de tipo político, creemos que las críticas periodísticas a la mencionada reforma eran totalmente infundadas, sin embargo las hemos querido recoger para ambientar esa época y porque carecemos de otras opiniones de índole jurídica de ese momento.

V. REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FEDERALES

Con muy buena técnica jurídica, desde 1897 existía un solo cuerpo legal, denominado *Código de Procedimientos Federales*, en el cual se

comprendían todos los aspectos orgánicos y procedimientos de la justicia federal. Por ello, después de la reforma constitucional de 1900, antes descrita, fue necesario modificar el Código mencionado.

Así fue como el 18 de septiembre de 1900 se presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por parte del Ejecutivo Federal, una iniciativa de reforma al Código de Procedimientos Federales, para adecuarlo al nuevo texto de los artículos 91 y 96 de la Constitución Federal. Después de satisfacer los trámites legislativos pertinentes, el presidente de la República, por Decreto de 3 de octubre del mismo año, promulgó las reformas y adiciones al citado Código, con lo cual culminaba la reforma judicial de 1900.

PUNTOS FUNDAMENTALES PARA EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Jesús Antonio de la TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *De los puntos fundamentales para el uso del derecho de una manera alternativa.*

I. INTRODUCCIÓN

Oscar Correas señala dos grandes espacios, en América Latina, para las tareas de los abogados que tengan "espíritu democrático y la vocación de servicio a los sectores oprimidos": el ejercicio mismo de la profesión y la crítica jurídica. Dentro del primer rubro incluye: la asesoría jurídica de sindicatos y otras corporaciones (campesinos, comuneros, movimientos vecinales, de profesionaes, etcétera); las defensas penales y la defensa del ciudadano frente al autoritarismo del Estado; y la participación hacia dentro del propio aparato administrativo del Estado y en tareas legislativas. Respecto del segundo aspecto, esto es la crítica jurídica, como actividad teórico-académica, sería una labor en defensa del Estado de Derecho frente a las formas autoritarias, como un control de la práctica jurídica en búsqueda de nuevas formas democráticas, esto como un primer aspecto; y el otro campo de la actividad de la crítica jurídica, sería la elaboración de una teoría crítica del Derecho.¹ Nosotros agregamos a las tareas de ese abogado comprometido con las causas populares un tercer campo, el de la educación jurídica-popular.

Ahora bien, en el ejercicio de la profesión, concretamente en el litigio y la asesoría jurídica, haciendo uso del derecho objetivo, consideramos que existen dos zonas diversas en las cuales puede usarse el Derecho al servicio del pueblo:

1a. Haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes que benefician a las clases dominadas, y que no se hacen valer.

¹ Correas, Oscar, "La democracia y las tareas de los abogados en América Latina", *Crítica Jurídica* núm. 1, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Zacatecas, 1984, pp. 55 y ss.

2a. Dándole a otras normas de suyo "neutras" un sentido tal que lleve a una aplicación en beneficio de los oprimidos. Este espacio, propiamente, es el que, siguiendo a Barcellona y Coturri,² hemos llamado *uso alternativo del Derecho*.³ Algunos le llaman "práctica alternativa del Derecho".⁴

Hemos considerado que al hacer uso alternativo del Derecho, éste juega un rol más político que el que normalmente se da al aplicar el Derecho. Sin embargo, no pierde, de ningún modo, su juridicismo, esto es, no se trata de una sustitución de la política por el Derecho, sino que éste se conserva, sólo que cambiando el sentido que se le ha asignado, orgánica e ideológicamente, dentro de la formación social en donde es producido.

Inscrito en este modo de entender el uso del Derecho a favor de los sectores populares, el jurista brasileño Luiz Edson Fachin, coloca, en un interesante artículo,⁵ algunas cuestiones relevantes que el jurista de práctica alternativa debe tener en cuenta en su reflexión cotidiana.

II. DE LOS PUNTOS FUNDAMENTALES PARA EL USO DEL DERECHO DE UNA MANERA ALTERNATIVA

1. La búsqueda de la normatividad utilizable

Luiz Edson Fachin nos dice que aquellos abogados que ven en nuestra profesión alguna función social, para llevar a cabo su misión, en primer lugar, deben realizar un trabajo de *búsqueda* jurídica en el ordenamiento jurídico en vigor; para decir *búsqueda* usa el término brasileño *garimpagem* de *garimpero*, que significa buscador de metales y piedras preciosas. No se trata, pues, de cualquier *búsqueda*, sino de aquello que sea valioso, precioso, para su objetivo.

"Esa *garipagem* jurídica correspondería exactamente en procurar dentro del ordenamiento jurídico en vigor las posibilidades contradic-

² Barcellona, Pietro y Coturri, Giuseppe. *El Estado y los Juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

³ El tema lo hemos desarrollado con cierta amplitud en *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina*, Ed. Centro de Estudios Ecuménicos, México, 1984.

⁴ Uribe Urán, Víctor Manuel, "Nuevas dimensiones de la crítica jurídica y la práctica alternativa del Derecho", en *Crítica Jurídica* núm. 7, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, 1987, pp. 145 y ss.

⁵ Fachin, Luiz Edson, "Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e Injustiças", *Direito Insurgente*, Anais de fundação, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988, Rio de Janeiro.

torias encontradas en el propio ordenamiento hasta que éste no sea alterado, porque lo que queremos efectivamente es un nuevo ordenamiento jurídico, y cuanto menor, más diferenciado y más justo el ordenamiento, evidentemente será mejor, pero en cuanto no ocurra, realizaremos por tanto, en primer lugar, esa *garimpagem*".⁶

El abogado comprometido con los sectores populares, debe entonces iniciar su trabajo con una labor de búsqueda de aquellas normas e instituciones jurídicas que le sean útiles para aquellas causas que defiende.

2. La defensa de una función más amplia de parte del Poder Judicial

Nuestro autor propone hacer vigente la idea de una nueva función de los jueces, en contra del conservadurismo del Poder Judicial. Esto es, que aquellos encargados de impartir justicia dicten decisiones "contra la ley cuando la ley es injusta",⁷ teniendo como base una visión más amplia del Derecho, que no se restringe a una sola de sus fuentes (la legislación) o a uno sólo de sus analogados (derecho objetivo).

Este es un tema muy controvertido, que es importante y urgente poner a debate en nuestro medio latinoamericano tan influido por el positivismo jurídico, muy especialmente en su versión de la Escuela de la Exégesis.

Ya hace años que se viene discutiendo este tema en Europa. Las referencias siguientes me parecen muy importantes. Barcelona y Coturri escriben:

"Evidentemente, la contraposición se refleja en la concepción del derecho y expresa sustancialmente dos imágenes diferentes del juez. Por una parte, está el juez intérprete que solamente se plantea la tarea de aplicar la ley, entendida como mero juicio de conformidad al modelo previsto por la norma. Se ve ahí una concepción del juez que no añade nada nuevo a lo expresado en la norma. En la base de esta imagen del juez está la concepción del derecho como sistema cerrado y autosuficiente".

"En el extremo opuesto está en cambio la concepción del juez que no se limita a interpretar la norma, sino que añade algo a su contenido; esto es: un juez que no encuentra a punto y ya lista la norma a aplicar, sino que la busca. Más que el intérprete de un derecho ya creado, es el buscador de un derecho que se crea en la procesalidad y en la experiencia. Esta concepción presupone a su vez un sistema normativo no

⁶ *Idem, supra*, p. 22.

⁷ *Idem supra*, p. 23.

autosuficiente, no cerrado sino abierto a las integraciones que puedan surgir de las modificaciones de la sociedad".⁸

A la pregunta: "¿Qué tipo de lucha se puede llevar a cabo dentro del aparato de justicia del Estado con vistas a una democratización a fondo?", el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez contesta: "Como punto de partida hay que aceptar que el área institucional es un terreno de lucha como otro cualquiera. En este sentido, el aparato de justicia es un campo de batalla en el que se libra, o tiene que librarse, una parte de la lucha global por la transformación democrática de la sociedad. Los jueces deben o pueden proyectarse en dos vertientes. Por una parte, dentro del propio marco profesional, afrontando políticamente los problemas que se les plantean, ejerciendo una crítica clara de la legislación, sometiendo a revisión los viejos valores y poniendo de manifiesto toda su carga ideológica, que es la que nutre la práctica judicial convencional. . . Por otro lado, es absolutamente necesario salir a la calle con estos temas, incorporarlos a la cultura política del hombre medio, tradicionalmente indefenso frente al hermetismo que ha connotado siempre al mundo judicial". Por su parte Carlos Jiménez manifiesta que al aparato judicial le corresponde "la defensa y protección de las garantías individuales, así como velar por el pleno cumplimiento del principio de seguridad jurídica. . . frente a los abusos crecientes del poder ejecutivo. . .". "Su fundamento en la soberanía popular obliga a reformular el concepto clásico de la independencia judicial —vinculando al juez a la sociedad civil— y abrir cauces efectivos a la función judicial e impulsando el jurado y los jueces electivos para hacer una realidad el fundamento del Poder Judicial en la soberanía popular".⁹

En nuestro medio latinoamericano empiezan a aparecer estas ideas también. Tenemos, pues, el caso que nos ocupa de Luiz Edson Fachin y otros. A continuación comento unos artículos muy interesantes de los juristas chilenos Jorge Correa Sutil y Lautaro Ríos.

Correa Sutil nos dice que aquellos que reducen la función de los tribunales a la aplicación simple y llana de la ley, ponen un velo "tras el cual se oculta la verdad de que toda decisión judicial es interpretativa y creativa".¹⁰ No está de acuerdo con aquellos que postulan —como

⁸ Barcellona, P. y Coturri, G. *ob. cit.*, p. 105.

⁹ Valls, Quico, "Justicia Democrática: el uso crítico de la Constitución" (Conversación con Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José Ma. Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El Viejo Topo* No. 55, Barcelona, abril de 1981, pp. 7 y 8.

¹⁰ Correa Sutil, Jorge, "Críticas a la labor judicial", en *Mensaje* No. 362, Santiago de Chile, septiembre de 1987, p. 371.

Edson Fachin— que los jueces "fallen conforme a principios éticos y no a las normas vigentes", pues en su opinión se corre el riesgo de que en una futura democracia los jueces hagan otro tanto despreciando la ley en nombre de principios que les parezcan prioritarios". Sin embargo, acota: "Decir que los jueces, en sus fallas, se encuentran *limitados* por la ley formalmente vigente no implica, sin embargo, decir que las fallas se encuentran *determinadas* por la ley vigente. La doctrina contemporánea. . . es prácticamente unánime en reconocer que las sentencias son actos libres, aunque condicionados, dentro de ciertos marcos o límites fijados por el derecho preexistente (que según muchos es más que la ley)".¹¹

Lautaro Ríos nos recuerda que, desde hace dos siglos, la aspiración popular de la justicia se encuentra sumergida "bajo la doble marea del dogmatismo legal. . . y del positivismo jurídico que pretendió condensar todo el Derecho en el rígido molde de la ley",¹² cayéndose en una concepción *mítica* de la propia ley, que se considera como un conjunto de normas expresión de la voluntad popular.

Se trata de la Escuela de la Exégesis, expresión del positivismo jurídico voluntarista, que tanto ha influido en la legislación, la doctrina, la enseñanza y la ideología jurídica de nuestra América Latina. Dos rasgos que caracterizan a esta corriente, según Bonnacase, son: "I. *El culto al texto de la ley*. . . para ella el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante, es decir, exclusiva, del jurisconsulto, y el Derecho positivo se identifica por completo con la *lèy*". . . ; II. *El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley*".¹³ El papel del juzgador se reduce a ser, como se dice, "la boca de la ley".

De tal modo que Lautaro Ríos se pronuncia por la vigencia de una concepción amplia del Derecho que implique no sólo a la ley, sino que incluya el resto de sus fuentes, a saber: la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, los pactos internacionales y la doctrina. "Por eso conviene poner énfasis en que, siendo la misión sustantiva e inexcusable del Poder Judicial la de *hacer justicia* —esto es, la de atribuir a cada quien, la facultad, el deber o la sanción que conforme al Derecho le corresponda—, la técnica para lograr tan alto

¹¹ *Idem, supra*.

¹² Ríos A., Lautaro, "Ley, derecho y justicia", en *Mensaje* No. 366, Santiago de Chile, enero-febrero de 1988, p. 22.

¹³ Bonnacase, J., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, Ed. Cajica, Puebla, 1944, pp. 140-143.

propósito consiste en aplicar éste en la rica variedad de sus fuentes, en lugar de limitarlo a una sola de sus expresiones".¹⁴

3. *Un cambio en la forma de pensar el Derecho*

Al desarrollar este punto, me parece de extraordinaria importancia lo que dice el propio Luiz Edson Fachin; realmente da una luz que esclarece mucho el campo del uso alternativo del Derecho. Veamos:

"Todos sabemos, generalmente el jurista, o abogado, piensa el derecho sobre esquemas lógicos deductivos. Quiero decir, el bello silogismo lógico deductivo plasmado en la premisa mayor, en la premisa menor y en una conclusión, que lo mismo impregna al Poder Judicial como a los abogados. Es preciso mudar la forma de pensar el derecho. Necesitamos apartarnos del pensamiento lógico deductivo y dar mayor relevancia al pensamiento de naturaleza intuitiva, porque antes de saber lo que dice la norma es fundamental saber cuál es la solución justa para el caso concreto y después procurar la fundamentación. Si la norma fuere contraria a la solución justa para el caso concreto, el abogado debe defender su tesis lo mismo contra la norma, y si fuese el juez debe juzgar contra la ley, lo que efectivamente defiende la doctrina más avanzada, pues la propia doctrina liberal progresista ya defiende la propia decisión 'contra ley'."¹⁵

Respecto de la última reflexión referida a los jueces, hemos expresado ya diversas opiniones más o menos concordantes con Fachin. Lo que resulta nuevo ahora es la referencia al cambio del modo de entender el Derecho en los asesores y litigantes que hacen una práctica alternativa del Derecho en favor del pueblo. Esa mudanza en la concepción del pensar jurídico se impone al abogado comprometido con las causas populares, por la realidad misma de los hechos concretizada en la experiencia de injusticia del pueblo, si pretende ser eficaz, y por el mismo compromiso que adquiere con ese pueblo en la búsqueda de la vigencia de sus *derechos* que muchas veces son negados en la ley o ineficaces en la práctica jurídica.

La experiencia en el campo jurídico popular brasileño le hace afirmar a Vanderley Caixe lo siguiente: "Lo importante es que el derecho se produzca en la realidad social, ya sea aprovechando o no una norma positiva... En este caso el abogado que asume una práctica al lado del

campesino, no puede negar la validez de la afirmación del trabajador: "nosotros estamos haciendo el derecho, después vamos a defenderlo delante del juez".¹⁶

4. *El uso de los instrumentos jurídicos para agudizar las contradicciones del ordenamiento jurídico en vigor*

Se parte del reconocimiento del hecho que las causas populares no son los intereses dominantes que protege el derecho objetivo o ley. Sin embargo, paradójicamente, los instrumentos jurídicos pueden ser utilizados para la defensa de esas causas populares, contra los propios intereses de las clases dominantes. Esta utilización del Derecho contra la lógica de la formación social en donde es producido, agudiza las contradicciones sociales. Es punto importante a tomar en cuenta según Fachin.

5. *La conciencia de a quién sirve el Derecho*

El quinto punto es la confirmación del lugar desde donde analiza o concibe el Derecho Fachin: desde la óptima marxista, que entiende el Derecho como un producto histórico cultural y como un instrumento de dominación, un instrumento de clase.

Por nuestra parte, no desdeñamos el aporte del marxismo para conocer la complejidad del fenómeno jurídico; en muchas de sus afirmaciones, producto del método científico que ha adoptado, lleva razón indudablemente.

Sin embargo, nosotros partimos de entender *el Derecho enraizado en el ser del hombre*, en sus derechos subjetivos, en los derechos humanos, y en las interrelaciones de respeto de esos derechos, que constituye la esencia de la justicia. Empero, esta concepción jurídica no obsta para que no veamos que la negación de los derechos de las mayorías es por sistema, estructural, y que es la "legalidad de la injusticia" la vigente. Lo que nos lleva a pensar en la necesidad del uso alternativo del Derecho, como un instrumento en la búsqueda de la vigencia de los derechos humanos y la justicia real entre los hombres. Y precisamente esta búsqueda no nos permite desdeñar la cuestión de esclarecer "a quién sirve" el derecho objetivo y su práctica cotidiana.

¹⁶ Caixe, Vanderley, "Consideraciones del trabajo del abogado junto a los campesinos", Capítulo IX de mi obra *El Derecho que Nace del Pueblo*, Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes, México, 1986, p. 154.

¹⁴ Ríos A., Lautaro, *ob. cit.*, p. 24.

¹⁵ Fachin, Luis Edson, *ob. cit.*, p. 24.

LAS NULIDADES EN EL PROCESO CIVIL

Carlos TRASLOSHEROS PERALTA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sistemas de aplicación de nulidades procesales.* III. *Inexistencia, nulidades y anulabilidad.* IV. *Actos procesalmente perfectos, imperfectos e irregulares.* V. *Análisis de nulidades procesales.* VI. *Reglas del artículo 74 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.* VII. *Otros casos de nulidad.* VIII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Por su sencillez me gusta la definición de Calamandrei que nos dice que "el proceso es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción".

Se dice que la palabra proceso viene del Derecho Canónico y se deriva de *Procedo*, que equivale a "avanzar"; y así, resulta el procedimiento como la coordinada sucesión de actos jurídicos derivados del ejercicio de una acción y que tienen por objeto obtener una decisión jurisdiccional; esto es, crear en el juzgador una convicción, aportarle elementos para que forme su verdad que emite en la sentencia.

Procuremos no caer en la discusión, un tanto bizantina, sobre si el procedimiento jurisdiccional busca como fin hacer efectivos derechos subjetivos u objetivos, pues para nosotros éstos se vinculan de manera necesaria; me convence la opinión de Guasp que ve en el fin próximo del proceso la actuación de pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, independientemente, de que exista o no esa violación a un derecho objetivo o subjetivo y comparto la opinión de Goldsmicht en el sentido de que en el procedimiento más que una relación entre las partes o entre éstas y el juzgador, se crea una auténtica situación jurídica, según la cual, la dinámica de la misma se va transformando a través del tiempo, por virtud del impulso procesal, derivándose facultades, expectativas, cargas y posibilidades, donde los derechos de las partes contendientes están condicionados a la prueba que de ellos se rinda.

El Proceso Civil, entrando en nuestra materia, es sucesión de formalidades que el Código Procesal regula; la lealtad en el debate, la

igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión exigen que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas. Esa necesidad, nos dice Hugo Alsina, ha sido sentida en todos los tiempos y el modo de satisfacerla ha variado con la cultura de los pueblos. En un principio las formalidades estaban constituidas por ceremonias o ritos encaminados a impresionar a los litigantes o inspirar a los magistrados con la advocación de las fuerzas divinas. En la actualidad, gracias a los progresos del derecho y a la difusión de los conceptos jurídicos que han contribuido a la formación de una conciencia también jurídica y a la espiritualización de las instituciones, sustituyen aquellas formas sacramentales por principios científicos, traducidos en reglas, que presiden las actuaciones judiciales y que se concretan en el derecho positivo.

Las formas del procedimiento son así las establecidas para la instrucción y resolución de los procesos, permitiendo a los litigantes utilizar iguales argumentos y medios de prueba.

Celeridad y seguridad son el desiderátum en la administración de justicia.

La exageración de las formas crea un verdadero "arte forense" en que el litigante inmoral siente verdadera delectación en hacer de los litigios todo lo complicado y largo posible o nos llevan a absurdos como aquel que postulaba que una sentencia era nula "si el juez no la pronunciaba sentado".

Las nuevas tendencias buscan establecer entre un sistema de estricta legalidad impuesta por el código y un sistema de libertad de las formas, aquel que permita una mejor búsqueda de la verdad controvertida, puesta al servicio de un ideal: la realización de la justicia.

II. SISTEMAS DE APLICACIÓN DE NULIDADES PROCESALES

Los sistemas de aplicación de las nulidades procesales han sido distintos en los diversos sistemas jurídicos.

En el procedimiento romano el proceso se encontraba sujeto a un conjunto de formalidades de cuyo cumplimiento dependía la eficacia del acto. La omisión de estas formas generalmente sacramentales, determinaba en Roma una nulidad que derivaba estrictamente de la Ley: *Qui contra legem agit nihil agit: el que contra la ley actúa nada hace*, decían los romanos y ésta fue la nulidad de *ius civile*. *Quod nullum est nullum producit efectum: lo que es nulo no puede producir efecto alguno y nulos serán los efectos que pudiere haber producido*. Cualquier violación de una regla procesal importaba la nulidad del acto, bastando

para anularlo la omisión de un simple detalle o un error en la expresión consagrada.

Si, por ejemplo, una de las partes en el acto jurídico interrogaba a la otra diciendo: *Promittis dare mihi?*, la obligación no sería válida si el interrogado contestaba: *dabo tibi*, pues tenía que hacer uso del mismo verbo y debía contestar: *Promitto dare tibi*.

Difícilmente existen códigos en la actualidad que dispongan que cualquier contravención a la ley del procedimiento ocasiona la ineficacia del acto. Excesos de formalismo que convierten al proceso en una secuencia de actos solemnes y sacramentales, en los que, frecuentemente, el derecho sustantivo sucumbía por la omisión de formalidades desprovistas de todo significado.

Los modernos sistemas procesales reaccionan contra este exceso de formalismos que pueden devenir en injusticias y en dilaciones innecesarias.

Un sistema opuesto al romano es el adoptado por el Código de Procedimientos Civiles francés que parte del principio de que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las consignadas expresamente por la ley: *Pas de nullité sans texte*.

Pero tan categórica disposición no pudo ser mantenida en la práctica.

Se advirtió que en muchos casos la ley había omitido sancionar expresamente con la nulidad la omisión de ciertos requisitos esenciales, por ejemplo, la falta de firma del funcionario encargado de hacer una citación; y se dijo que era necesario hacer un distinguo: el legislador había dado por sobrentendido un principio fundamental que por evidente estaba por demás consignarlo y, por tanto, en estos casos la nulidad estaba sobrentendida, como consecuencia necesaria de la omisión de formalidades esenciales, sin las que el acto no podía existir legalmente si no podía cumplir con los fines que el legislador le había asignado. Surgió así en la jurisprudencia francesa, al decir de Hugo Alsina, la distinción entre nulidades "esenciales" y nulidades "accesorias o secundarias", vinculándose el concepto de elementos esenciales al de orden público y dejándolos librados a la apreciación de los jueces, que podían decretar esa nulidad en ausencia de esos elementos esenciales; pero la omisión de una "formalidad secundaria" no afectaba a la validez del acto, porque en estos casos de ausencia de formalidad secundaria la nulidad no estaba decretada expresamente en el texto de la ley.

La jurisprudencia estableció una segunda excepción: debe considerarse comprendida en la sanción de nulidad toda transgresión a fórmu-

las prohibitivas, como cuando el código dice "no se podrá", "no se admitirá" y así al lado de las nulidades "expresas" nacieron las nulidades "virtuales".

Todavía la jurisprudencia francesa dio un tercer paso y en el decreto-ley de 30 de octubre de 1935, para evitar un retorno al principio de la "nulidad por la nulidad misma", se exigió que ninguna nulidad de citación o de acto de procedimiento será admitida "si no se justifica que perjudica a los intereses de la parte adversa". Al lado de la máxima *Pas de nullité sans texte: no hay nulidad sin texto legal que la consigne*, y de la interpretación jurisprudencial ya analizada, se establece otra máxima: *Pas de nullité sans grief: No hay nulidad sin perjuicio o interés que debe demostrar aquel que en su beneficio la invoca*.

Muy similar al anterior es el sistema del Código Procesal Civil italiano, que también parte del principio de que no puede pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación o de cualquier otro acto de procedimiento, "si la nulidad no está consignada por la ley". Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, también pueden anularse los actos que carezcan de los elementos que constituyan su esencia. Como principio, las nulidades y las decadencias de los derechos sólo pueden pronunciarse a instancia de parte, salvo que la ley declare que deban ser pronunciadas de oficio.

Dentro de este sistema y según comentarios de Satta, existe una tendencia antiformalista, donde los actos procesales para los cuales la ley no exige forma determinada, pueden cumplirse en la forma más idónea para el logro de su fin. Las partes pueden pedir la nulidad si acreditan un interés derivado de la inobservancia del requisito y siempre que se les haya producido un daño; deben hacerlo en el acto procesal siguiente; no debe ser la parte que lo invoca la causante de la nulidad y no debe haber renunciado a ella; tampoco puede declararse la nulidad cuando el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado y el juez que pronuncie la nulidad habrá de disponer la renovación o saneamiento de los actos a que la nulidad se extiende.

Es notario que muchos de estos principios han inspirado a nuestros códigos procesales mexicanos en materia civil.

Existe otro sistema que merece la pena comentar: son los principios procesales de las legislaciones alemana y austriaca. En estas legislaciones no existen preceptos relativos a la eficacia de los actos procesales, por lo que se entiende otorgada a los jueces la facultad de declarar su nulidad o ineficacia cuando la omisión de una forma obste a la marcha regular del proceso o de cualquier manera se restrinja al derecho de

defensa de las partes. En este sistema se consagra la doctrina del derecho libre, atribuyendo al juez funciones de legislador.

Muchas han sido las críticas a este sistema que ve un peligro en "el gobierno de los jueces"; pero también se han ponderado vigorosamente sus logros y virtudes y lo cierto es que la historia del derecho procesal nos muestra una evolución de los rígidos sistemas romanos reflejados por el principio de *Qui contra legem agit nihil agit* a los modernos sistemas que dan a los jueces una mayor flexibilidad y libertad de apreciación en el alcance y valoración en la aplicación de las nulidades procesales.

No escapa a nuestra comprensión que no son sólo las omisiones formales lo que puede determinar una nulidad procesal. La falta de competencia o de jurisdicción del tribunal o juez que interviene en el conocimiento de un litigio, también la determina, como también la ocasiona, la violación a la garantía de audiencia, esto es, el no oír a las partes debidamente y en forma tal, que sea efectiva esa garantía; recordemos la procedencia de la apelación extraordinaria. A este respecto, y entrando ya en nuestro derecho positivo, tiene especial importancia el artículo 159 de la Ley de Amparo, que de manera enunciativa, mas no limitativa, ejemplifica casos en que se consideran violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso, debiendo recordar en este momento que los efectos de la sentencia de amparo son restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, lo que implica la ineficacia o nulidad de lo actuado.

Otro caso de nulidad procesal que en nuestro derecho merece especial atención, es el que consigna la jurisprudencia marcada con el número 250 de la Cuarta Parte, Tercera Sala, del Apéndice 1917-1975, según la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que en principio no procede la nulidad de un juicio mediante la tramitación de un segundo juicio, por respeto a la autoridad de la cosa juzgada; pero cuando el primer proceso fue fraudulento, entonces su procedencia es manifiesta y el tercero puede también excepcionarse contra la sentencia firme.

También determinan nulidad o ineficacia de lo actuado, la procedencia de las excepciones dilatorias que tienden a atacar la falta de los requisitos o presupuestos procesales, bastándonos, en este momento, como ejemplo, la procedencia de una excepción de falta de personalidad, cuyo efecto sería dejar ineficaz o nulo lo actuado.

Cabe aclarar que aunque pueden emplearse como sinónimos nulidad e ineficacia, son términos que no deben confundirse, pues la nulidad resulta del análisis interno o intrínseco del acto viciado y la ineficacia es la consecuencia que va a producir la declaración de nulidad; así por ejemplo, la nulidad de un emplazamiento a juicio resulta del análisis intrínseco de la estructura, formalidad o constitución viciados del acto impugnado y la ineficacia será dejar sin efectos ese emplazamiento mal hecho y los demás actos procesales posteriores a él, pudiendo incluso declararse nulo un juicio como consecuencia de la procedencia de una apelación extraordinaria o de un amparo contra aquel emplazamiento, no obstante que existía sentencia en el procedimiento ineficaz.

Sin embargo, autores tan eminentes como Carnelutti llegan a sostener que nulidad e ineficacia son una misma cosa.

Nuestros códigos procesales han prescindido de los recursos de casación y de nulidad que otras legislaciones extranjeras mantienen, recursos que se distinguen de nuestra apelación en tanto que, en aquéllos, su procedencia determina la nulidad del acto o procedimiento impugnados y en cambio el resultado de la apelación será el revocar o modificar tal acto o procedimiento combatidos, dictando en su lugar un nuevo auto o una nueva sentencia por el Tribunal Superior, en sustitución de los dictados en primera instancia; por lo que si bien hay ineficacia de los actos del *a quo*, el *ad quem* no declara nulidad, sino sustituye la resolución recurrida. En otras palabras, en los recursos de nulidad y de casación habrá una declaración de nulidad, cuando son procedentes, con un reenvío al inferior para que, declarando ineficaz lo actuado, dicte nueva resolución, algo similar al resultado de una apelación extraordinaria y al amparo para efectos por violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales, en cambio en la apelación ordinaria que se declara fundada, habrá una nueva resolución en sustitución de la impugnada.

III. INEXISTENCIA, NULIDADES Y ANULABILIDAD

Al momento de determinar si un acto ineficaz está afectado de inexistencia, nulidad absoluta o nulidad relativa, los autores, definitivamente, no se ponen de acuerdo: Rocco, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Couture, Hugo Alsina, Guasp, Vidar, etcétera, difieren de manera notoria, siendo coincidentes solamente en dos puntos. Sería engorroso reproducir las teorías y denominaciones que al respecto han emitido tan eminentes juristas. Me limito a destacar esas dos coincidencias: la primera consiste en que no es científico aplicar a las

nulidades procesales los principios relativos a las civiles, sin discriminación alguna, ya que entre unas y otras, nos indica don Eduardo Pallares, existen diferencias importantes, pues el proceso civil es institución de orden público, sin que las partes puedan alterarlo, modificarlo, o renunciar a sus normas; en cambio los actos civiles, por lo general, pertenecen al interés privado. El proceso es un conjunto de hechos o actos jurídicos sucesivos, cuyos elementos dependen los unos de los otros por estar vinculados entre sí, de tal manera que la nulidad de los anteriores puede engendrar la de los posteriores, lo que no sucede en los actos civiles que sólo excepcionalmente son de tracto sucesivo. En el proceso rige el principio de la preclusión que no existe en materia civil y que tiene influencia notoria sobre la validez y la nulidad de los actos procesales, por lo que con mayor razón puede decirse del principio de la cosa juzgada, ya que, por virtud de ésta, un acto nulo puede convertirse en válido irrevocablemente.

La segunda coincidencia de los autores estriba en considerar que las nulidades procesales, salvo rarísimas excepciones, son convalidables, por lo que se está en presencia de nulidades relativas; o sea, en presencia de actos simplemente anulables.

Coincidiendo desde luego, con lo anterior, creo conveniente recordar, cuando menos para efectos de terminología, que nuestra distinción sustantiva en materia de ineficacia del acto jurídico deriva de la doctrina francesa y muy en concreto de la teoría de Bonnetcase, que en sustancia reproduce nuestro Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 2224 al 2242, dividiendo de manera tripartita esa ineficacia en actos inexistentes, actos afectados de nulidad absoluta y actos afectados de nulidad relativa; el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno, no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley, de donde deducimos que el propio Código Civil está haciendo una remisión expresa en este artículo 2225 al Código de Procedimientos Civiles, para determinar la calificación de nulidad. La nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad; de ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. Y la nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados para la absoluta;

siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, siendo causa de esta nulidad la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto.

También conviene que precisemos los conceptos de anulabilidad y de la nulidad que opera de pleno derecho. Anulabilidad es la posibilidad de dejar sin efectos un acto jurídico y consiste en que, no obstante que se ha hecho con violación de las normas que lo rigen, el acto debe considerarse como válido y eficaz, mientras no recaiga sobre él resolución ejecutoria que declare su nulidad; además los actos anulables pueden ser convalidados por quien esté legitimado para hacerlo, por lo que el acto anulable coincide con el afectado de nulidad relativa, pues en la teoría clásica francesa la nulidad absoluta, como la inexistencia, equivalían a la nada jurídica y operaban de pleno derecho, entendiéndose por nulidad de pleno derecho, aquella que operaba por ministerio de la ley y por tanto, no requiere necesariamente, de ser solicitada o declarada a petición de parte, pues puede ser decretada de oficio por el juzgador cuando la advierte. En materia de nulidades procesales encontramos como nulidad que opera de pleno derecho, la consignada en el artículo 155 del Código Procesal Civil del D. F., que preceptúa que lo actuado por el juez que fuere declarado incompetente está afectado de nulidad y que esa nulidad, por operar de pleno derecho, no requiere declaración judicial, facultando a los tribunales declarados competentes a que restituyan las cosas al estado que tenían antes de practicarse las actuaciones nulas.

IV. ACTOS PROCESALMENTE PERFECTOS, IMPERFECTOS E IRREGULARES

Entendidos ya estos conceptos de inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, anulabilidad y nulidad de pleno derecho, destaca en nuestra doctrina la muy clara exposición del maestro José Becerra Bautista que en tratándose de nulidades distingue entre actos procesalmente perfectos, imperfectos e irregulares.

Nos dice el maestro que los actos procesalmente perfectos son aquellos que satisfacen todos y cada uno de los requisitos que para su existencia normal fijan las normas adjetivas y los imperfectos son aquellos a los que le faltan elementos esenciales o accidentales para su existencia, en cambio los actos irregulares son aquellos, que siendo procesalmente perfectos violan disposiciones que traen consigo una sanción de índole extraprocesal.

Los actos procesalmente perfectos en su contenido pueden violar normas de carácter sustantivo o adjetivo que se aplicaron inexactamente o que se dejaron de aplicar. En otras palabras pueden ser formalmente perfectos, pero de contenido ilegal, tomando esta palabra en sentido amplio.

Los actos procesalmente imperfectos pueden carecer de elementos esenciales o accidentales. La falta de elementos esenciales, continúa en su exposición, a su vez puede afectar la constitución del órgano jurisdiccional para que sus miembros puedan considerarse formando parte del Estado-juez y pueden afectar a la constitución misma del acto, considerado aisladamente o formando parte de la relación procesal. En el primer caso, el acto es inexistente; en los segundos nulo.

Cuando faltan elementos accidentales al acto, éste es anulable. En cambio, cuando el acto es formalmente perfecto pero cae dentro de disposiciones fiscales, penales en sentido amplio o estricto o da origen a responsabilidades civiles (multas, correcciones), el acto es irregular.

Los actos procesalmente perfectos producen todos sus efectos jurídicos procesales, valga la redundancia, aun cuando su contenido viole disposiciones de derecho sustantivo o adjetivo.

Los actos inexistentes, no producen efecto alguno.

Los actos nulos los producen, pero pueden desaparecer con todas sus consecuencias legales, en virtud y solamente por determinación judicial, sin que tenga importancia la voluntad convalidatoria o confirmatoria de las partes interesadas.

Los actos anulables producen efectos, a menos que las partes interesadas promuevan su desaparición, mediante procedimientos que si no se ejercitan en tiempo y forma debidos, convalidan esos actos.

Los actos irregulares producen todos sus efectos procesales, pero pueden originar procedimientos adecuados para la imposición de sanciones de diversa índole.

Ahora bien, los actos procesales perfectos, en cuanto violen disposiciones de carácter sustantivo o adjetivo en su contenido, deben ser atacados por los procesos de impugnación adecuados o por simples procedimientos impugnativos que comprenden recursos y oposiciones incidentales; en nuestro sistema, mediante la apelación ordinaria, en algunos casos la queja y por los recursos de revocación y reposición, así como por las oposiciones incidentales específicas se logra abatir los actos ilegales.

Los actos inexistentes no requieren impugnación y basta o una simple

defensa, haciendo notoria la inexistencia o una sentencia declarativa, si se hubieren producido efectos materiales.

Los actos nulos pueden combatirse o mediante procesos impugnativos especiales o mediante procedimientos también especiales. En nuestro derecho positivo debe recurrirse a la apelación extraordinaria y a la nulidad de actuaciones.

Los actos irregulares, no obstante su aparente impugnación, quedan firmes y solo dan origen a otros procedimientos en que se impone la sanción adecuada o se hace valer la responsabilidad correspondiente. En nuestro derecho, mediante el recurso de responsabilidad y las diferentes clases de quejas se llega a esos resultados, con excepción, agregaría yo, del recurso de queja por denegada apelación, que trae como consecuencia la ineficacia jurídica del auto que tuvo por no admitido ese recurso.

Finalmente, concluye nuestro preclaro maestro de la Escuela Libre de Derecho, don José Becerra Bautista, que la procedencia de los procesos impugnativos, de los recursos, de las oposiciones incidentales, trae como consecuencia la ineficacia jurídica del acto perfecto procesalmente y de los que de él derivan, para que vuelva a reanudarse a partir del acto ilegal, todo el proceso. La nulidad de actuaciones supone la existencia de actuaciones nulas y anulables, no procede contra actuaciones procesalmente perfectas pero ilegales, o contra actuaciones irregulares.

Aplicando los principios arriba expuestos, estima el maestro Becerra Bautista que son actos procesales inexistentes aquellos que fueran realizados por una persona que no estuviera vinculada con el Estado-juez, a través de un nombramiento debidamente extendido y aceptado; supóngase un embargo realizado por un particular que se hace pasar como actuario.

El acto nulo es realizado por funcionarios judiciales auténticos, vinculados con el Estado-juez, dentro de procesos válidos, sólo que al acto concreto le falta un elemento esencial considerado como tal por la legislación positiva y que causa indefensión, de tal manera que no puede convalidarse posteriormente ni por la voluntad expresa o tácita de las partes, como ejemplo pone la nulidad del emplazamiento a juicio.

Los actos anulables son aquellos a los que faltan requisitos considerados por el legislador como accidentales, de tal manera que se convalidan por la voluntad expresa o tácita de las partes y señala como ejemplo todos los actos procesales que la ley califica de nulos, pero que se convalidan tácitamente cuando la parte a quien perjudican no hace valer en la actuación subsecuente la nulidad respectiva.

V. ANÁLISIS DE NULIDADES PROCESALES

Atento a todo lo expuesto, considero que estamos ya en condiciones de proceder al análisis casuístico de las nulidades procesales en nuestro Código Adjetivo del Distrito Federal, por lo que hace al objeto de nuestro tema: *Las nulidades en el proceso civil*.

En el capítulo II del Título Segundo, denominado "De las actuaciones y Resoluciones Judiciales", se nos dan determinadas reglas procesales que a continuación analizamos:

El artículo 56 establece que las actuaciones judiciales y los ocursoos deberán escribirse en castellano y que los documentos redactados en idioma extranjero deberán acompañarse con la correspondiente traducción y agrega que las fechas y cantidades se escribirán con letra y en el artículo 57 se preceptúa que no se emplearán abreviaturas, ni se rasparán frases equivocadas, sobre las que sólo se pondrá una línea delgada que permita su lectura, salvándose al fin con toda precisión, el error cometido.

Estas disposiciones pretenden fundamentalmente la claridad para la defensa de la contraparte, por lo que tendremos que interpretarlas siempre en relación con los artículos 74 del Código Procesal del D. F., y 159 de la Ley de Amparo, ya que serán ineficaces tales actuaciones en tanto cuanto que hayan afectado las defensas del quejoso; claro está que deben reclamarse en la actuación subsecuente, mediante el incidente respectivo y alegando un estado de indefensión, preparando así el juicio constitucional posterior y los recursos contra la sentencia inicial. Supongamos una demanda cuyos documentos fundatorios están redactados en idioma extranjero y se corre traslado sin traducción de los mismos; es claro que se puede provocar un estado de indefensión en el demandado que no está obligado a conocer tal idioma, por consiguiente, en la actuación subsecuente debe reclamarse la nulidad, pues se está en presencia de un acto anulable mediante un incidente de nulidad, que en caso de que se resuelva ilegalmente por el juez constituirá una violación a las leyes del procedimiento cometidas durante la secuela del mismo, reclamable en su oportunidad y conforme al principio de definitividad, mediante un amparo.

El artículo 58 nos preceptúa que las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto. En este caso estamos en presencia de una norma que sí establece como sanción la nulidad, por considerar que el dar fe o certificar el acto procesal es un requisito

esencial del mismo. La jurisprudencia ha establecido que las actuaciones judiciales deben ser autorizadas por el secretario del juzgado, tan pronto como hayan sido firmadas por su superior y si no lo hace, carecen de validez y no pueden servir de base para actuaciones posteriores.

La fe o certificación del secretario o del actuario (notificador o ejecutor) en las actuaciones, representan la seguridad que debe regir el proceso.

Mucho se ha discutido si la ausencia de la firma del funcionario da lugar a un caso de inexistencia o de nulidad.

Si se tratara de una inexistencia jamás se convalidaría y no requeriría ser declarada judicialmente, pero en el caso no podemos perder de vista que la sentencia con autoridad de cosa juzgada convalidaría la ausencia de esta firma y dentro del procedimiento se hace necesaria la declaración judicial para invalidar lo actuado con posterioridad, por lo que no se está en presencia de un caso de inexistencia sino de nulidad.

Supongamos un auto de exequendo que no fue firmado por el secretario del juzgado. Con base en tal auto se practicó un embargo y se declaró rebelde al demandado, citándose para sentencia. Es claro que si la sentencia se dicta y causa estado, la nulidad se convalida, por el respeto a la autoridad de la cosa juzgada.

Pero puede suceder que antes del dictado de la sentencia, el juzgador observa la ausencia de la firma del secretario que incluso, pudiera suceder que ya no fuera funcionario y se hubiere ausentado del lugar del juicio, o bien que el demandado inicie su incidente de nulidad. En el primer caso, creo que, aun de oficio el juez podrá decretar la nulidad de lo actuado, apoyándose en el artículo 55 que preceptúa que los tribunales deben estar a lo dispuesto por el código, sin alterar las normas del procedimiento, con apoyo en el propio dispositivo que se comenta, que establece como sanción la nulidad cuando la actuación judicial no es autorizada por el funcionario al que corresponda y en el artículo 74, porque además de faltarle al acto una formalidad esencial, la ley expresamente lo determina. Si el incidente de nulidad fue promovido por el demandado no existe duda alguna para decretar su procedencia por las mismas razones expuestas. Se está en presencia de un acto procesalmente imperfecto por ausencia de un requisito esencial, que determina por consiguiente su nulidad.

El artículo 59 establece que las audiencias deberán ser públicas, con las excepciones que en el mismo dispositivo se mencionan.

La violación a este principio de publicidad, si bien pudiera considerarse como una formalidad esencial, difícilmente crearía un estado de indefensión, y como la ley no sanciona esta violación con la nulidad, no creemos que pueda alegarse válidamente su nulidad; por consiguiente, la violación al principio de publicidad de la audiencia determina simplemente, un acto irregular, que no altera la fijeza del procedimiento, pero que hace incurrir al juzgador en las sanciones administrativas que le impongan leyes específicas.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en su artículo 60 impone a los jueces y magistrados la obligación de recibir por sí mismos las declaraciones y presidir los actos de prueba; pero no establece como sanción la nulidad, sino simplemente la responsabilidad de los funcionarios. Al no establecerse como sanción específica la nulidad, cuando los actos de prueba no se realizan ante el juzgador, ni éste los recibe por sí mismo, surge el evidente problema de poder o no decretar su nulidad, pues si bien no cabe duda de que se está omitiendo una formalidad esencial, también lo es que la regla del artículo 74 del Código Adjetivo del D. F., es que la ausencia de la formalidad esencial determine que quede sin defensa cualquiera de las partes. Pudiera alegarse, siguiendo en esto la doctrina francesa e italiana que estaríamos en presencia de una nulidad implícita o virtual, pues si el juzgador no preside el acto de prueba, el tribunal no está integrado. O bien, conforme al artículo 55, la no recepción de las pruebas ante el juez implicaría una alteración fundamental a las normas del procedimiento. Si consideramos que la prueba se desahogó ante un tribunal que no estaba integrado, estaríamos en presencia de un acto inexistente; pero volveríamos a la situación ya apuntada de que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, convalidaría la viciada actuación y por tanto, regresaríamos a un problema de una nulidad implícita.

Por fortuna, los artículos 158 y 159 de la Ley de Amparo, consideran violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso, cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido o *cuando no se reciban conforme a la ley*, por consiguiente, podemos concluir que sí se crea conforme a nuestro derecho positivo un estado de indefensión, cuando el juzgador no recibe por sí mismo o no preside los actos de prueba, y ese estado de indefensión por violaciones a las leyes del procedimiento, cometidas durante la secuela del mismo y que afecta las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, dará pie a promover en el procedimiento ordinario el

incidente de nulidad respectivo, relacionando la regla de los artículos 74 y 75 con la fracción III del Artículo 159 de la Ley de Amparo, preparando así el principio de definitividad de nuestro juicio de garantías reclamando, en su caso, esta violación en segunda instancia.

De lo anterior deducimos que la nulidad por violación a la estructura esencial del acto procesal, depende en nuestro derecho positivo no sólo del texto de la ley sino fundamentalmente de la afectación del derecho de defensa de las partes, principio que se complementa con la presencia siempre vigente en el derecho procesal civil del juicio de amparo, evitando violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales.

Hay otras normas procesales que tienden al cuidado de la seguridad en el proceso, tendiendo a evitar alteraciones, sustracciones o sustituciones de documentos o cambio de declaraciones o de resoluciones.

Así, los secretarios cuidarán de que los expedientes sean exactamente foliados, rubricarán las hojas en el centro de los escritos, pondrán el sello de la secretaría en el fondo del cuaderno de manera que queden selladas las dos caras, se faculta a los interesados para presentar una copia simple de sus escritos a fin de que se les devuelva haciendo constar la fecha y hora de su presentación, etcétera.

Considero que la violación a estas normas de seguridad, difícilmente podrá determinar una nulidad, pues estamos nuevamente en presencia de actos procesales irregulares que, como ya sabemos, sólo provocan responsabilidades de tipo administrativo pero, salvo el caso de sustracción o sustitución fraudulenta de piezas de autos, no van a provocar estados de indefensión. En el caso apuntado de sustracción o sustitución fraudulenta de piezas de autos, probado que sea mediante el incidente de reposición respectivo, sí dará pauta a declaraciones de nulidad, tomando siempre como criterio la vulneración al derecho de defensa de cualquiera de las partes en el juicio, aun cuando la ley expresamente no lo determine.

VI. REGLAS DEL ARTÍCULO 74 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL

Hemos venido mencionando con reiterada como necesaria frecuencia las reglas que establece el artículo 74 del Código Adjetivo Civil del Distrito Federal.

La primera de estas reglas establece que las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes. La segunda regla nos indica

que también hay nulidad cuando la ley expresamente lo determina y la tercera nos establece que la nulidad no podrá ser invocada por la parte que dio lugar a ella.

Esta tercera regla debemos adicionarla con otras disposiciones adjetivas como son, que la nulidad establecida en beneficio de una parte no puede ser invocada por la otra y que la nulidad de una actuación debe de reclamarse en la actuación subsecuente, pues de lo contrario aquella queda revalidada de pleno derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento (artículos 75 y 77 del ordenamiento procesal del D. F.).

La primera regla nos lleva a una cuestión vital: ¿Qué entendemos por "formalidades esenciales en el procedimiento civil"? Contestar de manera simplista, que las formalidades esenciales en el procedimiento civil son las que determina la Constitución Federal en sus artículos 14 y 16, no nos resuelve el problema del todo, pues tales disposiciones fundamentales nos concretan la garantía de audiencia, que en el párrafo segundo del artículo 14 se establece, pero remitiendo nuevamente por retroenvío al propio concepto de formalidades esenciales que: "Nadie podrá ser privado... de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho", y este propio precepto nos da reglas para el dictado de las sentencias civiles (garantía de legalidad) que deben ajustarse a la letra o a la interpretación jurídica de la ley o a los principios generales del derecho, y el artículo 16 nos prescribe como garantía que la autoridad competente funde y motive sus resoluciones; lo cual no nos aclara de manera definitiva, ni terminante, nuestro problema. Debemos advertir que la regla en análisis está concatenada de manera indisoluble con que la falta de formalidades esenciales determine que "quede sin defensas cualquiera de las partes", lo que nos ha permitido concluir que lo fundamental de tal regla está en relación con no vulnerar el derecho de defensa. Volvemos por consecuencia, nuevamente, al texto del artículo 159 de la Ley de Amparo, que nos indica los casos en que para efectos de la procedencia de nuestro juicio de garantías, que en el fondo representa en nuestro derecho positivo la última y definitiva instancia, considera violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso. El análisis de esta última disposición no podremos jamás aislarlo de la procedencia de cualquier incidente de nulidad, aun derivando nulidades implícitas o virtuales, como en el caso ya estudiado

de que el juez no presida y reciba por sí los actos de prueba; y por consiguiente, son formalidades esenciales del procedimiento las siguientes: 1. Debida citación a juicio; 2. Debida representación en el proceso (por ejemplo en tratándose de menores de edad); 3. Debida recepción de pruebas; 4. Debida resolución de incidentes de nulidad; 5. Debida información a las partes; 6. Debida recepción de recursos; 7. Debida declaración de nulidad del procedimiento en casos de incompetencia o recusación con causas declaradas procedentes, y 8. Casos análogos que hayan creado estados de indefensión a juicio de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito.

La segunda regla que nos indica que también hay nulidad cuando la ley expresamente lo determine, nos recuerda el principio de la jurisprudencia francesa que, para romper con el formalismo sacramental del procedimiento romano, en el sentido de que toda violación a la ley provocaba nulidad, estableció que sólo habría nulidad cuando la ley lo determinara: *Pas de nullité sans texte*; pero recordemos también que esto nos puede llevar al peligro de decretar la nulidad por la nulidad misma, lo que rompería con los principios de seguridad y celeridad en el proceso. Para ello, aquel principio se completó con el de: *Pas de nullité sans grief*: *No hay nulidad sin perjuicio o interés en deducirla*, de aquí que las legislaciones francesa e italiana, como ya hemos visto, establecieron esas reglas que nuestro derecho positivo atinadamente ha adoptado, y así, resultaría absurdo que la nulidad pueda ser invocada por la parte que dio lugar a ella (si no firmé mi demanda y el procedimiento continuó, no podré invocar mi omisión como causa de nulidad). La nulidad establecida en beneficio de mi contrario, no podrá ser invocada por mí, pues a mí no me causa perjuicio: *Pas de nullité sans grief*, y partiendo del principio de que salvo rarisimas excepciones, todas las nulidades procesales son convalidables, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento, debemos reclamar la nulidad en la actuación subsecuente, pues de otra manera estaríamos convalidando de manera tácita tal actuación, perdiendo así la oportunidad de anularla y esto precisamente por los principios de celeridad y seguridad que son rectores en el procedimiento.

Esos principios rectores procesales de celeridad y seguridad nos llevan a otra regla que recoge nuestro Código Adjetivo en análisis, artículo 78 del Código Civil del D. F. "Sólo formará artículo de previo y especial pronunciamiento la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento. Los incidentes que se susciten con motivo de otras nulidades de actuaciones o de notificaciones se tramitarán y resolverán

en los términos del artículo 88, y esto último siempre bajo el criterio de analizar si se afectaron o no las defensas de quien pudiera sentirse agraviado.

VII. OTROS CASOS DE NULIDAD

La debida comunicación entre el juez y las partes; entre las partes entre sí y entre el juez y terceros, también está saturada de formalismos, de modo que las notificaciones y emplazamientos hechos en forma distinta a la prevenida por la ley, son nulos en principio; pero si la persona se hubiere manifestado en juicio sabedora de la providencia, la notificación surtirá desde entonces sus efectos, como si estuviere legalmente hecha, lo que en el fondo representa aplicación de la doctrina italiana en el sentido de que, no hay nulidad cuando el acto cumple la finalidad a que estaba destinado, evitando así, nuevamente, el peligro de la nulidad por la nulidad misma. De igual manera que en el Código Procesal del D. F., sólo por errores u omisiones sustanciales que no hagan identificables los juicios, podrá pedirse la nulidad de las notificaciones hechas por Boletín Judicial, pues si el juicio es identificable la notificación no puede causar perjuicio, pues no afecta las defensas de un presunto quejoso o agraviado.

El análisis de las reglas para la seguridad del emplazamiento deberemos siempre entenderlas en el sentido de que es vital para la seguridad jurídica que no se afecten los derechos de audiencia y de defensa de la parte demandada, por lo que las violaciones a esas formalidades elementales determinarán nulidades que, incluso, no convalida la sentencia definitiva, pues si no se alegan dentro del procedimiento de primera instancia, mediante el incidente respectivo, pueden alegarse en vía de agravio en la apelación ordinaria o bien dentro de la apelación extraordinaria, que como ya observamos es en el fondo un juicio de nulidad y todavía si no se alegare en estas apelaciones queda expedita la vía de amparo.

Como el defecto en el emplazamiento no es convalidable, encontramos aquí, un caso de nulidad absoluta, en términos del artículo 2256 del Código Civil

Otro caso de nulidad absoluta que he encontrado, es el que establece la jurisprudencia 250 de la Tercera Sala del Apéndice 1917-1975 y que concede a un tercero ajeno a un litigio, ya concluido, excepcionarse contra la sentencia firme o iniciar un juicio de nulidad contra otro anterior cuando éste fue fraudulento.

Merece especial mención el estudio que Carnelutti publicó en la *Revista de Derecho Procesal Civil Italiano* sobre la nulidad de la sentencia derivada de un proceso fraudulento. Parte tan insigne jurista de que en tal proceso fraudulento existe un dolo bilateral y la sentencia está contaminada por colusión de las partes y si la sentencia es ante todo, un acto de voluntad del juez y éste es engañado por los litigantes coludidos, ese acto de voluntad está viciado y por consiguiente es nulo y como tal nulidad no puede ser convalidada de ninguna manera, se está en presencia de una nulidad absoluta.

He dejado para el final de este modesto estudio un caso que considero como una verdadera curiosidad en nuestra práctica forense. Me refiero a lo dispuesto por el artículo 64 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil del Distrito Federal que establece que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles, definiéndonos cuáles son éstos. En el dispositivo en mención no se establece en ningún momento que las actuaciones practicadas en días y horas inhábiles serán nulas y vistas a través de las reglas del artículo 74 ya analizadas, nos encontramos que difícilmente podrán crear un estado de indefensión las practicadas en días y horas inhábiles. Es más, del análisis del artículo 159 de la Ley de Amparo no se llega a la conclusión de que se creen esos estados de indefensión, pues no lo mencionan los casos que ahí se enuncian y por consiguiente, no puede aplicarse un criterio analógico.

Que difícilmente pudiera llegar a crear indefensión lo actuado en días y horas inhábiles, lo prueba la posibilidad de habilitarlos y los múltiples casos de excepción que la ley establece en materia de alimentos, impedimentos de matrimonio, servidumbres legales, interdictos posesorios, diferencias domésticas, etcétera, y también el hecho de que la jurisprudencia ha considerado que la publicación de edictos convocando postores en días feriados, lejos de perjudicar a las partes en un juicio, las beneficia, por los efectos publicitarios más eficaces. La doctrina tiende a resolver este problema con argumentos que no me satisfacen, aduciendo que en esos días no existen tribunales, ni oficinas públicas y se atenta contra la seguridad jurídica.

En una interpretación ortodoxa de la ley, aun considerando formalidades esenciales la actuación en días y horas hábiles, se requeriría demostrar que se provocó un estado de indefensión para que la solicitud de nulidad prosperara; pero lo cierto es que en nuestra práctica los jueces, aun de oficio, declaran nulo lo actuado en estas circunstancias y las más antiguas ejecutorias jurisprudenciales que he encon-

trado al respecto, establecen esta nulidad de manera categórica, sin mayores explicaciones.

En lo personal considero que la razón fundamental para decretar esta nulidad consiste en aplicar el artículo octavo de nuestro Código Civil que establece que: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos" y en el caso a estudio la verdadera interpretación de la norma es en el sentido de que "queda prohibido actuar en días y horas inhábiles", salvo los casos resulta evidente el interés público en que las actuaciones judiciales se de excepción que la ley establece o que aquéllos sean habilitados, y lleven adelante en los días y horas en que los tribunales están abiertos para administrar justicia.

VIII. CONCLUSIÓN

Compañeros estudiantes de derecho:

Hemos tratado un tema, con la modestia de mi estudio, que atañe de manera fundamental a la seguridad y celeridad de los procedimientos civiles.

Creo que podemos sacar una conclusión esencial y ésta es, que las normas dispersas que en materia de nulidades procesales contiene nuestro Código de Enjuiciamiento Civil, deben sistematizarse y concentrarse en un capítulo separado, condicionando al texto de la ley las experiencias positivas que la jurisprudencia y la doctrina han aportado, haciendo de esta manera más accesible y clara la de por sí difícil labor de los jueces.

Despido mi plática evocando las palabras de Piero Calamandrei en su *Elogio de los Jueces*, recordando que al maestro le parecía: "que entre todas las profesiones que los mortales pueden ejercer, ninguna otra puede ayudar mejor a mantener la paz entre los hombres, que la del juez que sepa dispensar aquel bálsamo para todas las heridas que se llama justicia, y en esta esperanza, jueces y abogados, nuestros dos destinos, se encontrarán a su acabamiento terreno, ya que en esta meta común podemos, fraternalmente, darnos la mano".

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: UN RECURSO PARA AMÉRICA LATINA *

Julio C. TREVIÑO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Clases de arbitraje.* III. *Fundamentos jurídicos del arbitraje comercial internacional.* IV. *Desarrollo del arbitraje comercial internacional.* V. *El arbitraje comercial internacional en América Latina.* VI. *La experiencia mexicana.* VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Para la formulación de este trabajo, que se presenta en el contexto del Seminario sobre Arbitraje Internacional organizado por el recientemente creado Instituto Centroamericano de Derecho Arbitral en Guatemala, bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo, nos ha animado un objetivo que con frecuencia hacemos valer en nuestro ejercicio profesional. A saber, la difusión y promoción del arbitraje privado comercial internacional, como un medio adecuado para la solución de controversias entre particulares; preferible, en muchos aspectos, a las soluciones que habitualmente se pretende obtener mediante la intervención de los tribunales.

En Latinoamérica, el arbitraje comercial internacional se presenta como un recurso necesario para coadyuvar al desarrollo económico y social de los países de la región. Bajo esta perspectiva, nos ha parecido interesante ofrecer aquí una visión general de los principios del arbitraje comercial internacional, de su desarrollo en las distintas convenciones internacionales sobre la materia, y de la situación general de los derechos latinoamericanos al respecto. Terminamos haciendo una breve relación de la experiencia mexicana en relación con el arbitraje privado, y proponiendo una serie de medidas prácticas que podrían ayudar a promover la institución en la región.

* Conferencia sustentada el 17 de noviembre de 1987 en el II Seminario Iberoamericano Sobre Arbitraje Comercial Internacional, organizado por el Instituto Centroamericano de Derecho Arbitral en la ciudad de Guatemala, C. A.

Como se trata de un trabajo de divulgación, no entraremos a una discusión pormenorizada de los conceptos y técnicas del arbitraje, ni de los textos legislativos aplicables, sino que nos limitaremos a hacer una exposición de lo que pudiera llamarse la doctrina común o generalmente aceptada del arbitraje privado internacional. En notas a pie de página remitiremos al lector a ediciones generalmente accesibles de los documentos que citamos así como a una mínima parte de la bibliografía especializada sobre la materia.

Ha sido una constante histórica que en los tiempos en que ha habido un intenso comercio internacional, por supuesto relativo a una época y lugar determinados, el Derecho ha respondido ofreciendo un régimen jurídico y una jurisdicción especializados sobre los problemas derivados del comercio internacional.¹

En la actualidad, no obstante que los intercambios comerciales internacionales son más frecuentes, intensos y complejos que en ninguna otra época, no existe todavía un derecho mercantil internacional plenamente desarrollado. Esta grave, y también paradójica, deficiencia que en parte se relaciona con la escala a la que se proyecta al tráfico comercial internacional, puede explicarse también por el fenómeno del nacionalismo. Los Estados modernos, que se crearon a partir del siglo XVIII, tendieron a considerar como un valor absoluto la soberanía nacional. Cada estado reivindicó el poder de establecer el derecho que rigiera, con exclusión de cualquier otro, en su propio territorio. Con ese objeto, se formularon los códigos de las diversas ramas jurídicas, entre ellas la mercantil; y también por esta razón se desarrolló el Derecho Internacional Privado.

Esta situación afortunadamente está cambiando. La intensidad del comercio internacional actual no podía quedar aherrojada por una insuficiente estructura jurídica. Ahora ya se han dado pasos importantes

¹ En la antigüedad romana fue el "jus gentium" aplicado por el pretor peregrino. Ver Serrao, *La jurisdicción del pretore peregrino*, Milano, 1954. Ver Adame, J., "El ius gentium como derecho mercantil internacional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, 56, p. 425 y ss., México. A partir del desarrollo comercial en la Baja Edad Media (s. X), se comenzó a hablar de una "lex mercatoria", o sea, de un derecho mercantil que hoy llamamos internacional, compuesto por usos y costumbres mercantiles, a veces recopilados en documentos como las "Consuetudines" de Génova (anteriores a 1056), el "Constitutus Usus" de Pisa (1161) y otras, pero también por la doctrina jurídica elaborada a partir del "Corpus Juris", por los glosadores y comentaristas, que llegó a constituir, con apoyo de los comerciantes entre otros, un derecho común aplicable en todos los reinos. Ver Barrera Graf, Jorge, *Traatado de Derecho Mercantil*, México, 1957.

para la creación de un derecho mercantil internacional,² de un derecho privado internacional³ y la promoción de una jurisdicción especializada en material comercial internacional, que es precisamente el arbitraje comercial internacional.

Este nuevo modo de resolver las controversias derivadas del comercio internacional, no es fruto de la especulación de juristas, sino la respuesta que ellos han dado a una ingente necesidad de hoy. El arbitraje comercial internacional es un elemento que no puede dejar de ser tomado en cuenta por los países que quieren fomentar sus relaciones comerciales internacionales. La posibilidad de remitir las eventuales controversias al arbitraje es ya un aspecto importante que se considera al momento de celebrar contratos mercantiles con implicaciones internacionales. Un país que tiene un buen sistema de arbitraje comercial es mejor cliente, o proveedor, que uno que no lo tiene.

Ello es también una realidad, no sólo interesante, sino esperanzadora para los juristas. El arbitraje comercial internacional ha logrado establecerse como resultado de una sabia combinación entre puntos de vista privatísticos y los que inspira el derecho público. Procura la satisfacción de la necesidad de una justicia pronta y expedita para los asuntos comerciales, con el respeto a la soberanía y el orden público de cada Estado; y constituye un ámbito adecuado para la producción de un nuevo derecho mercantil que pueda, con el concurso de elementos y puntos de vista procedentes de diversos ordenamientos y tradiciones jurídicas, reformar y vigorizar la ciencia jurídica moderna que, en algunos aspectos, se dice que está en crisis.

II. CLASES DE ARBITRAJE

Para los efectos de este trabajo deliberadamente eludimos dar una definición académica del arbitraje, a lo cual somos tan adictos los ju-

² Sin embargo, ya comienza a hablarse de un derecho mercantil internacional como una rama jurídica específica. Sus disposiciones sustantivas están definidas por tratados internacionales, de los cuales los más importantes son: convenciones de Ginebra sobre letras de cambio y pagarés (1930) y cheques (1931); las Reglas de Ginebra sobre letras de cambio y pagarés (1928); los "Incoterms" (1953); las convenciones de La Haya sobre formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1964); la Convención de Hamburgo sobre transporte marítimo (1978) y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980)

³ Con lo cual se hace realidad el "ideal" de jurista uruguayo Quintín Alfonsín. Ver *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955. Díganlo, si no, las recientes convenciones citadas en la nota 2, supra.

ristas y abogados latinos, siendo suficiente hacer una breve referencia a sus características esenciales y a los diferentes tipos de arbitraje que se practican actualmente.⁴

El arbitraje siempre ha existido como una forma extrajudicial de resolver las controversias, aceptada por el propio orden jurídico. Su instalación requiere básicamente de tres actos: un convenio de las partes para someter el litigio a la decisión del árbitro, la aceptación del árbitro para resolver la controversia, y el reconocimiento del orden jurídico a la validez del arbitraje y, por consiguiente, de la ejecutabilidad del laudo pronunciado por el árbitro.

Actualmente se reconocen varios tipos de arbitraje. Hay, por una parte, arbitrajes nacionales o internacionales, según que las partes sean de una o varias nacionalidades, o que los elementos de la relación sean extra-nacionales.⁵

El arbitraje internacional, que es el que aquí se trata, puede ser público o privado. Es internacional público cuando las dos partes interesadas son Estados. Aunque el arbitraje de este tipo pocas veces se refiere a materia estrictamente mercantil —quizá la mayor parte de estos litigios se han dado históricamente por causa de fronteras—, su desarrollo ha tenido una indudable influencia en el arbitraje comercial.⁶ La forma de designación de árbitros, en la que cada parte designa uno, y los designados un tercero; el recurso a árbitros con conocimientos especializados en la materia controvertida, y la posibilidad de resolver el conflicto sin sujeción a derecho o "*ex aequo et bono*", que

⁴ Para una definición técnica del arbitraje puede verse Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, México, 1979, p. 12. Ver una revisión somera de la discusión sobre la naturaleza del arbitraje en Ochoa Bunsow, A., *El Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional* (tesis presentada en la Escuela Libre de Derecho), México, 1980; también en Briseño Sierra, *El Arbitraje en el Derecho Privado*, México, 1963, pp. 34 y ss.; Siqueiros, J. L., s.v. «Arbitraje Comercial», en *Diccionario Jurídico Mexicano* I, p. 179. Ver también Jean, Robert. *Arbitrage Civil et Commercial*, 4a. ed., París, 1967.

⁵ Una exposición detallada de los distintos tipos de arbitraje en Redfern-Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1986 (en adelante Redfern-Hunter), pp. 26-50.

⁶ Sin embargo, los arbitrajes de carácter público, por la fuerte carga política que pueden implicar, a veces han contribuido a difundir desconfianza respecto del arbitraje en general. La doctrina internacionalista difundida en Latinoamérica, conocida como doctrina Calvo, por la cual los extranjeros renuncian a la protección de sus gobiernos, tiene su origen en parte en una desconfianza hacia el arbitraje público, entendido como "protección diplomática". Ver Siqueiros, J. L., *Arbitration in Latin American Countries. Perspective from Mexico*. (Conferencia leída en "The National Institute" of the American Bar Association", el 5-6 de noviembre de 1987, en Miami.)

son todas prácticas que usa hoy el arbitraje comercial internacional, tuvieron su origen en el arbitraje entre Estados.

Hoy, los conflictos entre Estados se plantean básicamente ante dos instituciones. La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y la Corte Internacional de Justicia. Si bien ésta se entiende como un tribunal establecido, que juzga según el derecho internacional y siguiendo reglas procesales definidas, de hecho tiene carácter arbitral, en tanto que ella sólo puede actuar si las partes están conformes en someterse a su decisión.

El arbitraje internacional es privado cuando las partes son personas o entidades privadas. Ahora bien, cuando en una controversia sobre materia mercantil (entendida ésta en sentido amplio; es decir, incluyendo aspectos comerciales, financieros, de seguros, de transporte, concesiones, etcétera) una de las partes es privada y la otra es un Estado o una entidad pública (p. ej. una empresa descentralizada), el arbitraje puede seguir considerándose como privado, ya que lo que se discute no es materia pública. Sin embargo, como una de las partes está investida de soberanía, el arbitraje suele seguirse conforme a reglas particulares. Puede ser que las partes especialmente prevean un tipo de arbitraje cuyas reglas respeten el carácter público de una de las partes, bajo la fórmula de un arbitraje *ad hoc*, o puede ser que el arbitraje se conduzca ante instituciones que se especializan en este tipo de casos, como la Corte Permanente de Arbitraje, que acepta conocer cuestiones mercantiles cuando una de las partes tiene carácter público, o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que fue creada por la convención celebrada en Washington en 1965, que se tratará más adelante.⁷

Bajo otro punto de vista, el arbitraje internacional se clasifica en arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*.

El arbitraje es institucional cuando las partes eligen como órgano administrador del arbitraje (al que han convenido en someterse) a una institución que regularmente presta servicios de este tipo. En este caso, el arbitraje se desarrollará siguiendo las reglas arbitrales propias de esa institución, las cuales comprenden los puntos principales del arbitraje: formas de designar los árbitros, idioma que se sigue, criterios para la definición del derecho aplicable, plazos, recusación de árbitros, y otros.

⁷ Sobre esto ver *infra*, apartado 4.

Actualmente las principales instituciones arbitrales en el mundo son: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París; la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que opera en los Estados Unidos; la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA); y la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón, entre otras. Especial mención, por razón geográfica, requiere la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), conformada por los estados miembros de la OEA.⁸

La principal ventaja de este tipo de arbitraje es precisamente que las partes aceptan un cuerpo de reglas que habrán de aplicarse a su caso concreto, lo cual hace innecesaria una regulación convencional de detalle. Otra ventaja considerable es que las instituciones arbitrales aportan el apoyo administrativo y secretarial necesario, así como una lista de árbitros, o su elección en ciertos casos. Se ha dicho que una desventaja puede ser su costo: las instituciones arbitrales cobran un porcentaje del valor del litigio por concepto de cuota de administración (aparte de los honorarios del árbitro o árbitros), que puede significar una carga importante, si no se saben aprovechar todas las ventajas del arbitraje institucional. Pero debe tenerse en cuenta que las ventajas que significa, incluyendo la seriedad, imparcialidad y apoyos administrativos de ciertas instituciones arbitrales, compensa ampliamente el factor costo. Además, ya se aprecia una tendencia de las instituciones para reducir o limitar costos, como es el caso de la CCI.

El arbitraje es *ad hoc* cuando las partes deciden escoger un árbitro o árbitros sin referencia a ninguna institución. En este caso, es necesario que las mismas decidan las reglas conforme a las cuales va a desarrollarse el arbitraje. Pueden ellas idear reglas especiales, o bien adherirse a un determinado cuerpo de reglas conocido, como el de UNCITRAL (ver *infra*, apartado 4) o cualquier otro. La principal ventaja aparente de esta forma de arbitraje es su flexibilidad: permite que se desarrolle de acuerdo a los deseos y necesidades específicos de las partes. Por eso, muchos de los arbitrajes que se practican cuando una de las partes es una entidad pública, son precisamente arbitrajes *ad hoc*. La desventaja es que pueden dar lugar a problemas de difícil solución, cuando no cuentan con reglas claras, o cuando falta espíritu de cooperación entre las partes. Es fácil que una de ellas, creando difi-

⁸ Ver, una exposición esquemática de los orígenes y trabajos de esta Comisión en Siqueiros, J. L., "Panorama actual del arbitraje comercial internacional", en *El Foro* 37, enero-marzo 1975, pp. y ss., México. Reproducido también en *El arbitraje comercial internacional* (antología), México, UNAM, 1983, pp. 135 y ss.

cultades procesales, obstaculice severamente el desarrollo del arbitraje. Otro inconveniente es que carga sobre las partes o los árbitros un trabajo administrativo, que puede ser pesado y costoso, pues no poseen la estructura necesaria al respecto.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El arbitraje comercial internacional es el que tiene lugar entre particulares de diferentes nacionalidades, respecto de una materia mercantil,⁹ o cuando la relación jurídica, de esta naturaleza, que origina la controversia, contiene elementos extranacionales. Su existencia tiene un doble fundamento. Depende, por una parte, de dos actos de carácter privado, el convenio por el cual las partes someten el litigio al árbitro, y la aceptación del caso por el árbitro. Pero además requiere de un elemento público: la ley procesal, conforme a la cual sean válidos el convenio, el arbitraje y el laudo mismo.

El convenio o acuerdo de las partes puede darse en cualquier momento, esto es, antes de que surja la controversia entre las partes, o una vez que se haya presentado una disputa sobre hechos concretos.

En el primer caso, el acuerdo se celebra en previsión de una futura controversia, a través de una cláusula que generalmente se inserta en el contrato comercial entre las partes y que en la doctrina se conoce como "cláusula compromisoria", o "cláusula arbitral" siguiendo una terminología más moderna, que a veces utilizaremos en este trabajo. La cláusula puede reglamentar con detalle diferentes aspectos del futuro arbitraje, o simplemente hacer referencia a un organismo de arbitraje profesional (como la CCI) y a sus reglas. En este caso, no obstante la aceptación de la reglas de la institución arbitral, conviene incluir, entre otras, disposiciones sobre la sede del arbitraje, el idioma, el número de árbitros y el derecho aplicable al fondo de la cuestión.

⁹ Un problema de consecuencias prácticas es definir qué es la materia mercantil. En la Ley Modelo de UNCITRAL, nota 2 a su artículo 1, se explica que el calificativo "comercial" —esto es, mercantil— se interpreta en un sentido amplio, que abarca todas las relaciones de naturaleza comercial, contractuales o no; como ejemplos de tal tipo de relaciones, aunque sin intentar una relación exhaustiva, cita: relaciones para entrega o intercambio de bienes y servicios, convenios de distribución, de representación, relaciones por arrendamiento financiero ("leasing"), construcción de obras, asesoramiento, servicios de ingeniería, licencias para uso de patentes o marcas, inversiones, financiamientos, servicios bancarios, seguros, concesiones, empresas de coinversión ("joint venture"), transporte de pasajeros o carga, por aire, mar o tierra.

El segundo caso se da en ausencia de una cláusula compromisoria respecto de un conflicto que surja ya iniciada una relación comercial. En esta situación, el acuerdo de voluntades para someter el conflicto existente al arbitraje puede celebrarse mediante un contrato formal que la doctrina tradicional identifica como "compromiso arbitral", o mediante un simple canje de cartas, telegramas o télex entre las partes involucradas, que algunos autores modernos han dado en llamar "convenio de arbitraje" para distinguirlo de las dos formas anteriores.¹⁰

El compromiso arbitral es un contrato formal¹¹ en el que se identifica con todo detalle el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el sujeto nombrado árbitro, sus facultades y otros puntos como las reglas de procedimiento, y si las facultades para decidir son conforme a derecho o sin justificar los puntos respectivos, es decir, en equidad.

El "convenio" es una especie de acuerdo de arbitraje que reconocen algunos autores modernos, con base en recientes tratados internacionales. Es un acuerdo de voluntades, como el compromiso, respecto de una controversia presente, pero se distingue de éste porque no está sujeto a formalidad alguna: se admite que se perfecciona por el simple canje de cartas, telegramas, télex y, más recientemente, telefax. Se distingue de la cláusula compromisoria o arbitral porque no es parte de un contrato. Actualmente, lo más práctico y seguro para el arbitraje comercial es la cláusula arbitral. Tiene la ventaja de que no requiere formalidad alguna, y que se refiere a controversias futuras, con lo cual se evita el riesgo de que al presentarse la controversia, una de las partes rechace el arbitraje, situación ésta que, afortunadamente, ya no se presenta en numerosos países que han suscrito las modernas convenciones internacionales que veremos más adelante.

Podría decirse que el convenio de las partes, en cualquiera de sus formas, es la ley o norma fundamental del arbitraje. Por eso, requiere que sea hecho con especial cuidado, y con asesoría jurídica especializada. Ahí las partes designan el árbitro, o la forma de designarlos, el lugar del arbitraje; y el idioma o idiomas que se usarán. Pueden también seleccionar las reglas que habrán de regir el arbitraje en un arbitraje institucional; la ley procesal que será supletoriamente aplicable,

¹⁰ Ver Briseño Sierra, H., *El Arbitraje Comercial*, México, 1979, pp. 27 y ss. La Convención de Nueva York de 1958, la de Panamá de 1975, así como la ley modelo de UNCITRAL (aa. 7-10) reconocen estos tres tipos de acuerdo arbitral.

¹¹ Generalmente requiere escritura pública y cumplir determinados requisitos de contenido. Ver, por ejemplo, el a.1053 del Código de Comercio de México.

y aun las reglas que decidirán la cuestión sustantiva o la ley de fondo aplicable al caso.

La aceptación del árbitro es otro acto esencial para la constitución del arbitraje. Este acto, por una parte, fija la responsabilidad del árbitro ante las partes: él queda obligado a conocer la controversia y a dictar el laudo. Pero puede implicar también efectos importantes para la procedencia del arbitraje. Al aceptarlo, el árbitro ha de juzgar si él es competente para conocerlo. Esto significa que, además de revisar su competencia personal y la de las partes, decide si el convenio arbitral es válido y si la materia en litigio es arbitrable, según la ley del lugar. La tendencia procesal moderna¹² es conceder al árbitro esta responsabilidad, de modo que el arbitraje no puede suspenderse a causa de que se pida a un juez ordinario que conozca sobre la validez del convenio o sobre cualquier otra cuestión de la competencia del árbitro.

El arbitraje se rige, además de por el convenio, por las leyes procesales propias de los países donde tienen lugar la celebración del convenio, el arbitraje, y la ejecución del laudo.

La validez del convenio depende de que haya sido celebrado de acuerdo con el derecho que lo rige, sea el derecho que las partes voluntariamente escogieron, sea el derecho que resulte de la aplicación de las reglas de conflicto. Si el derecho de un país no reconoce la posibilidad de un convenio para someter al arbitraje controversias futuras, no será posible ejecutar ahí un laudo emitido en un arbitraje que tuvo como fundamento una cláusula arbitral.

El arbitraje se desarrolla de acuerdo con las reglas que hayan definido las partes, ya sea en arbitraje institucional o *ad hoc*. En este último caso, pueden también las partes escoger reglas contenidas en un

¹² Redfern-Hunter, *op. cit.*, p. 67. La "English Arbitration Act" de 1979 permite que las partes en un arbitraje internacional convengan, en cualquier momento, no apelar a los tribunales ingleses. La ley procesal belga ("Code Judiciaire"), aprobada el 27 de marzo de 1985, va todavía más lejos: su a.1717 dispone que los tribunales comunes se inhiban de conocer cualquier petición de anulamiento de un laudo arbitral, si ninguna de las partes es ciudadano belga; esto significa que el condenado por un laudo arbitral no tiene ningún recurso que oponer; sin embargo Redfern-Hunter la critica pp. 68 y ss. La ley francesa No. 81-500 del 12 de mayo de 1981 establece un régimen especial para el arbitraje comercial internacional, que concede a los árbitros un alto grado de autonomía respecto de los tribunales. La ley modelo de UNCITRAL establece (a.5) que los tribunales no intervendrán en los procesos arbitrales, más que en la materias que la misma ley prevé. Las legislaciones latinoamericanas, en general, no participan de esta evolución, y tienden a restringir la competencia del árbitro, ver Nattier, F. "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards", en *Texas International Law Journal*, 21, 397, pp. 405 y ss.

determinado texto institucional, como las reglas de arbitraje de UNCITRAL (v.p. 19), o las de la Cámara de Comercio Internacional, o cualquier otra institución sin convertir al arbitraje en institucional. Pueden ser también reglas especiales o *ad hoc* que hayan convenido las partes. En todo caso, además de estas reglas, el árbitro tiene que tener en cuenta también la ley procesal del lugar donde se sigue el arbitraje, de modo que el laudo que pronuncie se ajuste a ella y sea por consiguiente jurídicamente válido. Esto vale tanto en arbitrajes *ad hoc* como en los administrados por instituciones arbitrales reconocidas, cuyas reglas no prevén todas las incidencias procesales que pueden presentarse y remiten, generalmente, al derecho procesal del lugar del arbitraje.

Hay otro aspecto especialmente importante que rige la ley procesal. Este es si un juez ordinario puede aceptar el conocimiento de una cuestión que está actualmente conociendo un árbitro; o si, por el contrario, el juez debe negarse a conocerla. Las causas que suelen alegarse para pedir la intervención judicial son las relativas a la competencia del árbitro, la validez del convenio, o la naturaleza arbitrable de la materia. Quienes afirman la conveniencia de la intervención judicial alegan que los jueces deben controlar a los árbitros en estos aspectos que requieren un previo y especial pronunciamiento. Pero evidentemente que si se acepta esto como regla general, las ventajas del arbitraje, como proceso rápido y expedito, desaparecen virtualmente. En la actualidad, la tendencia es que las leyes procesales reconozcan la capacidad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, y que la revisión judicial del arbitraje, en sus puntos esenciales, se haga sólo cuando se decide sobre la ejecución del laudo.

Otro aspecto práctico importante que depende de la ley procesal del lugar o "lex arbitri", es la aplicación de medidas precautorias. Como el árbitro no tiene potestad para dictarlas, requiere siempre del auxilio judicial en esta materia.

Es costumbre, aunque no regla invariable, que las partes que celebran una "cláusula arbitral" designen como país sede del arbitraje uno distinto del de cada una de ellas, lo cual suele ser lo más equitativo. Resulta así que, en la mayoría de los casos, el laudo ha de ejecutarse en un país distinto de aquél donde fue emitido; o, en otras palabras, que una buena parte de los laudos pronunciados en arbitrajes internacionales son extranjeros para el país donde han de ejecutarse. Por eso es necesario tomar en consideración no sólo la ley procesal del país donde se desarrolla el arbitraje, sino también la del país donde

se ejecutará el laudo, y en especial si han ratificado o no los tratados internacionales sobre ejecución de laudos y sentencias extranjeros.¹³

El principal de estos tratados, la Convención de Nueva York de 1958, tiende a facilitar la ejecución de los laudos arbitrales sin menoscabar la independencia judicial. Dispone que el juez niegue la ejecución del laudo, sólo cuando concurre alguna de estas causas: incapacidad de una de las partes, invalidez del acuerdo arbitral, falta de notificación adecuada al demandado, extralimitación del árbitro en sus facultades decisorias, invalidez de la constitución del tribunal arbitral, o porque el laudo aún no sea, según la ley del país, definitivo (hay otras causas; v. Art. V de la Convención).

En síntesis, las normas que han de tenerse en cuenta como reguladoras de la materia y del proceso de arbitraje son: el convenio y la ley que lo rige, la ley procesal del lugar de arbitraje y las reglas procesales que se apliquen si el arbitraje es institucional o las que hayan convenido las partes si el arbitraje es *ad hoc*; y finalmente la ley procesal del país —incluidos los tratados internacionales ratificados— donde se ejecute el laudo.

IV. DESARROLLO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El desarrollo de este tipo de arbitraje en la era moderna puede establecerse a partir de la firma del Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a cláusulas de arbitraje, que fue promovido por la Cámara de Comercio Internacional, con el objeto de dar validez a los convenios para referir al arbitraje controversias futuras, es decir a la llamada cláusula arbitral. Seis años después (1929), se firmó la Convención de Ginebra para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1927. Esta última, sin embargo, tuvo efectos limitados, porque se aplicaba únicamente respecto de laudos que fueran dictados en alguno de los estados contratantes, y que fueran resultado de un litigio entre partes que fueran ambas nacionales de estados contratantes.¹⁴

¹³ Sobre los efectos que ha tenido en México la ratificación de la Convención de Nueva York en la ejecución de laudos extranjeros, ver Siqueiros, J. L., "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Mexicana", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXVII, 107-108, julio-diciembre 1977, pp. 813 y ss.; ahí se citan ya resoluciones judiciales que ordenan la ejecución de laudos extranjeros aplicando las disposiciones de la Convención; y ver *infra*, apartado 6.

¹⁴ Los textos del Protocolo y la Convención de Ginebra, en español, pueden consultarse en: Briseño Sierra, H., *El Arbitraje Comercial*, pp. 113 y ss. Una descripción sucinta de su contenido, en Redfern-Hunter, pp. 44 y 45 y 341-343.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y a iniciativa de la misma Cámara Internacional de Comercio, se sometió a discusión en la ONU una nueva convención sobre ejecución de laudos extranjeros. Después de cinco años de estudio se aprobó en Nueva York, en 1958, la "Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras", que representa el adelanto actual más importante en materia de arbitraje comercial internacional.¹⁵ Esta convención deroga el Protocolo y la Convención de Ginebra respecto de Estados que la ratificaron y habían antes ratificado los documentos de Ginebra.

Para julio de este año, la Convención ya había sido ratificada por 73 países, entre los que figuraban 9 latinoamericanos: Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Panamá y Uruguay.¹⁶

La Convención de Nueva York reconoce la validez de la cláusula arbitral, con mucha mayor liberalidad que el protocolo de Ginebra. Sólo exige (a.2) que el acuerdo sea "escrito", lo cual, aclara, se cumple cuando el acuerdo es parte de un contrato firmado o cuando está contenido en un canje de cartas o telegramas.

Respecto de la ejecución de laudos extranjeros, la Convención de Nueva York establece que puede ejecutarse los laudos pronunciados en cualquier Estado, y no exclusivamente, como la de Ginebra, los pronunciados en estados contratantes. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que los estados contratantes se reserven el derecho de no ejecutar más que los laudos de estados contratantes. En el régimen de la Convención de Ginebra se dejaba a la parte actora la carga de probar la validez del laudo cuya ejecución invocaba; la Convención de Nueva York en cambio, presume que el laudo es válido, y deja la carga de la prueba sobre su invalidez al demandado que se opone a la ejecución.

En diciembre de 1966 con el objeto de armonizar y unificar el derecho sobre comercio internacional, la Asamblea de las Naciones Unidas estableció la "Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (cuyas siglas en Español son CNUMDI y en Inglés UNCITRAL, que corresponden a la denominación "United Nations Commission of International Trade Law". En lo sucesivo, por

¹⁵ El texto en español de la Convención de Nueva York puede consultarse en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, p. 133, y en *El Arbitraje Comercial Internacional*, cit. p. 539. Una explicación sumaria de su contenido en Redfern-Hunter *op. cit.* pp. 100-103; 343-349; 411-415.

¹⁶ Ita (The Institute for transnational arbitration), "Scoreboard of adherence to transnational arbitration treaties as of July 1, 1987".

ser la más común, se denominará UNCITRAL). En los trabajos de la Comisión el Arbitraje Comercial Internacional ha sido un asunto importante. Para promover el arbitraje, teniendo en cuenta el contenido y la aceptación de la Convención de Nueva York, aprobó en 1966 un cuerpo de reglas o reglamento sobre arbitraje comercial.¹⁷ Estas reglas de UNCITRAL proporcionan un régimen jurídico para que el arbitraje comercial resulte compatible con los requisitos establecidos en la citada convención para que el laudo sea ejecutable, y no debe confundirse con la "Ley Modelo", también de UNCITRAL (v. *infra*, en este mismo apartado).

Cuando se aprobaron estas reglas, muchos organismos de arbitraje internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, o la Asociación Americana de Arbitraje, ya tenían sus propias reglas;¹⁸ sin embargo, las reglas de UNCITRAL constituyen un valioso auxiliar cuando se convienen arbitrajes *ad hoc*, y han ejercido una gran influencia en los nuevos organismos arbitrales (no confundirlas, repetimos, con la Ley Modelo de UNCITRAL, v. *infra*, en este mismo apartado). En América Latina son especialmente importantes, porque la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) las ha adoptado como suyas.¹⁹

Con la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos extranjeros, y la formulación de las reglas de UNCITRAL, se han dado pasos importantes para conseguir un sistema jurídico internacional sobre el arbitraje comercial. Pero falta uno, quizá el más difícil de conseguir. El arbitraje se rige, en definitiva, salvo por los aspectos generales

¹⁷ Es el Reglamento de Arbitraje Comercial, de UNCITRAL, también conocido como "Reglamento Facultativo". El texto inglés del Reglamento de UNCITRAL puede verse en Redfern-Hunter, *op. cit.* pp. 416 y ss., quien las explica en pp. 363 y ss. Estas reglas fueron luego complementadas por las "Guidelines for Administering Arbitration under the Uncitral Arbitration Rules" (1982). Una explicación de su contenido en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 94 y ss.

¹⁸ Ver, versión española de las reglas de la CCI en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 183 y ss., y en *El Arbitraje Comercial Internacional*, pp. 559 y ss. Derains, I., "Las características del Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y sus Reglas", en *El Arbitraje Comercial Internacional*, cit., pp. 251 y ss., da una explicación de su contenido.

¹⁹ La CIAC adoptó nuevas reglas de arbitraje, fundadas en las de UNCITRAL, el 1o. de enero de 1978. El Reglamento de Procedimiento de la CIAC se reproduce en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 203 y ss. Las reglas de UNCITRAL fueron íntegramente adoptadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, establecido en 1981, para solucionar los conflictos comerciales entre las dos naciones, principalmente los derivados de la congelación de depósitos bancarios iraníes en Estados Unidos, ordenada por decisión judicial.

o básicos previstos por las partes en arbitrajes *ad hoc* o por las reglas de un organismo determinado en los institucionales, por la ley procesal del país sede del arbitraje. Como las leyes procesales son diferentes en cada país, resulta que el arbitraje comercial internacional, no obstante los tratados, viene a tener un tratamiento diferente en cada país.

Quizá no sea del todo conveniente eliminar todas las diferencias y procurar una ley uniforme sobre arbitraje en todos los países. Pero hay ciertos puntos especialmente importantes en los cuales sí conviene una identidad de criterios. Uno es el relativo a si el árbitro tiene facultades para decidir sobre su propia competencia y la validez de la cláusula arbitral. Ya antes²⁰ se mencionó la importancia práctica que tiene conceder esta facultad al árbitro para que el proceso sea expedito. Otro es el relativo a la aplicación de medidas precautorias.

Con el objeto de procurar esa unidad esencial de las leyes nacionales sobre la materia, la UNCITRAL publicó en 1985 una Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional.²¹ Como se sabe, no se trata de una "ley" en sentido estricto, puesto que no tiene sanción jurídica, sino de un texto que se recomienda para que los distintos estados miembros de la ONU reformen sus derechos internos, especialmente sus leyes procesales en el sentido sugerido por la ley modelo.

Como consecuencia de los esfuerzos realizados por las Naciones Unidas en favor del arbitraje comercial internacional, se hicieron trabajos similares en Europa y América. En 1961 se firmó en Ginebra la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, que deja intactos los preceptos de la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos extranjeros, pero añade precisiones importantes sobre la materia, entre las que destaca el reconocimiento expreso de que un Estado nacional o entidad pública pueden ser parte en un arbitraje comercial. La Convención, en 1971, ya había sido ratificada por Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, República Federal de Alemania, República Socialista de Bielorrusia, República Socialista de Ucrania, Rumania, URSS, Yugoslavia; también la habían ratificado países no europeos como Alto Volta y Cuba.²²

²⁰ Ver *supra*, apartado 3.

²¹ Ver, texto inglés de la Ley Modelo de UNCITRAL en Redfern-Hunter, *op. cit.*, pp. 435 y ss., quienes la explican en pp. 387 y ss., y en español en el folleto CNUDMI, publicado por UNCITRAL en 1987.

²² Ver, texto español de la Convención Europea en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 140 y ss.

Cinco años después, el Consejo de Europa aprobó (1966) la Convención de Estrasburgo, por la que definió un proyecto de ley uniforme en materia de arbitraje. Desafortunadamente, la convención no ha sido firmada más que por Austria y Bélgica, y sólo en ese último país ha producido una reforma legislativa.²³

Por otra parte, con el objeto de resolver las controversias que surgieran entre inversionistas privados y los Estados nacionales que recibieran las inversiones, se firmó en Washington (1965) la "Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados". Por ella se estableció el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("International Centre for the Settlement of Investment Disputes", ICSID), que tiene su sede en la oficina principal del Banco Mundial en Washington, y que funciona como institución arbitral. De acuerdo a esta convención, el procedimiento arbitral de ICSID se gobierna exclusivamente por las reglas definidas en la propia convención, de modo que se elimina toda interferencia de cualquier derecho nacional. Se trata de un arbitraje, por consiguiente, "deslocalizado" o "desnacionalizado".²⁴ La convención establece que el laudo de este organismo lo reconocen los países contratantes como una decisión definitiva de su propio tribunal superior, por lo que renuncian a cualquier recurso de impugnación o apelación, excepto los que prevé la misma convención.

Los países que habían ratificado la Convención de Washington, hasta el 1o. de julio de 1987, sumaban 92, entre ellos 8 latinoamericanos: Barbados, Ecuador, El Salvador, Guyana, Guyana Francesa, Jamaica, Paraguay, Trinidad y Tobago.²⁵

En el mundo socialista se firmó una convención especial sobre arbitraje, la de Moscú, de 1972. Esta "Convención para el arreglo por medio de arbitraje de controversias de derecho privado resultantes de la cooperación económica, científica y tecnológica" se aplica únicamente a los países socialistas que forman parte del Consejo de Asistencia Económica Mutua. Se prevé que los laudos emitidos sean definitivos, e igualmente ejecutables, como si los hubiera dictado el tribunal superior del país.²⁶

²³ Texto español de la Convención de Estrasburgo en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 150 y ss.

²⁴ Sobre el concepto de "desnacionalización o deslocalización" del arbitraje, ver, Redfern-Hunter, *op. cit.*, p. 55-61.

²⁵ ITA, "Scoreboard", *cit.*

²⁶ Texto español de la Convención de Moscú en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 168 y ss.

V. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA

Nuestra América tiene una tradición favorable al arbitraje la que, desafortunadamente, no ha dado todavía los frutos que son de esperar. Podría hablarse de dos etapas en el desarrollo de esta tradición. La primera arranca de finales del siglo pasado, y se caracteriza por la búsqueda de un derecho arbitral común a los países latinoamericanos. La segunda comienza con la ratificación de la Convención de Nueva York por varios países latinoamericanos, con lo cual se procura ya no sólo el desarrollo del arbitraje latinoamericano, cuadrarlo en el contexto y avance del arbitraje comercial mundial.

La búsqueda de una especie de derecho común latinoamericano en materia de arbitraje se inicia formalmente con la firma de un tratado sobre unificación de los estados suramericanos respecto del derecho procesal, el 11 de enero de 1889 en Montevideo. El tratado tenía un propósito muy amplio; que era la formación de todo un derecho procesal común. Pero además, contenía un título (el III) sobre ejecución de sentencias y laudos arbitrales. El tratado fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Con un objetivo complementario se elaboró un segundo tratado sobre derecho procesal internacional, que fue firmado también en Montevideo, el año de 1940, y que fue ratificado sólo por Argentina, Paraguay y Uruguay. En cuanto a la ejecución de laudos arbitrales, el segundo tratado reproduce las disposiciones del primero.

Otro grupo de países latinoamericanos firmó, el año de 1911, en Caracas, la Convención de Bolivia sobre la ejecución de laudos extranjeros, que repetía las disposiciones respectivas del tratado de Montevideo. Fue ratificado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Un gran esfuerzo hacia la unificación del derecho latinoamericano fue la aprobación del Código de Derecho Internacional Privado, en La Habana, el año de 1928, que suele conocerse también como Código Bustamante, en homenaje al gran jurista cubano Antonio de Bustamante, que fue su principal promotor. Lo ratificaron quince países latinoamericanos (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela), algunos con severas reservas. Lo firmaron, pero no la ratificaron: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay.

Todos estos tratados estaban orientados al ámbito exclusivo de los países latinoamericanos. Sus disposiciones sólo eran aplicables respecto de los estados contratantes, que lo fueron sólo de esta región. La comunidad de lengua, de tradición jurídica, de cultura, así como la vecindad geográfica permitían iniciar un proceso de unificación circunscrito a la región.

Pero el desarrollo del comercio internacional haría que pronto los países latinoamericanos vieran la conveniencia de abrirse al arbitraje comercial mundial. La primera convención propiamente internacional de este tipo, el Protocolo de Ginebra de 1923, llegó cuando los países latinoamericanos todavía promovían su propia unificación. Por eso, sólo Brasil fue el único de estos países que ratificó el instrumento de Ginebra.

La ratificación de la Convención de Nueva York por nueve países xico. Pero paulatinamente se fueron dando nuevas ratificaciones.²⁷ mundial. Hasta 1973 la Convención sólo había sido ratificada, entre los países latinoamericanos, por Trinidad y Tobago, Ecuador y Mé-latinamericanos marca la apertura de la región al arbitraje comercial

Esta apertura hacia el exterior coincidió con una nueva revitalización del arbitraje comercial en la región. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), que había sido fundada en 1933, y que tuvo una vida lánguida sus primeros treinta años, se vigoriza al celebrarse en Buenos Aires, en 1969, la Primera Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, y en México, en 1969, la Segunda, en la que se aprueban nuevos estatutos para la CIAC. Por otra parte, el Comité Interamericano de Juristas había elaborado desde 1956 un proyecto de ley uniforme en materia de arbitraje, que fue aprobado por el propio Comité en sesión celebrada ese año en México. Posteriormente, el mismo Comité, sin necesariamente reemplazar el proyecto de ley uniforme, formuló en 1967 un proyecto para una nueva Convención Interamericana de Arbitraje Comercial. El proyecto fue remitido, para su discusión, a los estados miembros de la OEA.²⁸ Después de varias enmiendas y siendo ponente el Comité, el proyecto de Con-

²⁷ Trinidad y Tobago la ratificó el 14 de febrero de 1966; Ecuador el 3 de enero de 1962; México el 14 de abril de 1971; Cuba el 30 de diciembre de 1974; Chile el 4 de septiembre de 1979; Colombia el 25 de septiembre de 1979; Haití el 5 de diciembre de 1982; Uruguay el 30 de marzo de 1983 y Barbados posteriormente. Ver, Garro, A., "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", en *Journal of International Arbitration* I, 4, p. 301.

²⁸ Una exposición sintética del proceso de formación y discusión del proyecto en Siqueiros, "Panorama del Arbitraje Comercial Internacional", *cit.*, pp. 37 y ss.

ención fue aprobado en la I Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP), celebrada en Panamá, en 1975.²⁹

La Convención de Panamá sigue de cerca a la de Nueva York. Reconoce, en términos semejantes, la validez de la cláusula arbitral por la que se someten al arbitraje litigios futuros, y contiene las mismas disposiciones respecto a la ejecución de laudos extranjeros. Tiene la laguna, en contraste con la Convención de Nueva York, de no prever nada sobre el control que los tribunales comunes pueden ejercer sobre los árbitros; específicamente, no dispone que el juez común deniegue la acción a una parte que, habiendo convenido una cláusula arbitral no acepte ir al arbitraje, ni tampoco define si el árbitro tiene competencia para decidir definitivamente sobre su propia competencia o si, por el contrario, es el juez común quien tiene que decidir esto.

Para el 1o. de julio de 1987, la Convención había sido ratificada por Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.³⁰

La convención establece —y esto es muy importante— que cuando las partes no designen reglas de arbitraje se aplicarán las reglas propias de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). El primero de enero de 1978 esta comisión decidió adoptar como suyas las reglas de arbitraje formuladas por la UNCITRAL (o sea, el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL).

Durante la II Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), los gobiernos de los estados miembros de la OEA firmaron en Montevideo, en 1979, la Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros. Se aplica a sentencias y laudos sobre materias civil, laboral y mercantil; en esta última materia se cubre los aspectos no comprendidos en la Convención de Panamá. La Convención ha sido ratificada por Colombia, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela.³¹

En síntesis, la situación latinoamericana respecto del arbitraje comercial internacional es actualmente la siguiente. Siete países han ratificado ambas convenciones, la de 1975 y la de 1979: Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, México, Panamá y Uruguay. Los que ratifi-

²⁹ Texto español de la Convención de Panamá en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, pp. 199 y ss.

³⁰ ITA, "Scoreboard", *cit.*

³¹ Texto de la convención en 18 *International Legal Materials*, 1244 (1979). Noticia de las ratificaciones en Siqueiros, J. L., *Arbitration in Latin American Countries, Perspective from Mexico*, *cit.* p. 11.

caron la Convención de Montevideo de 1979 habían ratificado la Convención de Nueva York, o la de Panamá, excepto Perú. Hay ocho países que no han ratificado ninguna de estas dos convenciones: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Jamaica, Nicaragua, Perú y República Dominicana, por lo que en ellos siguen vigentes las antiguas convenciones: en Argentina, el segundo Tratado de Montevideo (1940); en Bolivia y Perú, la Convención de Bolivia de 1911; en Bolivia, Brasil, Nicaragua, Perú y República Dominicana, el Código de Bustamante. En Perú también rige la Convención de Montevideo de 1979, y en Brasil el Protocolo de Ginebra de 1923.

La región cuenta con una institución de arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (CIAC), que se rige por reglas modernas de arbitraje, elaboradas con fundamento en el Reglamento o Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, y que tiene secciones nacionales en la mayor parte de los países latinoamericanos.

Puede afirmarse que Latinoamérica dispone ya, en términos generales, de la infraestructura necesaria para desarrollar el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, faltan todavía pasos importantes que dar en ese sentido y, sobre todo, generalizar la práctica del arbitraje.

Los principales obstáculos a vencer que son, por decirlo así, de orden estructural, serían: a) la falta de ratificación, por algunos países, de la Convención de Nueva York y la de Panamá, y b) la falta, en la generalidad de los países de la región, de una legislación interna adecuada en materia de arbitraje. Sobre este punto basan sus críticas los estudios extranjeros que hablan de una actitud negativa de los países latinoamericanos hacia el arbitraje comercial internacional.³²

Esta deficiencia se hace más grave por el hecho de que la Convención de Panamá, como ya se dijo, no elimina los obstáculos que significa para el arbitraje el ser controlado, en su aplicación, por los tribunales comunes. La posibilidad de que se viole el convenio arbitral por una parte que evita o se rehúse a acudir al árbitro recurriendo a los tribunales comunes, sin que éstos estén obligados a denegar la acción por litispendencia; la posibilidad de que el desarrollo del arbitraje se vea obstaculizado por un juez que tiene facultades para resolver, como asunto de previo y especial pronunciamiento, acerca de la competencia del árbitro; y la dificultad que encuentran los árbitros para contar con la colaboración de los jueces en materia de medidas precautorias; son al-

³² Por ejemplo, Nattier, F., *op. cit.*, p. 397 y ss.; Garro, A., *op. cit.*, p. 304 y ss.

gunos de los graves inconvenientes que resultan de la falta de una legislación nacional adecuada a las necesidades del arbitraje moderno.

Se ha dado un paso importante para resolver esta dificultad, que es la aprobación de la ley modelo de UNCITRAL. Pero todavía las legislaturas nacionales no han recogido la recomendación, y las leyes procesales latinoamericanas, en general, permanecen sin cambios.

Hay que notar que estas deficiencias estructurales van en perjuicio de los propios nacionales. Si pertenecen a un país que no ha ratificado la Convención de Nueva York pierden la oportunidad de resolver sus controversias en materia comercial internacional por medio del arbitraje, y al mismo tiempo pierden la posibilidad de esgrimir como argumento en sus negociaciones la facilidad del arbitraje en su país. Es más, si son nacionales de un país que ha ratificado la Convención de Nueva York, pero que no tiene una legislación interna adecuada, difícilmente podrán proponer en sus convenios arbitrales a su propio país como lugar sede del arbitraje, y tendrán siempre que acudir al arbitraje en países con una legislación procesal más moderna para fines arbitrales.

Otro obstáculo que impide en la práctica el uso del arbitraje comercial internacional es el desconocimiento de las posibilidades y aun del régimen jurídico interno sobre arbitraje de un país determinado. De esto se desprende cierta desconfianza, entre los mismos juristas y abogados, así como entre los empresarios, hacia el arbitraje como un medio adecuado para la solución de controversias.

Lo que es evidente es que el desarrollo económico y comercial que van alcanzando los países de la región, no obstante los problemas que atraviesan, hace cada vez más necesaria su apertura amplia, de acuerdo con su evolución económica, a las corrientes comerciales y financieras internacionales.

El cambio económico tiene que ir acompañado de una evolución jurídica que permita mantener las relaciones de intercambio de bienes y servicios en un plano de justicia expedita, que facilite las transacciones y promueva el entendimiento entre los nacionales de distintos países. Es tarea de los juristas latinoamericanos procurar que esto sea posible, promoviendo esa jurisdicción mercantil moderna que es el arbitraje comercial internacional. Hoy, como siempre, la misión del jurista se encaminará a la lucha por la justicia posible.

VI. LA EXPERIENCIA MEXICANA

En México el arbitraje comercial interno o doméstico no ha tenido un desarrollo verdaderamente importante, no obstante que el Código de Comercio lo prevé en su artículo 1052 y ss., así como los códigos procesales del Distrito Federal y de los Estados de la República, aunque con algunas deficiencias importantes.³³

Recientemente, tal vez por la considerable difusión que está alcanzando el arbitraje comercial internacional, se ha venido observando un mayor interés por el arbitraje comercial privado a nivel nacional, no obstante las dificultades que presenta la deficiente legislación interna. Este interés ha alcanzado a empresarios e inclusive a organismos del gobierno mexicano; y hemos tenido ocasión reciente de resolver consultas sobre la estructuración de arbitrajes estrictamente domésticos, y de participar en éstos como abogado de alguna de las partes.

Con el objeto de fomentar su práctica, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México ("CANACO") integró una Comisión Permanente de Arbitraje, pero ha conocido "de bien pocos asuntos" aunque su futuro puede ser muy importante.³⁴ En efecto, es en la CANACO en donde vemos las mayores oportunidades para el desarrollo institucional del arbitraje privado en México, tanto doméstico como internacional, pero debe realizar una labor de orientación y difusión mucho mayor de la que viene haciendo hasta ahora. Al efecto, podría tomar ejemplo de lo que hace la Cámara de Comercio de Bogotá.

Con poco éxito se fundó, también en la Ciudad de México en 1985 un organismo que tiene por objeto prestar servicios de consulta sobre arbitraje y de administración de arbitrajes privados, tanto nacionales como internacionales, aunque no posee un reglamento, y esto quizá sea su mayor debilidad. Se trata del Centro Mexicano de Arbitraje Comercial (CEMAC) que fue constituido bajo los auspicios de varios

³³ Como el Código de Comercio no reglamente el procedimiento, éste se regula por la ley procesal aplicable. Una exposición sintética, pero completa, de la evolución del arbitraje mercantil en México, puede verse en Siqueiros, J. L., "El Arbitraje Comercial en México", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XV, 59, jul.-sept. 1965. Para este fin es también muy útil, Briseño Sierra, *El Arbitraje en el Derecho Privado*, México, 1963, cuyo capítulo tercero da una noticia histórica del arbitraje en México, y reproduce las disposiciones procesales aplicables en cada uno de los estados de la Federación.

³⁴ Siqueiros, J. L., *Ibid.*, p. 719. Las reglas de arbitraje de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio se pueden leer en Briseño Sierra, *El Arbitraje Comercial*, p. 264.

organismos empresariales de gran prestigio, pero que sencillamente no ha funcionado. Como centro de arbitraje sus instalaciones son poco atractivas y como institución administradora carece de "reglas" a las que puedan referirse las partes en una cláusula arbitral o en un compromiso.

Existe en México desde hace más de diez años una institución de derecho público pero que administra arbitrajes privados en materia comercial internacional. A saber, la Comisión para la Protección del Comercio Exterior (COMPROMEX) que dependió del Instituto Mexicano de Comercio Exterior, hasta que se extinguió éste en 1985 y, desde entonces, del Banco Nacional de Comercio Exterior. Conforme a sus reglas, esta Comisión interviene en casos de arbitraje voluntario derivados de controversias de comercio exterior entre particulares en las que cualquiera de las partes (importador, exportador) esté domiciliada en México, y ésta es una de sus limitaciones principales. Su personal realiza las funciones arbitrales que en otras instituciones se lleva a cabo por árbitros independientes (y ésta es otra limitación, además de una posible actitud protectora no sólo del comercio exterior, sino del comerciante mexicano, lo cual podría restarle imparcialidad). No tenemos estadísticas de los casos que ha atendido desde su fundación, pero tenemos entendido que su actividad decayó desde hace dos o tres años, aunque al parecer hay un intento para reactivarla.

En cuanto al arbitraje comercial internacional, México ha realizado una franca apertura, sobre todo desde que ratificó la Convención de Nueva York en 1971. Ya antes se habían dado los primeros pasos. A raíz de la fundación de la Comisión Interamericana de Arbitraje en 1933, la cual fue decidida por la VII Conferencia de la OEA celebrada en Montevideo, se constituyó en México un Comité o Sección nacional de dicha Comisión. Treinta y cinco años después, en 1968, se realizó en México la II Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, por la que se aprobaron nuevos estatutos y se fortaleció el interés en México por el arbitraje comercial internacional. Tres años después este país ratificaría la Convención de Nueva York.

A partir de entonces, México ha sido un promotor decidido del arbitraje comercial internacional. Participa en la elaboración y discusión de las convenciones de Panamá en 1975 y de Montevideo en 1979 y ratifica ambas. Un mexicano, ex presidente de la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio, estuvo a cargo de la Presidencia del Comité Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

La Sección Nacional de la CIAC se integró en 1968 con un grupo de juristas y comerciantes representantes de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y de la Barra Mexicana de Abogados, entre los que tuvimos el honor de figurar. Con objeto de difundir entre empresarios y juristas las ventajas y las técnicas del arbitraje comercial se fundó, mediante un convenio de la Sección Mexicana de la CIAC y el Instituto Mexicano de Comercio Exterior (IMCE: dependiente del gobierno mexicano), la Academia de Arbitraje Comercial Internacional (ADACI), que ha organizado nueve Seminarios anuales y diversos cursos y editado publicaciones, sobre la materia; aunque virtualmente dejó de actuar al extinguirse el IMCE. Asimismo, hace dos años se constituyó el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, con una vigorosa Comisión de Arbitraje, y se ha incrementado la participación de juristas mexicanos en destacados puestos de la CCI, que es la principal institución de arbitraje privado en el mundo.

Como resultado de esto último, un grupo de abogados mexicanos hemos tenido la oportunidad de intervenir como árbitros en arbitrajes de la CCI cuando le corresponde a ésta la designación correspondiente, lo cual sólo es, en principio, posible si previamente existe una lista de posibles árbitros registrados en el Capítulo local respectivo, en este caso el Mexicano, y éste hace la proposición de una terna en el caso concreto. También, se ha elaborado una lista en la Sección Mexicana de la CIAC y, nuevamente, abogados mexicanos que estamos interviniendo como árbitros en arbitrajes bajo las Reglas de esta última, hemos recibido todos los apoyos administrativos requeridos. Cabe mencionar que en la actualidad, por decisión de la CIAC, su Sección Mexicana está compuesta por la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), la cual ha organizado un Departamento de Arbitraje para atender controversias arbitrales de la CIAC y también arbitrajes *ad hoc*.

Al interés de los juristas y organismos gubernamentales y privados relacionados con el comercio exterior, ha correspondido el de los jueces mexicanos, haciendo una prudente aplicación de las disposiciones de la Convención de Nueva York. El primer caso que llegó a los tribunales mexicanos sobre ejecución de un laudo extranjero, ya estando vigente dicha Convención, se daba entre una empresa editorial francesa y una mexicana. La primera pedía la ejecución de un laudo pronunciado bajo las reglas de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. La demandada mexicana se oponía arguyendo

que no se le había citado personalmente al juicio arbitral, como lo exige el artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El juez resolvió conceder la ejecución del laudo, considerando que por la cláusula arbitral inserta en el contrato, las partes habían definido como aplicables al arbitraje las reglas de la Cámara de Comercio Internacional —que no exigen la notificación personal— y habían renunciado a la legislación mexicana.³⁵

Otro caso semejante ocurrió entre una empresa norteamericana y una mexicana en el que, por medio de una cláusula arbitral, se habían sometido al arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). La empresa norteamericana pedía la ejecución del laudo dictado en el extranjero contra la mexicana. La demandada se oponía con el mismo argumento que en el caso anterior, el de no haber sido notificada personalmente. El juez de primera instancia denegó la ejecución del laudo, aceptando el argumento de la demandada. El juez de apelación, sin embargo, decidió revocar la sentencia del juez *a quo*, y conceder la ejecución del laudo. Su fundamento fue que la parte mexicana, al celebrar la cláusula arbitral por la que remitió la decisión de las controversias a la Asociación Americana de Arbitraje, renunció expresamente a la legislación procesal mexicana.³⁶

Finalmente, en un caso más reciente, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal resolvió sobre la validez de un pacto arbitral internacional establecido en un contrato, revocando la sentencia de un juez de primera instancia del ramo civil. El litigio involucraba a una empresa mexicana y una japonesa que habían celebrado un contrato para la venta por esta última de ciertos bienes a la primera, en el que se incluyó una cláusula arbitral para someter cualquier diferencia al arbitraje de una instancia arbitral japonesa. Al surgir un conflicto la empresa mexicana decidió promover una demanda en la ciudad de México demandando la rescisión del contrato y sus consecuencias jurídicas. Se involucró también a una subsidiaria mexicana de la sociedad japonesa, con implicaciones que no viene al caso mencionar. Lo importante es que la empresa extranjera promovió la excepción de incom-

³⁵ *Press Office vs. Centro Editorial Hoy, S.A.* Resolución dictada por el Juez XVIII Civil, en la ciudad de México, el 24 de febrero de 1977. El juez de apelación ratificó la decisión. Ver, *Anales de Jurisprudencia* 168, 45, jul.-sept. 1978, p. 241.

³⁶ *Malden Mills, Inc. vs. Hilaturas Lourdes, S. A.* Sentencia en 1a. instancia dictada por el Juez XVIII Civil, en la ciudad de México, el 20 de enero de 1977. En apelación resolvió la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 1o. de agosto de 1977.

petencia del juez mexicano con base en la cláusula arbitral, alegando la necesidad de reconocerle validez y efectos de acuerdo con la Convención de Nueva York. La empresa mexicana alegaba, principalmente, que para que pudiera prosperar la excepción de incompetencia de la demandada, debía haberse ya promovido el juicio arbitral. El juez de primera instancia falló en contra de la demandada japonesa, pero el tribunal de alzada revocó la sentencia sosteniendo la incompetencia del juez mexicano con apoyo en la Convención de Nueva York.^{36a}

México se ha ido así convirtiendo en un lugar propicio en muchos sentidos, dos de ellos en particular, para el arbitraje comercial internacional. Es propicio, en primer lugar, en cuanto que quienes contraten con mexicanos en el ámbito del comercio internacional saben que pueden celebrar con ellos cláusulas arbitrales, cuyos efectos serán respetados por los jueces mexicanos.³⁷

Y es propicio, en segundo término, como lugar sede para arbitrajes internacionales en que no intervengan partes mexicanas. La posición geográfica de México, cercana a los Estados Unidos y con costas en el Atlántico y el Pacífico, al igual que la de los países Centroamericanos, le da una ventaja adicional para ese propósito. De hecho, el número de arbitrajes internacionales que se han celebrado en México, aunque todavía no es considerable, se ha incrementado en forma importante en los últimos cinco años.

Un paso más en favor del arbitraje comercial internacional está por realizarse actualmente en México. Se ha preparado un proyecto de reformas al Código de Comercio a fin de reglamentar el procedimiento arbitral mercantil, nacional e internacional, con disposiciones modernas siguiendo en parte la Ley Modelo de UNCITRAL, que incluyen el reconocimiento de la cláusula arbitral, de la posibilidad de convenir sobre la forma de designar los árbitros, el lugar de arbitraje, el idioma, y las leyes aplicables al fondo y al procedimiento. Es posible que el proyecto se discuta en el Congreso en fecha próxima.³⁸

^{36a} Se conoce como el caso *Mitsui*, fallado en 1986. Reseñado por Rendón Graviell, J. R., en *Boletín Jurídico de la Comisión de Análisis Legislativo del CCE*, No. 14, Feb. 1987, p. 4, México, D. F.

³⁷ Ver, Siqueiros, J. L., "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Mexicana", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXVII, 107-108, julio-diciembre de 1977, México.

³⁸ El proyecto fue preparado y discutido en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con la participación de diversos juristas, entre ellos José Luis Siqueiros, H. Briseño Sierra, Jorge Barrera Graf, Miguel I. Estrada Sámano, Fernando Vázquez Pando, Claus von Wobeser y otros.

CONCLUSIONES

Para terminar esta exposición, presentamos aquí una serie de recomendaciones prácticas que podrían coadyuvar al desarrollo del arbitraje comercial internacional en América Latina.

1. Procurar en todos los países de la región la ratificación de las convenciones de Nueva York y Panamá.

2. Fortalecer el desarrollo de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, dando una vida más activa a todas sus secciones nacionales en los diferentes países.

3. Promover la reforma de las legislaciones procesales internas a fin de adaptarlas a las necesidades del arbitraje comercial moderno, siguiendo los lineamientos de la ley modelo aprobada por la UNICITRAL.

4. Difundir entre los estudiantes, abogados, jueces y juristas los conceptos y procedimientos del arbitraje comercial internacional. Igualmente, difundir sus ventajas entre los empresarios, así como con los directivos de entidades públicas que realizan actividades comerciales internacionales.

5. Generalizar la inclusión en todos los contratos mercantiles internacionales de la cláusula arbitral, con una redacción que se ajuste a las reglas de la CIAC —que son las de UNICITRAL— o a las de la Cámara de Comercio Internacional.³⁹

³⁹ El texto para la cláusula arbitral que recomienda la CIAC es el siguiente:

“Cualquier litigio, controversia o reclamación proveniente de o relacionado con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio”.

Las partes podrán añadir precisiones respecto de número de árbitros, sede del arbitraje, idiomas, derecho aplicable y otras. La CCI, en la parte introductoria de su Reglamento, propone este otro modelo de cláusula arbitral:

“Todas las desaveniencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

Sin embargo, considero que es conveniente agregar disposiciones sobre la sede y el idioma del arbitraje, la determinación de si será un árbitro o varios, y la del derecho aplicable al fondo del litigio. En este sentido, Treviño, J. C., “La cláusula de arbitraje conforme a las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio” (conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho, México, el 11 de noviembre de 1986).

6. Fortalecer las relaciones con la Cámara de Comercio Internacional, y constituir capítulos nacionales de la misma en cada uno de los países de la región, de modo que puedan ser escogidos como sedes de arbitrajes CCI, y sus abogados u otros profesionales como árbitros en dichos arbitrajes.

7. La experiencia mexicana favorable al arbitraje comercial internacional puede ser aprovechada por otros países de la región.

Haciendo esto, los juristas latinoamericanos daremos una respuesta adecuada, en términos de la justicia posible, a las exigencias concretas que plantea el desarrollo económico y cultural de nuestros propios países, y para que podamos desterrar, de una vez por todas, la idea que prevalece en muchas partes del mundo, de que Latinoamérica es una región indiferente, y aun hostil, al arbitraje comercial internacional.

LA LEGISLACIÓN PESQUERA Y DEL MAR EN MÉXICO Y EN EL MUNDO

Eugenio URSÚA-COCKE

SUMARIO: I. *La Ley Federal del Mar*. 1. *Naturaleza y extensión*. 2. *Principales disposiciones*. 3. *Delimitación de las zonas marinas*. 4. *Abastecimientos*. II. *La Ley de Pesca*. 1. *Definición e importancia de la pesca en México*. 2. *Principales disposiciones*. 3. *Acceso, excedentes y acuerdos de explotación*. III. *El Programa Nacional de Pesca*. 1. *Naturaleza y extensión*. 2. *Objetivos*. 3. *Problemas y perspectivas*. IV. *Las bahías históricas y el caso libio*. V. *Minado de puertos en tiempo de paz y el caso nicaragüense*. VI. *Responsabilidad por contaminación transfronteriza*.

INTRODUCCIÓN

Más de tres cuartas partes de la superficie de nuestro planeta, es decir, cerca de trescientos millones de kilómetros cuadrados, están cubiertos por mar. La vida empezó en esas aguas, las que han seguido siendo un factor decisivo en el intercambio de riqueza y en el progreso de la humanidad. No todos los rincones del mar son conocidos todavía por el hombre, pero ya es claro que con sólo el mar podrían resolverse algunos de los problemas cruciales de la humanidad, empezando por el del hambre. Gran parte del comercio mundial se transporta por mar. Los océanos tienen gran importancia para las comunicaciones, la tecnología, la economía y la política. Por último, aunque ello no agote las posibilidades, los mares han sido y continuarán siendo una fuente de energía, de espacio estratégico, de salud y de cultura.

México ha sido beneficiado por la naturaleza con más de once mil kilómetros de costas, casi cuatrocientos kilómetros cuadrados de plataforma continental y casi tres millones de Zona Económica Exclusiva. En esas circunstancias y recientemente, el país ha vuelto su atención más seriamente que en el pasado a las cuestiones del mar. En estas notas me ocuparé de: a) los principales logros legislativos mexicanos en materia del mar y, en particular, de la pesca; b) señalar algunos desarrollos recientes en la explotación de los recursos vivos de la Zona Económica Exclusiva; y c) referirme a dos cuestiones vivas del cam-

po de estudio, como fueron el caso libio y el minado de los puertos nicaragüenses. La en apariencia incongruente inclusión del último tema obedece a mi convicción de que no bastan al lector, especialmente si es estudiante, los datos teóricos, sino que ha de dársele la conexión inmediata a sucesos de un mundo que le es (o debiera ser) del más vivo interés.

Los propósitos principales que parecen permear toda la legislación mexicana del mar son su conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y su visión global del lugar de la pesca en la vida económica general de México.

Esa legislación consiste en dos leyes de gran envergadura y un programa cuasi-legislativo. Las dos primeras son: la Ley Federal del Mar¹ y la Ley Federal de Pesca; el tercero es el Programa Nacional de Pesca, cuyo carácter cuasi-legislativo está basado en su relación con el Plan Nacional de Desarrollo.

Debo admitir que el lector no recibirá de la lectura de esta páginas una impresión adecuada de la realidad de la pesca mexicana. Para ello (o por lo menos uno de sus aspectos regionales) deben esperarse los resultados, por ejemplo, del estudio multidisciplinario y multirregional que ahora proponen algunas universidades del centro y el occidente de la República Mexicana, sobre el recurso del camarón en los estuarios de Nayarit. Ahí se pondrá especial empeño en acortar la distancia entre derecho y realidad que con demasiada frecuencia ha restado valor a anteriores esfuerzos legislativos en el país.

I. LA LEY FEDERAL DEL MAR

Esta Ley fue aprobada por el Congreso el 18 de diciembre de 1985, proclamada dos días después por el Poder Ejecutivo, y entró en vigencia el 8 de enero de 1986, con su publicación en el Diario Oficial. La Ley se divide en dos Títulos (Disposiciones Generales y Sobre las Áreas Marinas Mexicanas), diversos Capítulos (Ámbito de Aplicación; de las Instalaciones Marinas; de los Recursos y los Usos Económicos del Mar; de la Protección y Preservación del Ambiente Marino y de la Investigación Marina; del Mar Territorial; de las Aguas Interiores; de la Zona Continental e Insular), sesenta y cinco artículos y cuatro artículos transitorios.

¹ Fechada el 18 de diciembre de 1985; Decreto del 20 del mismo mes y año; y publicación en *Diario Oficial* del 8 de enero de 1986.

1. Naturaleza y extensión

La Ley Federal del Mar tiene el carácter de ley orgánica constitucional, puesto que regula las Fracciones IV, V, VI y VIII del artículo 27 constitucional. El artículo 27, a su vez, determina la propiedad nacional original sobre toda la tierra, las aguas y el espacio del territorio nacional, tal como se define en el artículo 42 constitucional² y como debe ejercerse tal dominio original.³ Así la Ley define la extensión de la soberanía, jurisdicción y/o control mexicano sobre las zonas marinas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar encarna muchos de los principios por los que México luchó durante décadas. Por ello, la convención coincide con la Ley, en muchos casos textualmente. Por ejemplo, en el Preámbulo de la Convención, aparece mucho de lo que se identifica con la lucha de los países en desarrollo por un orden económico mundial más justo, incluyendo la "utilización eficiente y equitativa de los recursos" y "el patrimonio común de la humanidad". De aquí que la conformidad entre la Convención y la Ley haya sido de esperarse y bienvenida. La Ley no es simplemente la copia de último momento de la Convención, sino expresión de una larga lucha de nuestro país.

El artículo 2 de la Ley la declara de interés público y de carácter federal.

Según el artículo 3, las aguas marinas mexicanas comprenden el mar territorial, las aguas interiores, la zona contigua, la plataforma continental y cualesquiera otras permitidas por el Derecho Internacional. Tradicionalmente, los tratados son la fuente primordial del Derecho Internacional. La Convención llena los requisitos del artículo 133 constitucional donde se dice que la ley suprema de la Nación serán la Constitución misma, las leyes del Congreso que deriven de ella y todos

² "El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores; y
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional."

³ Ver, particularmente, el artículo 27 constitucional.

los tratados celebrados acordes con dicha Constitución, promulgados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado.⁴

El Capítulo IV de la Ley aprovecha el máximo espacio permitido para la zona contigua en la Convención (12 millas náuticas 0 44 448 metros). Ahí habrá de ejercer el Poder Ejecutivo el control necesario para prevenir la violación de sus leyes aduaneras, migratorias y sanitarias y sancionar las violaciones a tales leyes y reglamentos que ocurran dentro de su territorio o de su mar territorial.

El artículo 60(8) de la Convención (y la disposición correspondiente de la Ley) declaran que la jurisdicción del Estado costero se extiende a las obras, islas artificiales e instalaciones en el mar, las que, sin embargo, no tienen mar territorial propio, su presencia no afecta la delimitación del mar territorial propio ni su presencia afecta la delimitación del mar territorial, la Zona Económica Exclusiva o la plataforma marina.

Tanto la Ley como la Convención optan por las negociaciones sobre las declaraciones unilaterales de los Estados costeros en aquellos casos en que los acuerdos sean difíciles de alcanzar de primera intención.

Las disposiciones sobre petróleo son de particular importancia para nuestro país, en vista de las abundantes cantidades de ese recurso que se encuentra sobre todo en el Golfo de México. Sólo la Nación podrá involucrarse en la exploración, explotación, beneficio, provecho, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y venta de hidrocarburos y otros minerales submarinos de las zonas mexicanas, en los términos del artículo 19 de la Ley. El siguiente artículo establece que cualquier otra actividad relativa pero no incluida en la enumeración hecha arriba se regirá por los párrafos aplicables del artículo 27 constitucional y sus correspondientes leyes orgánicas.

El artículo 22 de la Ley señala los principios bajo los cuales se permitirá la investigación científica en las zonas marinas mexicanas. A continuación se transcriben tales principios, junto con las disposiciones correspondientes de la Convención: I. Sólo se permitirá la ejecución de proyectos pacíficos de investigación. Artículo 240(A) de la Convención. II. Los métodos de investigación serán los adecuados y compatibles con la Ley, cualquier otra legislación aplicable y el Derecho

⁴ "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Internacional, incluyendo la Convención. Artículo 240(B) de la Convención. IV. La investigación marina debe tomar en cuenta la protección ambiental. Artículo 240(D) de la Convención. V. La investigación marina no constituirá base legal para reclamo alguno sobre el entorno marino sus recursos. Artículos 241 de la Convención.

Se procurará la mayor participación posible de ciudadanos mexicanos en la investigación conducida con obligación de compartir la información obtenida con México en su carácter de Estado costero. Artículo 248 de la Convención, aunque en términos más generales que la Ley.

El artículo 25 de la Ley establece la extensión del mar territorial mexicano en 12 millas náuticas, es decir, 22,224 metros. Esa extensión se medirá a partir de las líneas de base, de la Ley sobre aduanas, impuestos, disposiciones sanitarias, medidas de seguridad e inmigración. Las construcciones sobre sus zonas marinas serán de su exclusiva competencia, en los términos de la Ley de Bienes Nacionales y la Ley de Obras Públicas. La Nación ejercerá control sobre cualquier construcción e instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de obras dedicadas a la exploración, localización, perforación, extracción o desarrollo de recursos marinos.

2. Principales disposiciones

En los términos del párrafo tercero del artículo 6 de la Ley, la soberanía mexicana se extiende al régimen aplicable a los recursos marinos no vivos, incluyendo su utilización y conservación. La Convención se refiere a recursos marinos no vivos en el párrafo I del artículo 56 y los incluye, si se encuentran dentro de la Zona Económica Exclusiva, entre los recursos naturales sobre los cuales el Estado costero tiene derechos soberanos con el propósito de explorarlos, explotarlos y administrarlos.

El artículo 77, párrafo cuarto, de la Convención reconoce al Estado costero derechos soberanos en la exploración y explotación de los recursos naturales que se encuentren sobre la plataforma continental, incluyendo recursos minerales y otros recursos vivos. Finalmente, la Convención establece un sistema para el pago en especie por parte del Estado costero por la explotación de recursos no vivos de la plataforma continental más allá de las doscientas millas náuticas. Estos pagos o contribuciones se harán ante la Autoridad. Los Estados en desarrollo

que sean importadores netos de los minerales producidos en su plataforma continental quedan exentos de tales pagos.

La Ley se refiere en términos muy amplios a los beneficios que se derivan de las actividades en el mar, incluyendo la utilización de los minerales disueltos en las aguas; la energía eléctrica o termal derivadas de ellas y sus corrientes; la captura de energía solar; el establecimiento de marinas y la promoción de la recreación y el turismo; y el establecimiento de comunidades pesqueras. Todo ello se encuentra detallado en el párrafo cuarto del artículo 6.

En cuanto a las autoridades competentes en el mar, la Ley se refiere a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal del 31 de diciembre de 1976 y sus sucesivas reformas.

La Ley contiene una declaración general que reconoce las obligaciones del Estado con respecto a la protección y preservación del ambiente marino; incluyendo la prevención de la contaminación, lo que constituye a su vez la Parte XII de la Convención, artículos 192 a 237. Además, la Ley contiene diversas disposiciones sobre contaminación marina en cuanto a su prevención, reducción y control, y hace referencia para ello a la Ley Federal para la Protección del Ambiente y a la Ley de Aguas entre otras.

La Ley transcribe textualmente el artículo 56 de la Convención, en el sentido de que el Estado costero tiene derechos soberanos en la Zona Económica Exclusiva para la exploración, explotación y administración de los recursos marinos vivos y no vivos, de las aguas superyacentes a los fondos marinos, así como sobre otras actividades económicas de la exploración y explotación del área; en cuanto al establecimiento de islas, instalaciones y estructuras artificiales; la investigación científica; la protección y preservación del ambiente marino; y los demás derechos y obligaciones prescritos por la Convención.

La Ley sustituye la palabra "Convención" por "Derecho Internacional" en el artículo 56(2) de la Convención cuando, en su propio artículo 47, reconoce la obligación del Estado costero de tomar en cuenta los derechos y obligaciones de otros Estados y en ejercer las propias con apego a la Convención. A cambio, México espera, en los términos del artículo 49 de la Ley, respeto recíproco de los demás Estados a la legislación mexicana.

La extensión de la Zona Económica Exclusiva de México queda fijada en el artículo 50 de la Ley en 200 millas náuticas, o sean 370,400 metros, incluyendo la zona contigua en ella y partiendo del límite ex-

terior del mar territorial. Esa Zona Económica Exclusiva se extiende en el segundo artículo (como lo hace en general el artículo 121(3) de la Convención), a las islas mexicanas pero excluye aquellas rocas que no puedan mantener la vida económica o humana.

Por último, el Capítulo V de la Ley se ocupa de las plataformas continentales e insulares, siguiendo las disposiciones de la Convención. La Ley reitera que los derechos soberanos de la Nación son independientes de cualquier ocupación real o nominal. Sin embargo, ni las aguas suprayacentes ni el espacio marino sobre las plataformas son afectados por los derechos mexicanos sobre la plataforma continental, como lo reconocen los artículos 60 de la Ley y 78 de la Convención.

3. Delimitación de las zonas marinas

El mar siempre ha sido importante para la vida del hombre: a medida que han aumentado las necesidades de éste, le ha sido preciso utilizar cada vez más los recursos de aquél.

Desde tiempos inmemoriales la faja del mar adyacente a la costa sirvió como barrera contra posibles invasiones y fue, por tanto, reclamada y protegida por el Estado ribereño. Esa faja habría de conocerse como mar territorial. Hoy en día por mar territorial se entiende la faja oceánica adyacente al territorio continental de un Estado ribereño, generalmente de una anchura máxima de 12 millas náuticas (22.22 kilómetros), sobre la que dicho Estado ejerce la plenitud de su soberanía, incluyendo el lecho y el subsuelo de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente, con la única excepción del derecho de paso inocente.

En tiempos recientes se identificó una zona contigua, dadas las necesidades de otros Estados de transitar las costas del Estado ribereño y de éste de controlar la inmigración y vigilar que no se explotaran indebidamente los recursos conectados a la costa. Así, se dice que zona contigua es el espacio oceánico adyacente al mar territorial de una anchura igual o menor que la de éste, en el cual el Estado ribereño ejerce ciertas competencias para fines específicos, incluyendo las de tipo aduanero, fiscal, sanitario y de inmigración.

Con el objeto de ampliar aún más el dominio marítimo del Estado ribereño (algunos lo han hecho hasta 200 millas), se creó una zona económica exclusiva, producto de un largo proceso de negociación. Aquí el Estado ribereño tiene derechos soberanos para fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos

naturales (tanto vivos como no vivos) del lecho y subsuelo del mar y las aguas subyacentes; con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la zona, como sería la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; y jurisdicción con respecto al establecimiento y la utilización de las islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina, la conservación del medio marino, y otros derechos y obligaciones. Sin embargo, todos los Estados gozarán de las libertades de navegación y sobrevuelo, del tendido de cables y tuberías submarinas y de otros usos legítimamente relacionados con tales libertades.

Más allá de la zona económica exclusiva se encuentra la mar abierta que es, sin embargo, en cuanto a los lechos marinos, "patrimonio común de la humanidad" a ser explotados en los términos de la Parte VII y siguientes de la Convención de Jamaica.

Lugar especial debe tener también el estudio de la plataforma marina, que puede o no coincidir con la zona económica exclusiva.

Una vez que el Estado reclama para sí alguna de las zonas mencionadas arriba, surge la necesidad de fijar sus límites. El profesor Lewis M. Alexander se ocupó⁵ precisamente de este problema en su intervención. En los términos de la Corte Internacional de Justicia, tal delimitación debe realizarse de acuerdo con principios razonables y equitativos, ya que una delimitación marítima adecuada, además de fomentar las buenas relaciones entre Estados vecinos, evita la aparición de problemas limítrofes entre ellos.

Las metas que se persiguen con la delimitación son la acumulación de la máxima productividad de los recursos, evitar la explotación y el uso no económico de tales recursos y alcanzar su distribución equitativa. Una vez que se definen los límites marinos, se determinan a la vez el alcance de la soberanía del Estado ribereño y la obligación de los demás Estados de acatar las leyes del primero en caso de que deseen tener acceso pacífico a tales zonas.

Para delimitar las zonas marinas se han creado diversos métodos, incluyendo los siguientes. La línea de equidistancia en aquella que delimita los espacios marinos de dos o más Estados ribereños (geográficamente contiguos u opuestos), en la inteligencia de que el trazo de dicha línea debe ser hecho de tal modo que cada uno de sus trazos quede exactamente a igual distancia de cada uno de los Estados ribereños involucrados. Para que pueda establecerse una estricta equidis-

⁵ *The identification of Technical Issues of Maritime Boundary Delimitation Within the Law of the Sea Context.*

tancia es indispensable que los países acuerden la línea base que se vaya a emplear. Existe una gran variedad de líneas de equidistancia modificada. Una de ellas es la empleada en los trabajos cartográficos, consistente en el trazado sucesivo de arcos en círculo, con radio equivalente a la anchura del mar territorial, a lo largo de todos los puntos que forman la costa. Los métodos de no equidistancia pueden basarse en títulos históricos, líneas de latitud, líneas perpendiculares hacia la dirección general de la costa o la aplicación de ciertos principios de equidad.

En México se concede autoridad al Poder Ejecutivo Federal para negociar acuerdos con Estados vecinos para la delimitación de las líneas divisorias entre sus zonas marinas y las colindantes "en aquellos casos en que se produzca una superposición",⁶ aunque en principio

no se extenderán las zonas marinas mexicanas más allá de una línea media, cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de los cuales se mida la anchura del mar territorial de un Estado vecino, salvo acuerdo en contrario con ese Estado.

De acuerdo con el artículo 75 de la Convención sobre Derecho del Mar, los Estados deben publicar cartas marinas con suficiente precisión para apreciar con seguridad cuáles son las delimitaciones reclamadas.

En opinión del profesor Alexander, la citada Convención emplea algunos términos que pueden crear controversias por su significado incierto. Por ejemplo, el artículo 5 de la Convención señala que "la línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es la línea de baja mar a lo largo de la costa". El problema surge cuando hay que precisar el concepto que cada Estado tenga de esa línea.

Aunque ni la Convención ni nuestra legislación federal mencionan tales factores, éstos son extremadamente importantes, como lo señaló el profesor Surya P. Sharma.⁷ Si tales factores son ignorados, pueden causarse serios daños a los procesos sociales de Estados que por siglos han dependido de la explotación de recursos marinos que les podrían ser retirados de aplicarse los principios de la Convención. A pesar de ello, los factores económicos nunca han recibido consideración inde-

⁶ Ver artículos 8 y 9 de la Ley Federal del Mar.

⁷ *Relevance of Economic Factors to the Law of Maritime Delimitation Between Neighbouring States.*

pendiente, sino sólo como un criterio más de apoyo a las decisiones basadas en los principios ya mencionados de razonabilidad y equidad.

Los factores económicos incluyen los recursos naturales, su riqueza, los antecedentes socio-económicos, el uso histórico y la dependencia económica. El derecho histórico sobre una determinada bahía fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia (en favor de Noruega en el caso noruego-inglés sobre pesquerías.⁸ Los factores económicos constituyen, en un mínimo, un criterio de apoyo a otros argumentos.

4. Abastecimientos

La práctica de la Comunidad Económica Europea sobre abastecimientos de recursos marinos demuestra que su manejo está regulado por los principios establecidos en la Convención. Por ejemplo, cuando un abastecimiento o varias especies asociadas se encuentren en la Zona Económica de dos o más Estados, éstos deben coordinarse para asegurar su conservación y desarrollo de tales abastecimientos a través de organizaciones subregionales o regionales, lo mismo se aplica cuando uno o varios abastecimientos pasan por áreas o zonas adyacentes. En caso de que una especie emigre de uno a otro Estado, el segundo Estado está obligado a cooperar con el Estado de origen para la conservación y el buen manejo del abastecimiento. Cuando se trate de conceder permisos de acceso a la Zona Económica Exclusiva a otras naciones, se deben tomar en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo la importancia de los recursos naturales para el Estado costero y los intereses nacionales de los demás Estados involucrados.⁹

Por lo que respecta a la conservación y manejo de los recursos vivos en alta mar, la Convención recomienda el establecimiento de medidas de conservación y la toma de medidas científicas para el mantenimiento y la reproducción de las especies; y la consideración de los patrones de pesca y la interdependencia entre los abastecimientos. Toda la información científica disponible debe ponerse al alcance de los organismos globales, regionales, subregionales y de los Estados interesados.¹⁰

Por lo que respecta a la Ley Federal del Mar de México, las disposiciones sobre la Zona Económica Exclusiva se encuentran en el Capítulo IV. El acceso de otras naciones a los recursos vivos de esa Zona,

⁹ Artículos 62, 63 y 66.

⁸ I. C. J. Rep. (1951), p. 116.

¹⁰ Artículo 119.

sobre la que la Federación ejerce soberanía en los términos del artículo 46 de la Ley mencionada, está previsto por el artículo 56, siempre que "el total de la captura permisible de una especie sea mayor que la capacidad para pescar y cazar de las embarcaciones nacionales". Este acceso obedece al deseo mexicano de alcanzar la utilización óptima de dichos recursos, a la vez que preservar el interés nacional.

II. LA LEY DE PESCA

Este documento fue motivo de controversia al ser presentado por el Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el dirigente de la mayoría de los cooperativistas pesqueros acusó al Secretario de Pesca de apoyar a un grupo de trabajadores en vez de a los suyos. Sin embargo, después de un periodo de consideración excepcionalmente largo, la Ley fue aprobada por el Senado el 26 de diciembre de 1986, publicada ese mismo día en el Diario Oficial y entró en vigor treinta días después de su publicación.

1. Definición e importancia de la pesca en México

De acuerdo con el Programa Nacional de Pesca 1984-1988, la pesca comprende todos los actos de extracción, captura o cultivo, por cualquier procedimiento, de elementos o especies biológicas cuyo habitat es el agua, así como cualesquiera actos anteriores o posteriores conectados razonablemente con tal pesca. El primer capítulo del Programa de Pesquerías enumera las siguientes actividades que pueden considerarse como de pesca o conectadas con la pesca: la proposición y evaluación de especies para determinar su abundancia, conservarlas o puntualizar las técnicas de extracción más eficientes con vistas a obtener el mayor rendimiento aprovechable (ver este mismo concepto, entre otros lugares, en el artículo 61 (3) de la Convención); el diseño, construcción y mantenimiento de los barcos pesqueros; los procesos tecnológicos y los métodos de captura; y la procreación de especies, su industrialización, transporte y comercio en mercados nacionales e internacionales. La pesca también implica la construcción de diferentes infraestructuras portuarias; el apoyo a comunidades pesqueras; un marco legal y administrativo adecuado; la enseñanza, capacitación, administración, desarrollo y reglamentación de las diversas operaciones pesqueras; y un marco referencial nacional que incluya a los sectores

público, social y privado involucrados en esas actividades, dentro de un contexto internacional.

La zona pesquera más importante de México es la de mares templados y fríos frente a la costa noroccidental de la Baja California y la parte superior del Golfo de California. Las toneladas potenciales mínimas del país se calculan en 6.3 millones. La tercera parte del potencial pesquero mexicano consiste en especies pelágicas (incluyendo el atún y las sardinas). De éstas, cerca de la mitad (1.2 millones de toneladas) se concentran en Estados frente al Océano Pacífico (Baja California, Sonora y Sinaloa). También en esta zona se concentran especies de alta densidad económica, como el camarón.

En 1983 la flota pesquera mexicana estaba compuesta de 34 mil 500 embarcaciones que atracaban en un total de 46 puertos. La acuicultura, se ejercería en 33 fábricas pesqueras, 6 ranchos comerciales y 4 laboratorios, aunque la mayoría de éstos todavía en construcción. Desgraciadamente, la infraestructura comercial de la pesca mexicana es todavía reconocidamente insuficiente.

El Programa de Pesca declara que la pesca de medio mar y de mar adentro son actividades relativamente recientes en México: no fue sino hasta los mil novecientos treinta que se empezó a explorar ampliamente el camarón y sólo hasta los mil novecientos cincuenta las embarcaciones mexicanas empezaron a competir con los barcos extranjeros que operaban frente a sus costas. Aun entonces la actividad pesquera mexicana era incipiente. La producción total no llegó a exceder la marca de las cien mil toneladas sino hasta 1956, si bien a partir de entonces la tasa de incremento se mantuvo superior a la de la agricultura y a un nivel semejante a la de la industria. Especialmente después de la proclamación de la Zona Económica Exclusiva (1976), la captura de todos los sectores creció cuatro veces (del cuarto de millón de toneladas en 1970 hasta más de un millón de toneladas en 1983). Esto representó un crecimiento anual promedio del 21%. Así, México se colocó dentro de los veinte productores más importantes del mundo, en términos de la captura obtenida.

Si bien la contribución de la pesca al producto bruto nacional ha sido bajo en términos absolutos, ha crecido a una tasa anual promedio del 9.2%, superior al de la economía general que sólo fue del 6.6%. En 1983 la pesca contribuyó con cuatrocientos cincuenta millones de dólares netos a la balanza nacional de pagos. Aun así, hay un desequilibrio entre la expansión de la flota y la captura que realiza, por una

parte, y las actividades de prospección, recepción, industrialización y comercialización, por la otra.

2. Principales disposiciones

El principio de la soberanía nacional mexicana sobre sus recursos naturales renovables y no renovables se remonta a tiempos coloniales y su expresión más reciente se encuentra en la Constitución de 1917. En 1925 el Presidente Calles proclamó la primera Ley de Pesca. Al año siguiente y bajo la Presidencia de Pascual Ortiz Rubio se expidió la segunda Ley, cuya reglamentación no fue publicada sino hasta 1933. El Presidente Lázaro Cárdenas estimuló grandemente de acuerdo con la preocupación social de su mandato, la pesca bajo el sistema cooperativo. Así, se proclamaron en 1938 la Ley de Pesca en Aguas Territoriales Mexicanas del Océano Pacífico y la Ley de Sociedades Cooperativas. Así, se proclamaron en 1938 la Ley de Pesca en Aguas Terri-Pesca se permite la asociación —quizá la dominación— del capital privado en actividades pesqueras). Bajo la Ley de Pesca propuesta por el Presidente Miguel Alemán se reservaron ciertas especies para su explotación por parte de cooperativas. El Presidente Ruiz Cortines convocó a una Campaña Nacional al Mar y estimuló diversas mejoras, entre otras cosas a la infraestructura portuaria. Bajo el Presidente Adolfo López Mateos se construyó el puerto pesquero de Alvarado bajo un concepto integral de la pesca que incluía desde la investigación hasta la comercialización. El Presidente Díaz Ordaz proclamó la mencionada Zona Económica Exclusiva, ordenó la construcción del puerto pesquero de Yucalpetén en Yucatán y estimuló fuertemente la acuicultura. La administración del Presidente Echeverría creó la Subsecretaría de Pesca y el Instituto Nacional de Pesca. Además, se proclamó la Ley de Aguas Federales y la Ley de Desarrollo Pesquero de 10 de mayo de 1972 que agregó a las especies marinas reservadas la de la tortuga. Dicha Ley también estableció un Fondo Nacional para el Desarrollo de Sociedades Cooperativas.

La administración del Presidente Echeverría logró el reconocimiento de la zona pesquera mexicana por tratados con los Estados Unidos y Cuba. La Convención ordenaría varios años después a los Estados costeros que dieran acceso a otros Estados a sus excedentes, de acuerdo con las disposiciones que se detallan en el artículo 62 de la propia Convención. El artículo 8 de la también posterior Ley del Mar autorizaría la conclusión por parte del Ejecutivo de acuerdos con Estados

vecinos para la determinación de las líneas divisorias entre sus respectivas zonas marinas.

Por último, la administración del Presidente López Portillo creó el Departamento de Pesca que habría de alcanzar el rango de Secretaría de Estado en 1982.

Como la citada Ley del Mar, la Ley de Pesca es una ley orgánica reglamentaria esta vez del artículo 27 constitucional de los recursos que, en los términos de su artículo 1, constituyen la flora y la fauna acuáticas del país. El artículo 2 de la Ley la declara de orden público y de interés social. Por flora y fauna habrán de entenderse todos los elementos biológicos que tienen al agua como su habitat permanente o temporal. La Nación ejerce sobre esos recursos derechos de propiedad original, cuando se encuentren en el mar territorial o en las aguas interiores, y de soberanía y jurisdicción exclusiva cuando se encuentren en la Zona Económica Exclusiva. La Ley se aplicará al estímulo, investigación, prospección, exploración, explotación, uso, conservación, distribución y administración de toda la flora y la fauna acuáticas encontradas en las aguas interiores de propiedad nacional, el mar territorial, la Zona Económica Exclusiva, la plataforma continental, las reservas artificiales, los barcos mexicanos en aguas internacionales o en aquellas controladas por países extranjeros, cuando ese carácter esté debidamente autorizado y actos previos o posteriores a la pesca misma, en todo el territorio nacional.

El propósito declarado de la Ley es el de estimular y regular la pesca en beneficio social por medio de la utilización óptima de la flora y la fauna acuática en cualquiera de sus formas, con vista a su explotación racional, distribución equitativa y conservación adecuada. La Ley también tiene el propósito de reglamentar las actividades de cualquier individuo o persona legal que participe en la pesca. Se reconoce que la pesca puede también ser reglamentada adicionalmente por otras legislaciones nacionales y por los tratados o convenciones internacionales suscritos por México de acuerdo con el artículo 133 constitucional. La competencia primordial sobre la pesca en México será ejercida por Secretaría de Pesca, en los términos del artículo 4 y su reglamentación. Sin embargo, la Secretaría de Comercio e Industria y la de Desarrollo Urbano y Ecología participarán en esa reglamentación, cuando así lo disponga la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Además, el artículo 15 de la Ley otorga al Presidente de la República y a otros órganos del Ejecutivo la responsabilidad de su observancia.

Ya la Ley Federal del Mar había determinado que los beneficios de la pesca podían ser también disfrutados por embarcaciones extranjeras, siempre que las embarcaciones mexicanas recibieran tratamiento recíproco en las zonas marinas de aquellos Estados y que las disposiciones de la Constitución Mexicana y del Derecho Internacional fueran cumplidas. Este principio de reciprocidad es ampliado por el artículo 4 de la Ley a todas las relaciones marítimas de México con otros Estados. Sólo se permitirá la explotación de recursos acuáticos a extranjeros si es congruente con los intereses nacionales y las convenciones y tratados de los que México sea parte y la previa autorización de la Secretaría de Pesca, siempre que resulte un excedente explotable después de emplear plenamente la capacidad productiva de los pescadores mexicanos y, en todo caso, con atención rigurosa al principio de reciprocidad. Según el artículo 5 los gobiernos extranjeros no podrán en caso alguno adquirir intereses en la flora y en la fauna mexicana, so pena de nulidad. Sin embargo la Secretaría de Pesca podrá expedir concesiones de pesca comercial a compañías dedicadas a la captura y exploración de tales flora y fauna, siempre que por lo menos el 51% del capital con derecho a voto sea suscrito por individuos o sociedades mexicanas y que también se asegure legalmente la administración por parte de ciudadanos mexicanos. Además y según el artículo 30, podrá haber empresas comunes en donde el capital extranjero no exceda del 49% y se cumplan ciertos requisitos en el Registro de inversiones Extranjeras. Las autorizaciones temporales se extenderán por no más de dos años para la pesca comercial en la Zona Económica Exclusiva por barcos extranjeros, si existieran excedentes disponibles. Por último, los ciudadanos mexicanos o las sociedades mexicanas que se benefician de cuotas excedentes extranjeras seguirán requiriendo la autorización del Ejecutivo Federal mexicano.

La Ley contempla cinco clases de pesca: de consumo doméstico; de desarrollo; comercial; deportiva; y educativa, según el artículo 9. El artículo 10 define la pesca de consumo doméstico como aquella que se realiza con propósitos de consumo de subsistencia por parte del pescador y de su familia, más bien que realizada para fines de ganancia. El artículo 11 considera que el propósito de la pesca de desarrollo es el estudio, la investigación científica aplicada, la exploración, el cultivo y la reposición o conservación de los recursos acuáticos y su habitat. Para el artículo 13 la pesca comercial tiene el propósito de obtener beneficios económicos con los implementos y de la forma autorizados previamente por la Secretaría de Pesca. Por último, el artículo

14 define a la pesca educativa como la realizada por las instituciones educativas del país debidamente reconocidas por la Secretaría de Educación Pública y como parte de sus programas de enseñanza, investigación o capacitación.

El artículo 16 de la Ley enumera las funciones específicas de la Secretaría de Pesca, incluyendo el cumplimiento de los decretos presidenciales sobre pesca; el establecimiento del régimen técnico y económico para explotar racionalmente los recursos pesqueros; la formulación y mantenimiento del Inventario Nacional de Aguas interiores apropiadas para la pesca; la promoción de distritos o zonas de acuicultura; el estímulo a industrias navieras; favorecer distintas clases de operaciones pesqueras, teniendo en cuenta las Leyes del Mar y del Comercio Marítimo; determinar el tamaño y el entrenamiento de las tripulaciones de pesca, en acuerdo con la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología; cooperar en el establecimiento de pesca deportiva por individuos o grupos; el otorgamiento del Certificado de Registro Nacional de Pesca; la expedición de Guías Pesqueras; la preparación, publicación y mantenimiento al día de la Carta Nacional de Pesca; determinar la utilidad y factibilidad de nuevas cooperativas pesqueras; participar en operaciones de comercialización, de acuerdo con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; emitir su opinión sobre la importación de materiales conectados con la pesca; y la colaboración en proyectos de investigación y exploración. La Secretaría de Pesca y otros organismos administrativos decidirán de común acuerdo, según el artículo 17, el establecimiento de zonas de pesca.

El artículo 18 declara que quienes deseen pescar en México con propósitos que no sean de consumo doméstico tendrán que obtener alguna de tres tipos de documentación: concesiones, permisos o autorizaciones. Los tres documentos podrán ser suspendidos o cancelados siempre que se haya provocado daño ambiental o exista riesgo inminente de que tal daño ocurra, según lo establece el artículo 19.

a) Concesiones

Este tipo de documento puede ser transferido a terceras partes y se expedirá por periodos de uno a veinte años, dependiendo de la decisión de la Secretaría de Pesca, basada en los resultados esperados de la solicitud de concesión, la naturaleza prevista de las actividades pesqueras, la cantidad invertida y la recuperación prevista de tal inversión. La Ley incluye diversas disposiciones para evitar el subarrendamiento o cualquier otra forma de transferencia de la concesión. Según ciertos criterios detallados en el artículo 22 las concesiones se podrán renovar por un periodo adicional de la misma extensión que el original. El artículo 25 se ocupa de los barcos-fábrica.

Las concesiones podrán ser otorgadas a ocho categorías de solicitantes: ciudadanos mexicanos; sociedades cooperativas; ejidos o comunidades rurales que demuestran condiciones físicas para la pesca o la acuicultura; pequeños propietarios agrícolas que inviertan en la infraestructura requerida para la acuicultura; asociaciones de pescadores; empresas descentralizadas o paraestatales; compañías constituidas conforme a las leyes mexicanas y por lo menos de ciudadanos mexicanos; y compañías 100% mexicanas. Estas categorías están descritas en el artículo 26. Según el artículo 30 se prohíben los fideicomisos extranjeros, aunque no las empresas de participación extranjera (*joint ventures*) como queda dicho arriba.

Tendrían prioridad en el otorgamiento de concesiones, según el artículo 33, quienes dedicaran programas ya existentes a los mercados nacionales; pretendan desarrollar nuevos mercados; aporten tecnología avanzada; contemplen la utilización integral de los recursos; incluyan en sus programas de entrenamiento cuadrillas y utilicen astilleros, ambos mexicanos; u ofrezcan, en términos generales, los mejores programas de capacitación. Las sociedades cooperativas (incluyendo ejidos y comunidades), recibirán prioridad en las concesiones en aguas de jurisdicción federal.

Al recibir su concesión, los beneficiarios adquieren diversas obligaciones, incluyendo la limitación de la extracción, captura o cultivo a las áreas designadas en el documento correspondiente, colaboración con los programas de prospección organizados por la Secretaría de Pesca; el respeto a las distintas determinaciones zonales; la colaboración con los diversos programas federales de conservación y reproducción; la información sobre la llegada de su captura; la transmisión a la Secretaría de Pesca de la tecnología empleada; y el permiso para y la colaboración en las visitas de inspección que razonablemente ordene la Secretaría de Pesca. Todo esto de acuerdo con el artículo 34 de la Ley.

b) Permisos

A diferencia de las concesiones, este tipo de autorizaciones no otorga derechos permanentes de clase alguna a sus beneficiarios. Según el

artículo 35 los permisos pueden ser revisados en cualquier momento por la Secretaría de Pesca, no se expedirán por más de dos años y son intransferibles. Los permisos pueden ser concedidos para cualquier tipo de pesca, con las siguientes excepciones: los educativos; la introducción de organismos vivientes en el agua; los estudios de prospección y factibilidad orientados a la obtención de concesiones; el descargo en puertos extranjeros de captura obtenida en puertos mexicanos; y la pesca por barcos extranjeros en la Zona Económica Exclusiva. Como reitera el artículo 36 citado, la última categoría se sujeta a la existencia de excedente. Según el artículo 41, los permisos a pescadores extranjeros en la Zona Económica Exclusiva quedan sujetos, además, a que se haya demostrado fehacientemente la calidad legal de los barcos y sus implementos en el país de origen; se hayan demostrado experiencia y capacidad técnicas; presentado las fianzas o garantías exigidas por la Secretaría de Pesca; y la información correspondiente a los tipos de barcos que se emplearían, el programa de prospección que se pretenda seguir y el destino final de la pesca capturada. Esos permisos se concederán por barco y por temporadas de pesca, y ostentarán siempre los términos de las operaciones y la información exigida. Además, los pescadores extranjeros que operen en la Zona Económica Exclusiva compartirán en forma gratuita con la Secretaría de Pesca la tecnología empleada, pagarán salarios similares a sus trabajadores mexicanos y extranjeros (cuando las remuneraciones de los segundos sean habitualmente mayores a las de los primeros) y cumplirán escrupulosamente todas las obligaciones legales y específicas señaladas en sus permisos.

c) Autorizaciones

Estos documentos se expiden en el interés público a ciudadanos o personas morales mexicanos que se propongan, entre otras cosas, la colocación de instalaciones adicionales; obtener primer acceso a la compra de especies reservadas; el establecimiento de instalaciones para la conservación, refrigeración, congelamiento e industrialización de los recursos pesqueros, preferentemente aquellos destinados al mercado nacional; el uso de subproductos pesqueros no destinados al consumo humano; la construcción o reparación de barcos en astilleros nacionales; y la realización de actividades pesqueras en las Zonas Económicas Exclusivas de otros países.

Los artículos 47 a 55 detallan las condiciones en que caducan los tres tipos de documentos enumerados arriba, sea por cancelación, nulidad, renuncia o término cumplido.

Las especies reservadas a las sociedades cooperativas, incluyendo ejidos y comunicaciones, son entre otras el abulón, la langosta marina, las ostras, el camarón y las tortugas marinas. Sin embargo, tales sociedades tienen que haber sido organizadas bajo las normas legales relativas, demostrando que sus registros están al corriente, su correcto funcionamiento, y el haber proporcionado los informes requeridos por los artículos 56 y 57. Según el artículo 58 las sociedades cooperativas tienen que registrarse ante y sujetarse a la supervisión de la Secretaría de Pesca.

En los términos del artículo 59, ciertas especies se reservan para la pesca deportiva, pero sólo dentro de una zona de 50 millas de la costa. Los artículos 62 y 63 se ocupan de la Comisión Consultiva de Pesca. Los artículos 64 y 66 incluyen disposiciones para el establecimiento del mencionado Registro Nacional de Pesca.

Por último, la Ley se ocupa en sus artículos 68 a 70 de un Instituto Nacional de Pesca y de la Carta Pesquera; la acuicultura es el tema de los artículos 71 y 72; la flota pesquera ha de sujetarse a los mismos artículos y la comercialización a los artículos 75 y 81; la inspección y la vigilancia, a los artículos 82 a 88; y las sanciones a los artículos 89 a 93.

La Ley reconoce el derecho de apelación, mismo que habrá de ejercerse e impugnarse dentro de periodos de quince días.

3. Acceso, excedentes y acuerdos de explotación

En el caso de Nueva Zelandia, el acceso de las naciones extranjeras a los recursos de la Zona Económica Exclusiva fue fijada por medio de cuotas anuales y condiciones de pago y forma de explotación negociadas con cada Estado por separado.

La Comunidad Económica Europea reconoce la obligación de admitir pescadores extranjeros, según lo prevé el artículo 62(2) de la Convención, siempre que haya excedentes que explotar (como lo digo arriba sobre las disposiciones mexicanas equivalentes).

Australia parece iniciar una tendencia a conceder plazos más largos que un año a los pescadores extranjeros.

México insiste, en los artículos 10 y 11 de la Ley Federal del Mar, en el principio de reciprocidad para admitir embarcaciones extranjeras a su zona.

En términos generales, la Convención admite (o podría admitir, habida la necesaria voluntad política de los Estados involucrados) que algunos Estados en desventaja geográfica puedan evolucionar económica y científicamente mediante la pesca en aguas de Estados que tengan excedentes y firmen con ellos acuerdos de intercambio de tecnología. La Convención estimula la firma de acuerdos científicos mediante los cuales se lleve a cabo un intercambio de información.

La Convención del Derecho del Mar no hace incompatibles el principio tradicional de la reciprocidad y el principio más actual de los excedentes con respecto a terceros Estados. La comunidad Económica Europea reconoce esta situación y así permite el ingreso de embarcaciones extranjeras a sus aguas en búsqueda de especies de las que carecen en sus propias aguas, bajo acuerdos de reciprocidad y aun sin la presencia de excedentes.

Por lo que respecta a los Estados sin litoral y los países en desventaja geográfica, el principio general se encuentra en los artículos 69 y 70 de la Convención, respectivamente; cuando a un Estado le sobran recursos naturales vivientes, una vez satisfechas sus necesidades económicas y alimentarias, es su deber permitir el acceso a los referidos Estados sin litoral o en desventaja geográfica.

La Convención también prevé en la Fracción 21 del artículo 62 la posibilidad de que un Estado que no tenga capacidad para pescar sus propios recursos vivientes, permita el acceso a ellos a otros Estados. Sin embargo, según la Fracción 3) de la Convención, en ese caso deben tenerse en cuenta todos los factores relevantes para evitar que los nacionales del Estado anfitrión sufran un desequilibrio en su economía y se mantenga la necesidad prioritaria de los países en desarrollo de la región o la subregión de que se trate.

De acuerdo con el profesor Edeson,¹¹ los métodos más utilizados para permitir el acceso a los recursos marinos de la Zona Económica Exclusiva son las licencias, los acuerdos bilaterales, los acuerdos multilaterales, los acuerdos regionales, la cooperación subregional o regional, las empresas comunes (*Joint ventures*) y las empresas comunes globales (*umbrella joint ventures*). Se han incrementado últimamente los convenios de cooperación bilateral de explotación equitativa y distribución de los recursos económicos del mar.

Para que los acuerdos de explotación tengan éxito, Edeson recomienda que sean planeados y negociados con cuidado: el Gobierno debe tener una idea clara de lo que desea obtener, comunicando sus

¹¹ *Types of Agreements for Exploitation of Economic Exclusive Zone Fisheries.*

expectativas con similar claridad a la otra Parte. Se debe también tener en cuenta que, mientras que el Gobierno que permite el acuerdo pretende (por lo general) que resulte de tal acuerdo una determinada transferencia de tecnología en su favor, la compañía privada suele tratar (sobre todo) de obtener una ganancia económica significativa.

Las referencias a acuerdos de explotación son muy numerosos en la Convención e incluyen los que mencionaré a continuación:

Según el artículo 51(1), los Estados archipelágicos están obligados a reconocer los acuerdos existentes que sean fruto de la negociación y que establezcan de manera transparente las obligaciones recíprocas entre las Partes. A su vez, los nacionales de terceros Estados que deseen pescar en un Estado ribereño, como resultado preferente de acuerdos oficiales, deben tener licencia y el equipo adecuado para la pesca; cumplir con los pagos convenidos; pescar sólo lo convenido; utilizar barcos de las dimensiones permitidas; informe de las cantidades de pesca obtenidas efectivamente; y mantener informado al Gobierno anfitrión de las posiciones que ocupen sus embarcaciones (esto último según el Artículo 62).

El Artículo 66 dispone, entre otras cosas, que la pesca de especies migratorias debe realizarse de preferencia cerca de los bordes de la Zona Económica Exclusiva, excepto cuando esto provoque problemas al otro Estado, en cuyo caso se celebrará un convenio sobre conservación, y requerimientos y necesidades del Estado de origen con respecto a tales especies migratorias.

En el caso de las especies de mamíferos marinos, el Estado ribereño puede restringir aún más de lo usual su explotación, con miras a su conservación, especialmente en coordinación con organismos internacionales.

Según el Artículo 70, los derechos de los Estados en desventaja geográfica deben preservarse mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales, incluyendo la extensión en la que tales Estados pueden pescar.

También están los Estados obligados a tomar medidas respecto del alta mar (Artículos 117 y 118) para la supervisión de sus nacionales y, por medio de acuerdos gubernamentales, para la conservación y manejo de los recursos naturales vivientes.

Los acuerdos bilaterales, subregionales o regionales servirían también para asegurar el acceso de los Estados sin litoral desde y hacia los litorales de los Estados costeros, según el Artículo 125. También se requiere la cooperación del Estado ribereño para la construcción

y el mejoramiento de medios de transporte que favorezcan a los Estados sin litoral o aquellos cuyas facilidades de acceso sean inadecuadas (Artículo 129). En el área de explotación común del alta mar, la Convención recomienda que todos los Estados obedezcan acuerdos que favorezcan la investigación marina (Artículo 143) y el control ambiental (Artículo 243).

Por último, existen en la Convención disposiciones sobre la forma más idónea de llegar a acuerdos de explotación común.

III. EL PROGRAMA NACIONAL DE PESCA

1. *Naturaleza y extensión*

La presente administración considera al Programa Nacional de Pesca 1984-1988 como un programa sectorial a mediano plazo, según su artículo I. El Programa procura una combinación de acciones concertadas entre los sectores social y privado para alcanzar una corresponsabilidad solidaria entre ambos. La Secretaría de Pesca promoverá ante otros organismos federales, en su capacidad de coordinadora del sector pesquero, el cumplimiento del Programa, según el artículo 2. El artículo 4 ordena que la Secretaría de Pesca evalúe de tiempo en tiempo los objetivos y prioridades del Programa. Los Convenios Únicos de Desarrollo contendrán las sugerencias de las entidades federativas y a través de ellos se incorporarán los municipios y sectores sociales involucrados. Tales Convenios se sujetarán a las políticas originadas por la Secretaría de Programación y Presupuesto y pueden incorporar tanto a individuos como a empresas paraestatales, en los términos de los artículos 5 y 6. Según el artículo 8, los fondos para tales Convenios serán desembolsados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además, según el artículo 10, la Secretaría de Programación y Presupuesto supervisará la correcta puesta en práctica del programa.

La naturaleza integral del Programa exige que los proyectos específicos tomen en cuenta todos los efectos recíprocos a interacciones involucrados en cualquier investigación, captura, industrialización, comercialización o consumo. Por lo tanto, el Programa se aplicará de manera similar en todas las costas mexicanas, en la Zona Económica Exclusiva, en las plataformas continentales y en los casi tres millones de kilómetros cuadrados de aguas interiores.

2. *Objetivos*

El principal propósito declarado del Programa es el mejoramiento del consumo alimentario por la población de México. Se espera que este mejoramiento lleve a una mayor satisfacción de las necesidades básicas, la soberanía alimentaria y a niveles nutricionales adecuados, especialmente entre los niños.

Son expectativas adicionales del Programa: generar empleo, especialmente en los estratos de población y regiones menos desarrolladas del país; obtener divisas extranjeras provenientes de las exportaciones de pescado; y promover el desarrollo comunitario y regional, a la vez que mejorar las condiciones de vida de los pescadores. Estos objetivos adicionales se lograrán no sólo frente a las costas sino internamente, a través de la acuicultura.

3. *Problemas y perspectivas*

De acuerdo con el análisis del Programa, la pesca en México sufre de problemas tradicionales y de problemas más recientes. Los problemas estructurales evidentes incluyen la falta de integración del aparato productivo; la persistencia de modelos tecnológicos inadecuados; la falta de conocimiento sobre recursos nuevos o potenciales; la ignorancia sobre la infraestructura, el equipo y las instalaciones disponibles actualmente; y el nivel insuficiente de integración de las empresas paraestatales.

Los problemas coyunturales incluyen la subutilización de la flota existente; la escasez de refacciones y equipo; el bajo mantenimiento de la flota; el peso de la deuda externa; y la necesidad de organización integral y de coordinación intersectorial.

La capacidad portuaria es insuficiente para el descargo, recepción y almacenamiento. Los puertos e instalaciones conexas especialmente en cuanto a almacenamiento en frío, son insuficientes. Las operaciones a mediana escala con sardinas y con pescado de escama muestran subutilización y desperdicio.

La situación general de la pesca se ha agravado recientemente debido a incrementos en los costos y a dificultades de comercialización.

Será necesario mejorar el acceso directo al mercado por parte de empresas ejidales y comunales. Los sectores sociales y paraestatales se ven particularmente afectados por los costos financieros y los aumentos de precios de refacciones.

El diagnóstico del Programa concluye con una consideración pormenorizada del potencial pesquero, antes de proponer medidas extremadamente detalladas (que yo omito de este artículo).

a) *Captura*. Su incremento futuro se hace depender de administración y operación adecuadas, las que a su vez están predicadas sobre capital oportuno y suficiente de trabajo. Debido a su relación con el Programa Nacional de Alimentación, se prevé conceder prioridad a las operaciones con sardinas y con pescados de escamas. Se quiere que la flota atunera rebase las aguas mexicanas para competir en las Zonas Económicas Exclusivas de otros países; satisfaga el consumo nacional; e incremente sus ventas internacionales. La pesca del camarón y de otras especies de alto rendimiento económico deberán aumentarse, tanto nacional como internacionalmente.

El programa concede prioridad a la pesca costera en atención a su alta proporción de empleo, su utilidad para el consumo local y su significado para el desarrollo de mercados locales y regionales.

b) *Industrialización*. La primera preocupación del Programa es el de la disponibilidad oportuna y suficiente de maquinaria y demás equipo. En vista del alto costo de la lámina, se recomienda la búsqueda de métodos alternativos de empaque. En general, las tecnologías empleadas deben ser menos complejas y caras. Deben estimularse la producción de pescado seco y salado. Las especies secundarias deben aprovecharse a fin de mejorar el consumo directo de pescado. El Programa sugiere un papel acrecentado para las empresas paraestatales en asegurar la entrega expedita y la regulación del mercado. A fin de evitar la distracción de pescado para consumo animal y no humano, el Programa recomienda que se utilicen especies distintas en la preparación de alimentos balanceados para animales.

c) *Acuicultura*. El Programa estima que la acuicultura tiene un potencial positivo especial para las zonas marginales del país y propone que se incrementen los capitales sociales (20) y privados en especies que no sean reservadas. En esta actividad se deben utilizar plenamente las grandes presas de irrigación y otros depósitos naturales o artificiales. También se cree, dado el alto rendimiento económico de algunas especies, que inversiones relativamente bajas en depósitos también menores pueden ser muy productivas. En México existe ya un amplio Programa específico en Acuicultura.

d) *Comercialización*. Deben eliminarse tanto la intermediarización excesiva cuanto la especulación (o por lo menos reducirse grandemente). Se cree que hay que estimular el consumo *in situ* donde se

esté impulsando la acuicultura y la pesca costera. El Programa lamenta que los mercados internacionales de México se limiten prácticamente a los Estados Unidos, a pesar de las aparentes posibilidades de expansión a Europa y el Oriente. De nuevo, en la actualidad no se satisfacen las posibilidades del almacenamiento en frío y por congelamiento. Por último, debe darse mayor atención a la provisión de ciertos mercados institucionales como los hospitales, las prisiones, los hospicios y los desayunos escolares.

IV. LAS BAHÍAS HISTÓRICAS Y EL CASO LIBIO

Dice Cervantes Ahumada¹² que en el derecho marítimo es imposible delimitar fronteras entre los intereses público y privado puesto que su solución requiere elementos de todas las ramas del derecho. Habrá tantas sub-ramas como ramas jurídicas se ocupen de cada relación humana. En suma, el Derecho marítimo es:

un conjunto coordinado de construcciones ideales o instituciones jurídicas, emanadas de un poder público efectivo y destinadas a realizarse o actualizarse en la vida humana de relación social, en el teatro del mar o en relación con los espacios marítimos.

Entre las características más notables del Derecho del mar, Cervantes encuentra las siguientes: ser una de las más antiguas, si no la más antigua, de las ramas especializadas del Derecho; ser insensible a los cambios políticos (por ejemplo, la forma de gobierno nacional), pero muy sensible a los cambios técnicos; tener un carácter muy vital, en cuanto que no espera a nuevas normas escritas, sino que sus participantes le dan gran importancia a las costumbres; utilizar la mayoría de las normas aplicables a las relaciones comerciales interpersonales como supletorias; tender tradicionalmente a una "unificación internacional" (lamentablemente en un *impasse* reciente al enfrentarse en la Convención sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas las naciones con alta tecnología y las naciones relativamente desarrolladas); y proceder a otras ramas del Derecho en la creación de instituciones jurídicas, como la sociedad mercantil, el seguro o el riesgo de trabajo.

Los problemas del Derecho del Mar se conectan con mayor frecuen-

¹² Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho Marítimo*. México: Editorial Herrero, 1970, 774 pp.

cia a las ramas constitucional, internacional, administrativa, civil, mercantil, laboral, procesal y penal.¹³

Me parece adecuado cerrar este apartado con algunas referencias históricas. El alumno podría aprovecharlas para desentrañar e identificar no sólo su contenido técnico, sino sobre todo para utilizarlas como un viaje histórico, geográfico y económico (principalmente) para situar estos estados del desarrollo del Derecho del Mar en el contexto social en que se dieron. Eso constituye una de las pocas maneras constructivas que conozco para escapar de la pesadumbre que causa contemplar instrumentos jurídicos obsoletos.¹⁴

Las referencias históricas al Derecho del Mar son muy antiguas. Así por ejemplo, en el Código de Manú (siglo II a.C.) se establecía, entre otras disposiciones pertinentes al tema que "las ventas de las mercancías procedentes de ultramar... no se nulificaban incluso si el vendedor" no era su dueño. Las leyes marítimas de Rodas predominaron en la cuenca del Mediterráneo y algunas de ellas perduran aún, destacando entre ellas una especie de sociedad antecedente del contrato de comenda que es, a su vez, el antecedente de la actual sociedad comercial, y los principios sobre averías gruesas reflejados aún en nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimo.¹⁵ Aquel brillante tráfico marítimo griego fue, pues, regulado principalmente por las leyes rodias.

El Derecho romano también adoptó las leyes rodias, pero le agregó valiosas instituciones. Por ejemplo, en el Edicto Perpetuo aparece la acción de recepto que permitía al capitán o al naviero reclamar las cosas que se les habían dado en guarda y que hoy se aplica a los hoteleros y a quienes reciben huéspedes; según el Código de Justiniano, "quienes habían tratado con el capitán podían ejercitar su acción contra el propietario del navío como principal en las *institoriae acciones*; y, en general, se amplían al derecho del mar acciones establecidas por el comer-

¹³ De ahí que el autor citado divida su texto en siete grandes secciones: el Derecho marítimo constitucional (incluyendo los espacios marítimos); las autoridades marítimas, los puertos, el Registro Marítimo Nacional, el régimen administrativo del buque, el derecho de pesca y las actividades aduaneras, sanitarias y migratorias; el Derecho marítimo civil; el Derecho marítimo laboral; el Derecho penal marítimo; y el Derecho procesal marítimo.

¹⁴ Cervantes, *supra* nota 12, pp. 10-34, que contienen detalles de tal evolución histórica.

¹⁵ "Artículo 256. La avería gruesa o común (es) todo daño o gasto extraordinario causado por actos (deliberados y directos) del capitán del buque al buque o a su cargamento, para salvarlos de un riesgo conocido y real.

"Artículo 257. El importe de las averías gruesas será a cargo de todos los interesados en la travesía, en proporción al monto de sus respectivos intereses." El capítulo continúa con la forma en que se ha de distribuir esa responsabilidad.

cio terrestre. Durante el Medievo fueron apareciendo magistrados del mar, con el nombre romano de cónsules, para aplicar sobre todo un derecho local y consuetudinario, entre los que destacan los assises de Jerusalén, las Tablas de Amalfi, los Roles de Olerón, las Leyes de Wisby, el Libro Negro del Almirantazgo Inglés y el Código Hanseático y el Consulado del Mar (catalán).

Dentro de la legislación española destacan las ordenanzas y Estatutos de la Casa de Contratación de Sevilla (1566), incluyendo su notable legislación sobre el seguro marítimo. En tiempos más modernos aparecieron, entre otras, la Ordenanza sobre la Marina de Luis XIV, que sirvió de antecedentes del Código de Napoleón, el que a su vez influyó nuestro Código de Comercio de 1890; las Ordenanzas de Bilbao, que rigieron en México aún después de la Independencia; y la famosa Ordenanza inglesa de Cromwell, que tanto influyó en el desarrollo de la marina en Inglaterra.

El Derecho del Mar en México se integra con las normas constitucionales del país y, en razón del Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con los tratados internacionales acordes con ella. El Artículo 73 de ese documento otorga al congreso la facultad de legislar en materia marítima.¹⁶ La Ley de Navegación y Comercio del 10 de enero de 1963 establecía como fuentes supletorias de la misma los usos y diversas leyes (como el Código de Comercio y la Ley de Vías Generales de Comunicación). El Congreso expidió y el Presidente de la República publicó en el Diario Oficial del 8 de enero de 1986, la Ley Federal del Mar.¹⁷

Como señalé arriba, aparentemente el argumento principal de Libia para negar el derecho norteamericano a llevar a cabo las maniobras militares en el Golfo de Sidra es que se trata de una bahía histórica. Según Cervantes, las bahías históricas se consideran como aguas interiores del Estado ribereño, sin importar cuál sea la extensión ni la anchura de su boca y se refiere al ejercicio de soberanía, por ejemplo, de Canadá sobre la Bahía de Hudson, de los Estados Unidos sobre la bahía de Chesapeake (entre otras), y la Unión Soviética sobre la bahía de Pedro el Grande. Según la Ley Federal del Mar las bahías podrían

¹⁶ "El Congreso tiene facultad... XIII. Para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al Derecho marítimo de paz y guerra (y) XVII. Para dictar leyes sobre... el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal..."

¹⁷ "Artículo 3o. Las zonas marítimas mexicanas son: a) el Mar territorial; b) las aguas marinas interiores; c) la zona contigua; d) la plataforma continental y las plataformas insulares; y e) cualquier otra permitida por el derecho internacional".

ser consideradas como "aguas marinas interiores" o "como cualesquiera otra permitida por el Derecho Internacional" aunque no son mencionadas expresamente en la enumeración de las zonas marinas mexicanas que hace el artículo 3 de dicha Ley Federal. La Convención sobre Derecho del Mar de 1982 define y limita las condiciones en que una bahía ha de considerarse como aguas interiores del país ribereño (Artículo 10) pero en su párrafo 6 expresamente exime de tales limitaciones a las llamadas bahías "históricas". La parte XV, sección 2, Artículos 286 a 296 de dicha Convención establece un sistema para la solución obligatoria de las disputas que pudieran surgir en la aplicación de la Convención. Sin embargo, la sección 3 de esa misma parte, Artículo 298, expresamente exceptúa del procedimiento obligatorio, en su párrafo I (a) (i) a las disputas sobre la delimitación de las fronteras marinas, siempre y que el Estado interesado haya hecho reserva de ello al firmar la Convención. Aun así, existe la posibilidad de que los Estados en disputa sobre esta materia puedan someterla a diversas formas de negociación y conciliación.

Existe la posibilidad de marcar un paralelo entre el Golfo de Sidra a que nos referimos arriba y el Golfo de California en México. El maestro Cervantes continúa la última referencia que hice a su obra diciendo que México dividió en dos partes la superficie del Golfo californiano por decreto del 30 de agosto de 1968, aplicando el sistema de líneas rectas de base para desplantar el mar territorial en el interior del Golfo, con lo que al unir los puntos salientes de las islas que forman cadena a la altura de la ciudad de Hermosillo, de dichas islas hacia el norte el golfo queda como mar interior. Cervantes considera inconveniente esta solución porque la porción que queda en alta mar hacia el sur del golfo impedirá seguramente proteger en forma adecuada la fauna marina propia del golfo; abunda sobre las razones que pueden esgrimirse para considerar dicho golfo como mar interior; y se refiere específicamente al Decreto expedido el 13 de febrero de 1930 no derogado técnicamente por el Decreto posterior y que permite que se considere la zona del Golfo de California como legalmente cerrada a la pesca, del paralelo 27 al norte.

Székely en cambio, se opone a esta interpretación de Cervantes,¹⁸ identificando el Decreto mencionado por Cervantes Ahumada como el Decreto por el cual se declara de Exploración Común Dedicada al uso de los Regionales una Zona Pesquera del Golfo de California,

¹⁸ Alberto Székely, *México y el derecho internacional del mar*. México: UNAM, 1979, pp. 123-124.

del cual tiene que decidirse, según Székely, que era "obviamente" contrario al derecho internacional porque como no se había aún establecido la institución de la pesca exclusiva más allá del mar territorial, al reclamar una competencia limitada (pesca) solamente en una parte del golfo, dejando la porción sur sin regular, se demostraba que México consideraba a las aguas del golfo como parte de Alta Mar, contradiciendo así al tesis de la bahía histórica.¹⁹

El investigador (alumno o profesor) tendría, entonces que determinar con respecto al Golfo de Sidra, primero si se trata efectivamente de una bahía histórica, en cuyo caso sería mar interior y las maniobras extranjera militares no autorizadas constituyen, como lo dice la Ley Mexicana, un atentado a la soberanía nacional.

Pero aun en el campo limitado del Derecho del Mar, tendría que asegurarse de que no existieran medios pacíficos para la solución de la controversia. En el círculo más amplio del Derecho Internacional, tendría que determinarse si la acción naval para defender el derecho libre de maniobras en alta mar se justifica en tiempo de paz y con tan aparente poca relación con los intereses vitales del actor. Finalmente, podría tratar de determinar así, como arguyó el presidente norteamericano, desde el punto de vista de las relaciones internacionales en el momento actual es aceptable "disuadir" a un jefe de gobierno de continuar sus prácticas de terrorismo de Estado (por bien documentadas que estén). Sea cual fuera la respuesta a estas interrogantes, el investigador podría reflexionar sobre la posibilidad de que la cooperación internacional (y con qué medios) impida la comisión de actos terroristas sin con ello perpetuar situaciones moral o políticamente injustas. Es claro que esta última cuestión rebasa los términos planteados de tres círculos concéntricos de análisis. Sin embargo, sostengo que sin el planteamiento de tales círculos, la respuesta eventual será imposible, por lo menos en el estado general actual de conocimiento racional.

V. MINADO DE PUERTOS EN TIEMPOS DE PAZ Y EL CASO NICARAGÜENSE

Las fuerzas navales de los Estados Unidos también han sido empleadas con distintos propósitos contrarios al régimen sandinista en Nicaragua, como parte de una política declarada de apoyo a la facción opuesta a ese régimen (conocida popularmente con el nombre de

¹⁹ Puesto que, según el ordenamiento citado, "la nación ejerce soberanía en una franja del mar denominada Mar Territorial adyacente tanto a las costas nacionales, sean continentales o insulares, como a las Aguas Marinas Interiores".

los *contras*). Ya con motivo de lo que describo arriba como el "caso libio", Gutiérrez había advertido una posible relación entre lo que ocurría en el Golfo de Sidra y la situación centroamericana.²⁰ La operación llamada *Big Pine II*²¹ se había iniciado en el verano de 1983 y continuó hasta marzo de 1984, involucrando la presencia de numerosas tropas estadounidenses en Honduras y maniobras navales extensas frente a las costas de Nicaragua (en sus costas frente al Pacífico y frente al Caribe).

Basándose en informaciones periódicas inglesas, MacMahan escribe que a partir de fines de febrero de 1984 la Agencia Central de Inteligencia empezó a minar los puertos nicaragüenses. Muchos barcos fueron alcanzados por las bombas, incluyendo un tanquero soviético, hiriendo gravemente a cinco miembros de su tripulación.

El investigador, alumno o profesor, deberá determinar en primer lugar la cuestión, que parece obvia al sentido común, de la responsabilidad de un Estado por los actos de sus agencias secretas. Después, deberá determinar si el minado de puertos en tiempos de paz (o por lo menos, de guerra no declarada) constituyen una "amenaza o... uso de la fuerza" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

En todo caso, la reacción nicaragüense consistió en presentar el caso a la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial de las Naciones Unidas. Los Estados Unidos decidieron, tres días antes de que el caso fuera examinado por dicho tribunal, que no reconocerían la jurisdicción de la Corte en casos involucrando Centroamérica, por un periodo de dos siguientes años. (Esto, a pesar de que la Corte poco antes había votado unánimemente a su favor de que en el caso de los rehenes tomados de su embajada en Irán). Finalmente la Corte votó unánimemente a favor de ordenar a los Estados Unidos a suspender el minado, los Estados Unidos aceptaron la orden y comenzaron a retirar las minas, según MacMahan sobre todo por la presión congresional de

²⁰ Enrique Gutiérrez Aicardi, "Nicaragua: ¿La misma suerte de Libia?", *La Jornada*, 26 de marzo de 1986. Según el articulista, incidentes como el del golfo de Sidra se estarían prefabricando para permitir al Presidente Reagan una "intervención quirúrgica" contra Nicaragua y los sandinistas.

²¹ "Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: ... 4. 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".

que, de no hacerlo, correría riesgo la partida presupuestal para ayuda a los *contras*.

En este apartado pudo verse uno de los muy pocos casos en que una disputa internacional marítima llega a ser decidida por el máximo tribunal mundial que aplica las reglas reconocidas de Derecho Internacional. Sin embargo, también se apunta hacia las relaciones entre las presiones internas y las posiciones internacionales de los países, uno de los temas básicos de la teoría de las relaciones internacionales.

VI. RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA

También México se tuvo que enfrentar a este problema con motivo de la contaminación de las playas texanas causada por residuos petroleros llegados de la zona en que el pozo Iztoc I se incendió y escaparon grandes cantidades de petróleo.

El primer criterio que viene a la mente para atribuir responsabilidad es el del "riesgo excepcional". El problema sería si existe responsabilidad de reparar los daños causados por una actividad *lícita* del Estado a la que se dedica como consecuencia del desarrollo tecnológico. La Convención de 1972 sobre Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos Espaciales especifica que el Estado de lanzamiento tiene la responsabilidad absoluta de acordar la reparación del daño causado por su objeto espacial sobre la superficie de la tierra o en contra de las aeronaves en vuelo. En esa hipótesis el Estado asume la responsabilidad del daño, no requiriéndose al demandante aportar prueba alguna de cualquier forma de negligencia: como se trata de actividades ultrarriesgosas, no se considera ni se evalúa el comportamiento del autor del daño ante la dificultad o imposibilidad de demostrar conducta culposa sino que se prueba únicamente el vínculo de causalidad entre la actividad desarrollada y el daño cometido y, en todo caso, se da por presunta la negligencia. Este punto de vista es sostenido, entre otros autores, por Jenks, Goldie y Tesauro.

Sin embargo, este planteamiento no escapa de cierta apreciación crítica. Por ejemplo, Dupuy le achaca falta de análisis jurídico profundo: por carecer de suficiente generalidad, requeriría leyes especiales. La tesis de Cahier basa la responsabilidad por actos lícitos de un Estado en un principio general de Derecho, en el sentido usado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque requiere que el daño sea de suficiente importancia. Según Handl, el Estado está obligado "secundaria" o "funcionalmente" a reparar el daño cau-

sado por su violación a la "responsabilidad" de ese Estado de controlar las actividades que se realicen en su territorio, tal como lo prescribe el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972.

Gómez Robledo Verduzco concluye que la responsabilidad puede ser susceptible de aplicación dentro de la línea trazada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cuando exista un riesgo excepcional. Sostiene que esta tesis se ha extendido a personas físicas o morales de carácter privado que están encargadas de prestar efectivamente un servicio público determinado, aunque gocen de una personalidad jurídica distinta del Estado. Sin embargo, esto resultaría inaceptable dentro del estado *actual* del Derecho Internacional positivo de no mediar incumplimiento de obligaciones de prevención o represión consagradas en un deber de diligencia. En consecuencia y en el caso concreto del Iztoc, no sería aplicable sin una demostración previa de violación al deber de diligencia, la responsabilidad fronteriza, aunque tampoco parecería justificable la exigencia de agotar los recursos de los tribunales internos. El autor reporta que la Corte de Distrito en Texas exoneró a Pemex (por la doctrina de la inmunidad de Estado), concedió el beneficio de la doctrina de la limitación de responsabilidad a Sedco y se declaró competente en el caso de Permargo, la otra de las dos compañías "privadas" involucradas en el caso.²²

El fenómeno de la contaminación del planeta es, por supuesto, variado en sus factores y en su intensidad. Sin embargo, nuestro investigador podría reflexionar sobre la noticia aparecida el 30 de abril de 1986 en los diarios mexicanos en que autoridades responsables parecen renunciar a un enfrentamiento cabal con el problema, al menos en nuestro valle de México.²³ La justificación de tal actitud podría ser la crisis financiera que envuelve al país y, quizá, la limitación tecnológica. Sin embargo, la reflexión se vuelve aún más desalentadora cuando se lee en los periódicos que la segunda potencia mundial, con toda su libertad de planeación oficial y de asignación de recursos, se enfrenta en estos momentos a una situación extrema de contaminación por accidente nuclear.

En efecto, el 30 de abril se anunció²⁴ en un despacho originado en Moscú que

²² La Sección 5 de la Parte XII de la Convención sobre Derecho del Mar se ocupa precisamente de las Reglas Internacionales y la Legislación Nacional para Prevenir, Reducir y Controlar la Contaminación del Ambiente Marino.

²³ Rosa Rojas, "La infición jamás desaparecerá, dicen..." *La Jornada*, 30 de abril de 1986.

²⁴ Diversas agencias, *La Jornada*, 30 de abril de 1966, pp. 1, 20.

...la Unión Soviética solicitó ayuda inmediata de especialistas europeos para sofocar el incendio producido en uno de los reactores nucleares de la Central de Chernobylskaya en un accidente que, según informaciones oficiales, provocó la muerte de dos personas y obligó a la evacuación de más de treinta mil pobladores de la zona cercana de la planta.

La agencia UPI hablaba de ochenta muertes instantáneas y mil más cuando las víctimas eran transportadas a los hospitales. Esta versión fue confirmada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos con base en datos obtenidos por sus satélite espías. El 2 de mayo siguiente la Unión Soviética habría de reconocer que de los casi mil doscientos heridos enviados a los hospitales, dieciocho personas se encontraban en estado "grave". Por supuesto, en este tipo de accidentes el daño final no se puede evaluar sino hasta después de que pase considerable tiempo. En todo caso, la central nuclear accidentada se encuentra a ciento treinta kilómetros de Kiev, ciudad de casi dos y medio millones de habitantes. Los especialistas europeos consideraron que el accidente fundió totalmente el núcleo central del reactor de tipo RBMK que utiliza grafito y agua ligera y tiene ocho metros de alto y quince de espesor. El accidente presentó similitudes con los ocurridos en Inglaterra en 1959 y el de Three Mile Island en Estados Unidos en 1979.

Un vocero oficial polaco reconoció que una nube radioactiva había traspasado la frontera con la Unión Soviética y que se habían establecido puntos adicionales de observación, recomendándose que no se consumieran ciertos productos alimenticios hasta nuevo aviso. En otros despachos²⁵ se dijo que la radioactividad generada aumentó en ciento por ciento los niveles habituales en el centro y sur de Finlandia, cincuenta por ciento en Noruega y diez por ciento en Suecia. Para el 4 de mayo²⁶ los índices radioactivos habían descendido considerablemente en Europa, pero se extendieron a Japón e Israel. Sin embargo, fuentes de la Agencia de Ciencias y Tecnología del Japón revelaron que la nube radioactiva que se detectó en ese país "está muy por debajo de los límites de tolerancia", por lo que no representaban ningún peligro para la vida humana. En Jerusalén, el Ministro de Salud Pública indicó que "las partículas radioactivas que empezaron a caer... en su país con las sorprendidas lluvias no son peligrosas". Es razona-

²⁵ Pablo Hiriart, "Suecia se abstuvo en poner en práctica el Plan de Seguridad Civil", *La Jornada*, 30 de abril de 1986.

²⁶ Diversas agencias, *Uno Más Uno*, 5 de mayo de 1986.

ble suponer que ambas declaraciones tomaron en cuenta la necesidad, por razones de seguridad pública, de no alarmar a las respectivas poblaciones y que los daños reales y potenciales fueron considerablemente mayores.

Irónicamente, se anunció el mismo día desde Tokio que cinco (fallidos) proyectiles se lanzaron contra el lugar de reunión de los Jefes de Estado en los países industrializados más poderosos (incluyendo al Presidente Reagan) y que la nube radioactiva había llegado al Japón, eventos ambos que parecen haber ayudado a la campaña antiterrorista y de confrontación con la Unión Soviética que lleva a cabo Estados Unidos.

Al día siguiente del accidente soviético el vocero de la Organización Internacional de Energía Atómica destacó²⁷ que "no existe convención internacional alguna que estipule la obligación de dar a conocer esos sucesos" a pesar de que su conveniencia se ha debatido durante largos años. Frente a ello, especialistas agrícolas de Chicago afirmaron que el siniestro atómico tendrá serias repercusiones en la agricultura y ganadería soviética y europea. El Ministro de Alimentación de la República Federal de Alemania anunció que su país estudiaba la posibilidad de demandar a la Unión Soviética una indemnización por daños y perjuicios, a consecuencia de que "es posible que nuestra leche y cosechas se encuentren contaminadas por las radiaciones y tengan que ser destruidas".

Cabe preguntarse, por lo menos, si existe el derecho a información inmediata en caso de siniestros nucleares y, más importante, si la responsabilidad anotada arriba por contaminación transfronteriza es aplicable a siniestros como el de Chernobylskaya. Pero eso sería insuficiente si no se examinan los argumentos de, por ejemplo, el llamado Partido Verde en Alemania federal, exigiendo la supresión del uso de la energía atómica aun para fines civiles (cuestión que la Unión Soviética se apresuró a contestar en la negativa tan sólo unas cuantas horas después del accidente). De manera más concreta y limitada, habría que remontarse a las bondades de instrumentos tales como el Tratado de Tlatelolco proscribiendo, al menos parcialmente, las armas nucleares en América Latina y contrastarlo con el aparentemente inexorable curso del progreso tecnológico y los intereses involucrados en él.

²⁷ *La Jornada*, supra nota 24.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

Sergio VELA TREVIÑO

SUMARIO: I. *No hay crisis del Derecho Penal en México.* II. *La justicia en materia penal.* III. *Condiciones del acto de justicia penal.* IV. *Capacidad social para imponer sanciones al delincuente.* V. *La administración de justicia en nuestro país.*

I. NO HAY CRISIS DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

Hay palabras que por fuerza de ser usadas van perdiendo su contenido y variando su acepción; en cierta forma, como se ha dicho por otros, las palabras se van gastando por ser muy usadas, y, a veces, mal usadas.

Una de ellas es crisis, que probablemente sea una de las voces más escuchadas en nuestro medio en los últimos años. Desde un punto de vista gramatical crisis quiere decir, en el sentido en que la vemos tan empleada, el momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes, acepción que es extensiva respecto del original sentido de la palabra, entendida como mutación considerable en una enfermedad, sea para mejorar o para agravar el enfermo que la padece.

En una u otra de sus significaciones, sea en la original o en la extensiva, es obvio que crisis está directamente vinculada con una idea de lo que acontece en un momento preciso. En efecto, el momento de la crisis en una enfermedad acontece cuando el proceso evolutivo de ella la lleva a la culminación, ya que después no pueden ocurrir sino dos situaciones: el enfermo sobrepasa la crisis y cura o no la tolera y muere. En el otro aspecto, referido a la acepción extensiva, la crisis acontece en un negocio o en una situación cuando se llega, como se ha dicho, al momento decisivo, a ese instante en que han de resolverse las dubitaciones y tomar las decisiones. En ambas formas de entender la palabra, pensamos que no puede haber crisis permanentes, porque sería manejar los absurdos. Lo crítico es contrario a lo

permanente y lo permanente no puede ser crítico, salvo que demos un nuevo y diferente contenido a la expresión.

Viene al caso la observación precedente porque en este ensayo vamos también a referirnos a la crisis, pero bajo una distinta perspectiva de la que se le ha dado en forma frecuente, ya que abordaremos cuestiones relacionadas con el Derecho Penal. Para quienes estamos vinculados con temas del Derecho Penal y de la administración de la justicia penal, es de fácil comprensión la transformación que se ha sufrido recientemente; pero para los profanos, para aquellos que de estas cuestiones no reciben sino comentarios aislados, las más de las veces anecdóticos, es necesario hacer algunas observaciones que permitan ubicar adecuadamente al motivo de nuestro estudio.

Decimos que es lenguaje común referirse al Derecho Penal y mencionar que se encuentra en crisis, porque en esta materia se han presentado cambios constantes y trascendentales desde que empezó a funcionar como una parte en las ciencias jurídicas y alcanzó su plena autonomía dentro del catálogo de las ciencias penales. Recuerdo que hace ya varias décadas cuando empezaba a estudiar la carrera de abogado, uno de los primeros libros especializados, más allá de un simple texto, que cayó en mis manos, era una obra cuya primera y más destacada parte se intitulaba, precisamente la Crisis del Derecho Penal en México. Estaba referida la crisis a la transformación de las ideas penales que, abandonando el campo de lo experimental y causal explicativo que caracterizó al positivismo penal de Ferri, Lombroso y Garofalo, junto con Fioretti y que rigió todos los pensamientos respecto del delito y del delincuente en el principio del siglo XX, quería entronizar un sistema puramente jurídico, al amparo de la ley como dogma supremo y con juicios de valor y fundamentos lógicos en la parte substancial del Derecho Punitivo, especialmente en lo concerniente a la culpabilidad como juicio de reproche por el comportamiento realizado y no como un estado sintomático de peligrosidad o temibilidad social.

Era este un momento en que tenían que tomarse posiciones, puesto que la legislación penal de 1931 estaba vigente, pero en su aplicación se topaban fuertes barreras mentales, puesto que los intérpretes de la ley se habían formado en una corriente de pensamiento diferente. bio brutal que en lo social produjo la Segunda Guerra mundial; te-

Además, no México, sino la humanidad toda, había sufrido el cam-

todo era distinto a partir del momento en que se abrió la era atómica, con su revolución, que cubre la vida toda.

Esta fue, repito, la primera ocasión en que me encontré asociadas las ideas de crisis y de Derecho Penal. De entonces para acá, han sido tantas las ocasiones que hemos enfrentado la misma idea de hallarnos en crisis que empezamos a caer en el absurdo ya mencionado de dar calidad de crítico a lo que es permanente.

Parece ser que la única manera de clarificar la situación de la tal crisis, se encuentra en aceptar algo que, por otra parte, no es una novedad, sino un pensamiento constante; se trata de entender y aceptar que el Derecho Penal es cambiante en la medida en que cambian, y se transforman las sociedades para las que rige o postula principios. Si llegamos a una total aceptación de esta afirmación nos será más fácil entender que los cambios, las mutaciones, las revueltas del Derecho Penal, son producto y consecuencia de su propia y especial naturaleza, pero no de una situación de crisis.

En efecto, la rama del Derecho que requiere de mayor congruencia con el pensamiento y forma sociales lo es el Derecho Penal, porque su función tutelar tiene que coincidir con el sentir de la sociedad, ya que de no darse este caso estaríamos frente a un Derecho Penal arbitrario y despótico. Con esto estamos fijando una función específica y diría que exclusiva a la norma de carácter penal, que consiste en entenderla como protectora y motivadora. Antes de explicar nuestras ideas a este respecto, resulta pertinente referirnos a la razón esencial de la existencia del Derecho Penal.

En este sentido consideramos que a partir de ese momento ignorado en que los hombres establecieron la vida gregaria, nacieron los conflictos entre ellos, ya que toda forma de organización social, aun las más primitivas, significa en cierta medida una limitación anticipada para la libertad del hombre. Nadie hay que disfrute de una libertad absoluta. De la convivencia surgieron los conflictos de intereses y de éstos la necesidad de disponer de una capacidad para resolverlos, con el fin de proseguir con una vida armónica y pacífica. Nace así el Derecho, o la norma jurídica y también, imprescindiblemente tiene que nacer quien haya de aplicarla. Sobre esto volveremos más adelante.

Los intereses más importantes para una sociedad, son protegidos por el Derecho Penal, por ser éste el que cuenta con los medios más drásticos para restablecer el orden alterado. Esto no quiere significar, en forma alguna, una preponderancia del Derecho Penal sobre otras ramas del Derecho, sino que es el simple reconocimiento de un hecho

evidente. La seguridad del grupo, la integridad de éste, la vida de sus integrantes y así sucesivamente, son intereses esenciales que requieren de la tutela especial que proporciona el Derecho Penal y de ahí que surjan los tipos de traición a la patria, de motín, rebelión, homicidio, etc., mismos que citamos a título de ejemplo, ya que al través de ellos es que el Derecho Penal pretende proteger los valiosos intereses que hemos citado.

La determinación de los intereses que deben ser motivo de protección o tutela es el reflejo del sentimiento del grupo en un momento histórico preciso. Es por ello que entre el grupo y el Derecho Penal debe haber congruencia, si se pretende tener un sistema correctamente establecido. Los tiempos cambian y las sociedades también, lo que debe hacernos percibir que el Derecho Penal, tiene, igualmente, que ser cambiante, no por estar en crisis, sino por necesidad de adecuarse para cumplir con su función.

Sería absurdo por ejemplo, pretender que un Derecho Penal correspondiente a la época del absolutismo, pudiera tener vigencia actualmente, en esta época en que se quiere establecer el valor supremo de la persona humana, como lo evidencia el movimiento en favor de los derechos humanos, que se está produciendo en distintas partes del mundo.

También sería inadecuado que sociedades que han decidido organizarse y se han organizado en forma diferente, tomaran un mismo sistema jurídico-penal para resolver sus controversias y conflictos. Por ejemplo, las sociedades organizadas en forma representativa republicana, no pueden ser iguales a las determinadas por ideas teocráticas. No es posible pretender que un mismo Derecho Penal rija para México y para Irán. Uno y otro son notablemente distintos y así tienen que ser sus respectivos ordenamientos jurídicos que son, como se dijo, el reflejo de la sociedad en una época y lugar determinados.

Ahora bien, cuando hay divorcio entre la sociedad y su Derecho, éste se impone al principio, pero a la larga se adapta, con más o menos brusquedad. En la época en que hay prevalencia del detentador del poder para aplicar el Derecho Penal respecto de la sociedad, hay autoritarismo, con su contrapartida, que es el rechazo social, hasta que el sistema cambia y se adapta o ajusta.

En este sentido debe ser entendido el Derecho Penal y la función que le es propia; se trata de un instrumento social que pretende cooperar para el desarrollo armónico y pacífico de una sociedad y para

alcanzar una convivencia conforme a los patrones de conducta que la sociedad se ha impuesto.

Es clara e indiscutible la vinculación del Derecho Penal a una cierta línea de pensamiento, entendiendo que en este momento nos referimos a un Derecho Penal como conjunto de normas aplicables en esta materia y no a principios filosóficos que lo rigen. Así, el pensamiento de la sociedad, manifestado por medio de los legisladores, va dando forma y consistencia al conjunto de leyes, evidentemente impregnadas de la filosofía propia del Estado. Por esto es que hablamos de una necesaria congruencia.

Sin embargo, el ritmo vertiginoso al que se están dando los cambios sociales hace que con frecuencia el Derecho Penal se rezague en sus necesarias adecuaciones. Todavía no se ha encontrado un sistema que permita que contemporáneamente con los cambios sociales se den los legales; siempre éstos van a la zaga, por más o menos tiempo, pero siempre atrás del cambio social.

Es la sociedad la que se está transformando en forma constante y, en muchas ocasiones, brusca. La ley sigue tras la sociedad a un ritmo más pausado, especialmente cuando el cambio social afecta ideas o instituciones arraigadas profundamente en la mente de los hombres. Por ejemplo, podemos citar el caso de la evolución aceleradísima de la mujer en cuanto a su participación en la vida social, en todos los órdenes posibles. Esto se presentó a partir de la proliferación de sistemas anticonceptivos que dieron a la mujer una libertad e independencia en áreas que antes le eran limitadas. Estas transformaciones sociales, casi pudiera decir que representativas de un verdadero partaguas, tienen que repercutir en el campo del Derecho Penal y en algunos aspectos filosóficos vinculados. El tema del aborto, su despenalización en ciertos casos y el reconocimiento de los derechos de la mujer en este sentido, son cuestiones legales y penales abiertas actualmente a la polémica y a la discusión, pero nadie prácticamente cuestiona con serenidad y objetividad el derecho de la mujer para amar y disponer de su cuerpo. Tenemos aquí, en nuestra opinión, un caso cierto en el que hay una verdadera transformación social que aún no se ve plenamente reflejada en la ley.

Esto no quiere decir que la sociedad esté en crisis, sino tan sólo que está cambiando, como consecuencia de los avances en ciencias y técnicas y por el ingrediente de algunos acontecimientos históricos que han obligado a auténticos replanteamientos de las posturas que eran consideradas inalterables.

Tampoco está en crisis el Derecho Penal, lo que ocurre es que por su naturaleza misma, tiene que cambiar y adaptarse a los nuevos y distintos pensamientos sociales, a la desaparición de algunas barreras intelectuales y a la presencia de nuevos factores integrantes de la sociedad, que es, en última instancia la que pretende ser guiada y orientada por las normas penales.

Es ahora el momento para volver a una cuestión que líneas arriba quedó esbozada y que está referida a la necesidad de entender que la norma de contenido penal tiene una doble función en la sociedad moderna: es protectora y es motivadora.

Todas las normas jurídicas son protectoras en la medida en que pretenden evitar que sus objetos y objetivos sean alterados; de entre las normas jurídicas destacan las penales porque la materia que les es propia, sus objetos y objetivos son de la más elevada importancia para la sociedad y, en forma especial, porque las reacciones de que dispone en caso de incumplimiento son, también, las más drásticas de entre las que cuenta por su parte el Estado.

Hay una pregunta que siempre que se formula obtiene idéntica respuesta. La pregunta es: ¿Qué protege o qué pretende proteger la norma penal? La respuesta invariable es: Protege o pretende proteger los bienes jurídicos más importantes.

Obligadamente la sola mención del bien jurídico nos lleva a precisar una idea de lo que es este concepto, referido a la materia penal y en este sentido es posible afirmar que es la calidad de bienes jurídico penales aquellos presupuestos que la sociedad y la persona necesitan para alcanzar sus objetivos esenciales.

Estamos, evidentemente, frente a un camino de doble vía; por un lado, reconocemos que las sociedades, todas, tienen un objetivo y, verdad es que las sociedades organizadas en formas diferentes tienen diferentes caminos, pero idénticas metas. Todas quieren desarrollarse armónica y pacíficamente, aun cuando haya variaciones en los medios empleados para alcanzar el fin. Por otro lado, las sociedades, formadas por individuos, reconocen en estos valores individuales que son considerados presupuestos necesarios para alcanzar objetivos personalizados. Estos son los dos caminos, uno de las sociedades como tales, integradas por conjuntos de personas organizadas en forma institucionalizada y el otro el de los individuos, reconocidos en su dimensión personal.

Lo que esas sociedades y esas personas consideran intereses esen-

ciales, es lo que el Derecho Penal protege, dándoles la calidad de bien jurídico penal.

Esto hace que los cambios que la sociedad sufre o tiene en sus estructuras y objetivos, hagan cambiar los criterios de protección a los bienes comunes, que son transformados al incorporarlos o desincorporarlos del Derecho Penal. Un ejemplo clarísimo de esta idea nos lo proporciona la Revolución Francesa, ya que se trata de una misma sociedad, la francesa de 1789, que cambia radicalmente sus criterios de valoración y de estructuración, lo que se tradujo en cambios radicales también dentro de la idea del Derecho Penal de aquella época. Insistimos que estamos frente a una misma sociedad, que cambia y se transforma y obliga al cambio y a la transformación en el campo penal.

Se ha dicho y con razón que solamente puede ser reconocido como bien jurídico el interés que la sociedad, o las capas dirigentes de ella, consideran determinante en una época y lugar precisos. La sociedad actúa por medio de sus cuerpos legislativos protegiendo un interés con el instrumento adecuado que es la norma penal. Esto hace que cada tipo penal contenga, siempre, un bien jurídico, que es el que se pretende proteger, por ser esencial. Del conjunto de bienes jurídicos protegidos por los tipos (normas) penales, surge la función protectora a la que nos hemos referido. Tómese nota de que al darse un hecho que cumple un tipo, se está afectando un bien jurídico, y esto hace que sobrevenga la reacción que se presenta en la forma de la sanción y es sabido que no hay sanción más drástica, legalmente disponible, que la que aporta el Derecho Penal para cumplir con la función protectora que le es propia.

En cuanto a la motivación antes mencionada, pensamos que las normas jurídico-penales llevan consigo un mensaje dirigido a un destinatario, que lo es todo sujeto obligado a cumplirlas, mismo mensaje que puesto en expresiones simples, equivale a decirle al sujeto que debe guiar su conducta por los patrones socialmente aceptados, pues si no lo hace así habrá de sufrir las consecuencias inherentes a su comportamiento antisocial, que es tanto como sufrir las penas que se han establecido previamente.

Significa lo anterior que las normas están dirigidas a quienes son capaces de recibir el mensaje y, además, están obligados a cumplirlo; en otras palabras, se trata de un mensaje hacia los imputables. Los niños, los enfermos mentales y los incapaces transitorios, carecen de esa capacidad y por lo mismo, a ellos no está encaminado el mandamiento de la norma.

En este sentido, el ideal de la norma puede plantearse como la motivación a las facultades de seleccionar conductas para que, constante y permanentemente los bienes jurídicos no sean afectados, porque el poder motivador ha sido lo suficientemente eficaz para evitar los comportamientos desviados, que lo son aquellos que atentan contra la protección debida a los bienes protegidos, por insuficiente motivación o por falta de receptividad del destinatario.

Parece incuestionable que la función motivadora de las normas es de doble carácter: social e individual. En el primer plano, bajo un aspecto abstracto, cuando el legislador decide valorar un bien jurídico hasta el extremo de elevarlo a bien jurídico penal, lo hace por medio del tipo penal que crea al respecto, en el que en forma absolutamente amplia y abstracta, establece un ideal, en el sentido de que nadie, sin sufrir las consecuencias debidas, debe afectar el bien jurídico-penalmente protegido. Al mismo tiempo, toda motivación tiene que funcionar por intermedio de los individuos particularizados, primero, porque ellos son quienes cumplen o incumplen las normas y segundo, porque en ellos habrá de materializarse la consecuencia del comportamiento inadecuado.

Lo normal es que la sociedad y los individuos converjan en una norma, como ocurre, por ejemplo en los casos de la seguridad de la nación, en los delitos contra la economía, en el genocidio, el terrorismo, en las formas de homicidio, etc. Sin embargo, en otros casos es más significativo para el individuo el ataque a ciertas funciones que para la sociedad en abstracto, como ocurre en los delitos contra el honor, en el adulterio, en los delitos de contenido patrimonial y otros; este último caso no resta valor a la función motivadora, porque si la norma ha sido creada, es porque la sociedad reconoce la necesidad de proteger penalmente esos valores, por ser esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la sociedad, que se pretenden alcanzar como meta común.

Lo preocupante aparece cuando hay discrepancia entre el sentir y pensar individual y la decisión legislativa de crear o dejar permanecer la norma, porque en estos casos aparece un divorcio entre la realidad y la normatividad y como ésta debe ser cumplida mientras exista, se presentan las injusticias sociales, que duran tanto como se retarda el ajuste, en el que debe predominar la realidad.

Las sociedades son cambiantes como cualquier fenómeno que se da entre los hombres, las leyes, especialmente las penales, son también cambiantes, como lo evidencia la necesidad constante de adecuación

de los Códigos; pero ello no puede entenderse en forma alguna como una crisis del Derecho Penal, sino como un proceso obligado de transformación en el cual las leyes deben ser congruentes con el sentimiento y el pensamiento de la mayoría, si es que quieren conservar la respetabilidad y capacidad para cumplir sus funciones de protección y motivación.

Cuando no hay qué proteger, porque el bien ha dejado de ser esencial, o los procesos de motivación no pueden ser cumplidos, las leyes deben ajustarse a la realidad imperante, si es que se está en un régimen y en un sistema democrático en el que las mayorías, aun silenciosas, tengan significación.

II. LA JUSTICIA EN MATERIA PENAL

Aristóteles dijo que sin la virtud, el hombre es el más perverso y feroz de los animales y que la justicia, exigencia social y ley de la sociedad política es, en sentido amplio el ejercicio de todas las virtudes convertidas en una sola: la virtud perfecta, porque está referida no a uno mismo, sino a los demás y para los otros es la justicia que, por eso mismo, es más digna de admiración y plena de belleza que el levante y el poniente; quien la posee puede usar de ella para otros y no para consigo solamente. En un sentido estricto, la justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo suyo y se reconoce y da a cada quien lo que es de cada cual.

Sabemos que pocos temas hay que sean tan discutidos y discutibles como la definición de la justicia. Lo que antes dijimos glosando a Aristóteles es, probablemente, la idea más difundida de la justicia como virtud suprema de dar a cada quien lo suyo y reconocerle a cada quien lo que es de cada cual.

Entre los romanos Ulpiano definió la justicia en la siguiente forma según aparece en el *Corpus Juris*: *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, mientras que Cicerón decía de la justicia que era definible como *animi affectio suum cuique tribuens*.

El dar a cada quien lo suyo, el reconocerle su derecho frente al de otro en forma constante y permanente es, en lo esencial el acto de hacer justicia y, como dice Brunner se da por supuesta la posibilidad de que sea distinguible lo propio de lo ajeno, es decir la existencia de una propiedad privada según la cual lo de uno se separa de lo de otro y permite dar a cada quien aquello que le corresponde. Lo propio y lo

ajeno de origen, así, con verdaderos puntos de sostén de la idea de la justicia.

No es nuestra intención ir más a fondo en esta cuestión, primero porque no tenemos la preparación filosófica suficiente y después porque no es el meollo del tema que estamos tratando.

Simplemente queremos apuntar desde aquí que no nos satisface la idea filosófica tradicional de justicia nacida entre los pensadores griegos y latinos que ha llegado hasta nuestros días en forma dominante respecto de otras concepciones de la justicia. Nuestra insatisfacción surge cuando enfrentamos una tal idea de justicia en la esfera penal, donde resulta severamente cuestionada y, de querer sostenerla, obliga a verdaderos malabares intelectuales.

Tratándose de la justicia que se imparte en la materia penal, ella puede ser vista desde dos perspectivas totalmente diferentes, que son la de la víctima y la del delincuente. Sin ir a todo el fondo que la cuestión requeriría en un análisis distinto al nuestro, es evidente que si abordamos la idea de justicia desde el punto de la víctima sí puede tener valor la tradicional acepción de la justicia, porque son las mismas leyes las que abren la posibilidad, a través de la reparación del daño, de dar a la propia víctima la oportunidad de recibir lo que es suyo, sea por el resarcimiento del daño causado o por la restitución del orden jurídico afectado.

Donde no aparece la posibilidad de dar cumplimiento al ideal de justicia que hemos comentado, es en cuanto cambiamos la perspectiva y nos referimos ya no a la víctima, sino al delincuente.

Cuando se cumple la justicia penal, el reo condenado como delincuente padece una sanción aflictiva, que normalmente es la pérdida o menoscabo de su libertad personal, con independencia y reserva de otras sanciones, es decir, las llamadas accesorias. Resultaría irónico, por no decir absurdo, que se pretendiera sostener que tal sanción, que afecta la libertad, coincidiera con la idea clásica de dar a cada quien lo suyo, o de reconocerle lo que por derecho le corresponde.

La justicia penal debe, entonces, ser referida a un planteamiento distinto cuando se analiza desde el punto de vista del delincuente y pensamos que este mero planteamiento habrá de tomar como fundamentos a la ley y al orden.

La ley es el instrumento que la sociedad ha creado para que la idea de la justicia pueda referirse a casos concretos y actúa siempre bajo el principio enunciado con la fórmula de la igualdad de todos frente a la propia ley y en la validez del sistema que permite que alguien

sea poseedor de la facultad de resolver las controversias que se presentan.

Pensamos en lo que significa la igualdad frente a la ley y luego tratamos de llevar las conclusiones al campo penal.

Entendemos que en materia penal la justicia se quiere alcanzar dando a todos iguales oportunidades de ser enjuiciados conforme a sistemas comunes, en los cuales se respeten principios de valor universal y se resuelva la controversia con imparcialidad. Como debe ser claro, nada hay aquí que nos vincule con la idea clásica tradicional de justicia, porque en materia penal sentimos que la justicia es importante lo mismo en la forma que en el fondo.

Los principios que dan validez formal al acto de justicia están siempre fundados en la ley. Es la ley la que crea la igualdad que quiere sirva de base para el enjuiciamiento. Es así como en los presupuestos constitucionales de contenido penal vemos constantemente manejado el principio de igualdad, tanto en la creación de los tribunales cuanto en el conferimiento de derechos y señalamiento de objetivos.

Respecto de estos objetivos, observemos que la ley constitucional señala que el sistema penal —y se refiere al que se aplica cuando hay un delincuente señalado— tiene por objeto la readaptación social del delincuente, cuestión que evidencia que las clásicas definiciones de justicia nada tienen que hacer en la materia penal, porque al reo no se le da lo suyo, salvo que pensemos que la readaptación es algo propio y atributivo del individuo, ni se le proporciona el reconocimiento de derecho que le corresponda. Esto prueba lo que antes dijimos, o sea, la necesidad de encontrar un nuevo planteamiento a la justicia cuando estamos frente a cuestiones de orden penal.

Hecha la digresión precedente y volviendo a la importancia de la ley para sostener la igualdad, hay que mencionar que los principios valen y cuentan en la medida en que son aplicables y aplicados, es decir, en la medida en que funcionan y salen de lo abstracto del enunciado para vincularse en los casos concretos.

La ley penal significativa para lo que estamos mencionando es sumamente amplia. Empieza por las normas que contienen los tipos o que manejan las abstracciones que, de convertirse en realidades habrán de constituir los delitos, para luego seguir con ese conjunto de reglas generales que constituyen la llamada Parte General del Derecho Penal y, finalmente aparecen las normas procesales que rigen el sistema de enjuiciamiento que concluye con una sentencia firme.

Todas estas normas son previsiones abstractas que la sociedad ha establecido para tratar de motivar a los hombres hacia la vida armónica y pacífica. En realidad, todo el conjunto de normas penales llevan dentro de sí un gran contenido de amenaza, ya que su mensaje se puede reducir a que la ley dice: "no hagas o realices este hecho, porque sufrirás esta consecuencia."

Las normas salen de lo puramente abstracto cuando ocurre el hecho previsto hipotéticamente. En el momento en que un sujeto sometido a la ley penal rechaza el mensaje orientador y convierte en realidad lo que la norma pretendía evitar, adquiere toda su ejecutividad la norma y, al través del procedimiento se dinamiza o se pone en actividad la maquinaria que el Estado ha creado para, por su parte, convertir también en realidad la amenaza implícita en la norma involucrada. Si la ley dice que quien cometa un homicidio simple intencional, será sancionado con pena de ocho a veinte años de prisión, cuando alguien priva de la vida a otro y lo hace sin agravantes o atenuantes concurrentes, la maquinaria judicial será puesta en marcha para imponer al homicida la pena señalada. A esto nos referimos al decir que lo abstracto de la norma es convertido en realidad por un hecho atribuible a un hombre.

Las normas son, en este sentido, tanto substanciales cuanto formales. En el primer caso la igualdad y la justicia tienen que encontrarse en el valor que corresponde al hecho realizado ya que si todo delito afecta un interés socialmente relevante, todos los hechos que le dañen o expongan al peligro a ese interés, deben ser tratados igualmente. Aquí se hace la reserva natural de ciertos delitos que sólo pueden ser realizados por ciertos sujetos, como el infanticidio, que en nada alteran el valor de lo dicho, porque la hipótesis de la norma sigue siendo común.

Desde el aspecto formal, la justicia y la igualdad frente a la ley nos llevan a la posibilidad de afirmar que lo que destaca es que los mismos tribunales, aplicando las mismas leyes y actuando bajo idénticos sistemas son los que permiten resolver los casos concretos. La justicia se logra o se realiza cuando la ley es aplicada a los casos concretos y en este sentido es que al ir a su conclusión un proceso de enjuiciamiento de alguien respecto de cierto hecho, es cuando se está concretando la justicia.

En toda esta cuestión se encuentra un fundamento proveniente de la ley, ya que la ley crea el delito en abstracto, que el hombre vuelve

concreto y la misma ley señala las formas a seguir para que el juzgador cumpla con su función de administrar justicia.

La ley penal aplicada igualitariamente es una cuestión de principios generales, ya que no es correcta la afirmación de una aplicación total de ella en forma igualitaria, porque las desigualdades son naturales y, hasta es posible decirlo, necesarias, en la búsqueda de una idea real de justicia en la materia penal. Como prueba de esta necesaria y requerida desigualdad de la ley frente a la materia penal, podemos mencionar el caso de los hechos realizados por los menores. En efecto, un menor puede realizar con pleno conocimiento y voluntad manifiesta, un homicidio; sin embargo, la ley le quita al menor la posibilidad de llegar a ser enjuiciado por el hecho realizado, mientras que a un adulto que realiza un hecho idéntico se le habrá de juzgar para resolver si en el caso concreto hay delito o no lo hay y, en última instancia si se tiene un delincuente.

Aquí es notable que el mismo hecho realizado por personas diferentes lleva a tratamientos desiguales. En un caso se presenta la búsqueda de la calificación del hecho, para extraer de ahí las consecuencias jurídicas previstas; en el otro, hay un procedimiento sin juicio ni valoraciones jurídicas, con el objeto de conocer y aplicar las medidas de seguridad social convenientes en razón del objeto de proteger al menor y a la sociedad del comportamiento antisocial.

Como estos casos pueden citarse otros, pero servirían sólo para confirmar que la ley, al pretender un tratamiento igualitario, se refiere, según nuestro entendimiento, a la aplicación de idénticos principios a casos que son de similar contenido; pero no pretende que todos los casos, sea cual fuere la naturaleza del hecho y características de las personas, hayan de ser tratados en igual forma. Aun cuando puede parecer un verdadero juego de palabras, creemos que nuestra idea se podría concretar en una fórmula expresable así: justicia es igualdad en la desigualdad, según los principios aplicables. Para nosotros, que no pretendemos dar aquí una definición de la justicia que sirva en lugar de la tradicional, resultan más importantes los principios aplicables, que la determinación de una igualdad contradicha por la realidad y reconocida por la ley.

Lo que nos interesa especialmente es llevar adelante la tesis de que la idea de dar a cada quien lo suyo y de reconocerle ciertos derechos en forma constante y permanente, no son abstracciones ubicables en la búsqueda de la justicia en materia penal.

Antes dijimos que el orden es otro de los sostenes de la justicia. Vamos ahora a ampliar esta expresión para que quede más claramente expuesto nuestro pensamiento.

Se considera que, en cierta medida, el dar a cada quien algo que le es propio, tiene como origen su inserción en una estructura que le permite ocupar un lugar, un espacio, aspirar a algo que le debe ser dado, con exclusión del lugar, el espacio y la aspiración de otro. Hay una idea claramente perceptible que puede permitir sostener que el acto de justicia por el que alguien recibe lo suyo, no es sino el propio acto de reconocimiento del orden establecido, con lo que se va formando la fundamentación de la justicia, bajo el principio del orden reconocido.

El orden es un resultado de pensamientos sociales, que substituye al caos. Antes de que existiera una aceptación del principio de orden y estructura, la justicia, si es que había algo que tuviera tal nombre, tendría que haber sido radicalmente distinta a como empezó a ser entendida a partir del pensamiento clásico. La justicia es el medio para que el hombre se inserte en un orden y este orden es, a su vez, el que da permanencia y equilibrio a la estructura social. Un hombre inserto en un orden debe recibir el trato justo y lo justo, bajo estas ideas, es el reconocimiento del sitio, el lugar y los espacios que le son propios.

Lo que es de uno no puede ser de otro y este sentido de personalización, es esencial para el valor de la estructura social, ya que en cuanto se pretende quitar a alguien su lugar en el orden establecido, se provocan choques de derechos personalísimos con contenido de injusticia, aun cuando, como deber ser evidente, un orden así establecido no puede existir sin una idea de justicia, en la que deba ser respetado el lugar y posición de cada quien. También resulta claro que el orden y la justicia misma, dependerán del valor que le atribuyan los que esperan el reconocimiento de su sitio o de su derecho a ocuparlo. En efecto, si los que chocan por querer idénticos lugares en la sociedad no aceptan de antemano una idea común de justicia, no se habrá adelantado ni siquiera un poco en la búsqueda de la armonía social.

Por lo anterior, es que para que haya eliminación del caos, o lo que es igual, para que impere el orden, debe haber una idea común de justicia, que sea aceptada por todos, ya que será tal idea la que permita la convivencia bajo una estructura de orden constante.

Hemos llegado así, de nueva cuenta, a la ya planteada situación de la justicia, referida al caso concreto, distinta a la justicia abstracta que es ideal; también nos encontramos otra vez, frente a la importancia que adquiere la ley en la fijación de los límites de la determinación del acto de justicia concreta. Lo que nos inquieta más es la determinación de un orden y, en su caso, la inserción de cada persona en esa estructura ordenada, ya que el acto de justicia penal concreto, al dar a un justiciable el reconocimiento de su lugar y de su posición en el esquema, es necesariamente diferente a todo otro caso en que se presenta el acto concreto de justicia.

No puede haber comparación en la esencia de los resultados, cuando se dice que a alguien en justicia, le corresponde el papel de acreedor respecto de su deudor incumplido, que cuando a otro se le asigna la posición de perder su derecho a la libertad, por haber quebrantado el sistema social preestablecido. Sin necesidad de abundar en estas cuestiones, es obvio que en un caso hay una relación de derecho privado entre las partes y en el otro la hay de derecho público, porque el rol de la víctima del comportamiento antisocial no la vincula con la pérdida de la libertad.

Lo que debe ser claramente entendido es que la idea de la justicia que campea en la materia penal es distinta en alguna forma a la de materias no penales.

En lo penal es frecuente que cuando se abordan esta clase de cuestiones, se hable de concepciones de justicia menos personalizadas que tratándose de otras materias. Sigue siendo perfectamente válida la importancia que hemos asignado a la ley y al orden, pero no hay variaciones notables en cuanto a los objetivos, ya que resulta difícil aceptar que el acto concreto de justicia consista en dar a alguien lo que es suyo o de reconocerle su derecho, puesto que tendríamos que llegar a la conclusión que lo que se da es la restricción a la libertad y el derecho reconocido, es el de sufrir la sanción correspondiente y ninguno de estos aspectos tiene semejanza con lo que siempre se ha pensado que es la justicia.

En cambio, si se deja de considerar a la persona como objeto de recepción de la justicia concreta y se lleva el acto hacia la sociedad, o hacia el conjunto de personas, tenemos una posición según la cual la justicia concreta consiste en restablecer el orden social violado por el delincuente y el derecho que se reconoce es el de intervenir el Estado en la esfera individual de alguien. La justicia así, se enfoca como lo que se da a la sociedad y repercute en el individuo. Esto

es claro si consideramos que modernamente el espíritu de la sanción penal no es afligir al individuo, sino tratar de readaptarlo para su vida social. La readaptación o resocialización pueden intentarse aun contra la voluntad del delincuente, porque es el Estado el que ha adquirido el derecho a penetrar hasta la esfera volitiva de los sujetos, merced a un acto concreto de justicia.

La invasión del Estado a la esfera de derechos del individuo, llevada al extremo de imponerle guías de conducta precisas, al través de la rehabilitación, sólo puede funcionar con el fundamento que la ley proporciona y dentro de los límites que ella marca, porque si no ocurre así, ya no podrá pensarse en que esté dándose un acto de justicia, sino uno de arbitrariedad; por ejemplo, si alguien es condenado a sufrir privación de su libertad deambulatoria durante un lapso preciso, únicamente dentro de esta misma temporalidad podrá intentarse el proceso readaptatorio. Fuera de él o traspuestos los límites del tiempo, la pretendida readaptación sería injusta.

Igualmente puede decirse que si el hecho que se enjuicia no altera el orden social prestablecido, no puede tampoco considerarse necesaria la restitución de lo que no ha sido alterado. En este caso, si hubiere fundamento en la ley, formalmente entendida, debe buscarse la forma de adecuarla a su tiempo y lugar. Lo que en alguna época pudo haber sido una idea aceptable de orden social protegible, en otra distinta puede dejar de serlo y es la ley la que, si desea y aspira a ser justa, debe adecuarse a la sociedad y no la sociedad a la ley.

Vemos así que en cuestiones de justicia penal, la tradicional idea de la justicia a la manera de los clásicos, es limitante y que se debe dar un mayor contenido al acto concreto de justicia, bajo idénticos principios de ley y orden, pero con referencia a la sociedad y no a la persona.

Lo dicho inmediatamente antes, no debe ser interpretado en forma tal que pueda pensarse en restar valor a la dignidad y a los derechos esenciales de la persona. Estamos refiriéndonos a la justicia penal, convertida en acto concreto.

III. CONDICIONES DEL ACTO DE JUSTICIA PENAL

La justicia abstracta es una virtud, como dijo Aristóteles; pero la perfección entre las distintas virtudes se logra y obtiene cuando se realiza en un caso concreto, porque es tal momento en el que se da a cada quien lo suyo y se reconoce lo suyo de cada quien,

que es el acto de virtud elevado a su máxima expresión según lo dicho por el estagirita.

Nos interesa ahora hacer algunas observaciones acerca del valor que puede corresponderle al acto de justicia, para lo cual habremos de ocuparnos, previamente, de resolver si la justicia vale por sí misma y, en su caso, cuál es el valor que se le atribuye.

Desde nuestro punto de vista, la justicia tiene un valor propio, independiente de todo otro distinto, que le permite ser uno de los sostenes de cualquier sociedad elementalmente organizada. Esto merece las explicaciones pertinentes, que en seguida serán formuladas.

La justicia, o tal vez sería mejor decir la virtud de ser justo, puede referirse a diversas cosas, de las que se dice, por ejemplo, que son justas, o injustas; no es posible pensar en la justicia con una única referencia, que sería la norma jurídica, porque nuestro concepto estaría limitado. Pero tampoco sería correcto negar que la justicia con referencia a la norma jurídica es la base sobre la que están estructuradas las instituciones sociales, porque es por medio de tales normas que se hacen las distribuciones de los deberes y los derechos fundamentales del individuo frente al grupo del que forma parte.

En principio, desde que surge un esbozo de organización social se empieza a hacer notable una permanente idea de la justicia, tal y como la entiende la sociedad de que se trate en una época y lugar determinados. Se aportan los elementos necesarios para que se vaya esparciendo una idea común de justicia, que resulte aceptable por todos y que pueda, inclusive llegar a serles impuesta. Si hablamos de una cultura o sociedad occidental de las actuales, podemos percibir que las instituciones básicas de la sociedad, como la organización de la familia, las libertades de pensamiento y de conciencia, la libre empresa y la propiedad privada, entre otras, están institucionalmente enmarcadas por la idea de que el comportamiento social justo es aquel que coincide con el contenido de las normas jurídicas que lo apoyan. Al mismo tiempo que se dan las instituciones básicas, se dan los mecanismos necesarios de protección y de seguridad, para que la justicia sea lograda.

Hay una base de justicia en toda organización social que permite la solución de las controversias y da permanencia a las instituciones; esto quiere decir que, independientemente de cual sea la concepción que se tenga de la justicia, siempre existe ella y es la que logra la convivencia armónica de un grupo social. Nunca debemos dejar de considerar que todos los individuos tienen objetivos y propósitos dife-

rentes y también hay discrepancia en los métodos necesarios para alcanzar tales objetivos y lograr los propósitos, lo que hace que pudiera pensarse en el choque permanente de intereses; esto no ocurre, porque todos y cada quien, poseemos un sentido común de justicia y reconocemos la existencia de una justicia diferente a la ideada por nosotros mismos y esto es, por sí, limitante de la prosecución de búsqueda de metas y objetivos que no coincidan con el pensamiento socialmente aceptable.

En otras palabras, fuera y sobre nosotros, hay una justicia que aparece fundada en la estructura social; ella, aceptada sin discusión, con su constancia y permanencia contiene a manera de sostén los principios siguientes: hay una idea común de justicia y todos la aceptamos porque reconocemos que nuestras instituciones dependen de la justicia actualizada.

Un aspecto que indudablemente debe merecer la máxima atención es el que se refiere a la aceptación de la idea común de justicia, ya que es el pilar que permite la solución de todos los actos en que la justicia tiene que materializarse.

Siempre, según la historia lo pone en relieve, la justicia es aceptada cuando hay paz en un conjunto social. Si hay rechazo para la justicia que se imparte, si la idea que se tiene de ella no coincide con la forma en que es impartida, sobreviene un choque del que surge una transformación en favor del ideal de justicia con mayor aceptación.

Para que la sociedad logre su desarrollo armónico y pacífico tiene una necesidad imperiosa y ésta es la de poner una idea de justicia aceptable para todos. No hay posibilidad alguna, salvo en sociedades utópicas, de que se dé el caso de una sociedad actuante sin su aparato de justicia, en el que se apliquen las ideas aceptables. Mientras las sociedades estén constituidas por hombres, y no son concebibles de otra forma, habrá discrepancias, juegos de intereses egoístas y divergencias en los caminos escogidos para alcanzar los objetivos buscados. Sin embargo, también habrá un poder supraindividual, en el que se dé o se niegue la razón a alguien en esas situaciones en pugna, mismo poder que deberá tener, *en sí y por sí*, la capacidad para imponerse obligatoriamente a la parte que resulte insatisfecha en sus pretensiones.

Estamos refiriéndonos a la parte de la sociedad que se encarga de proveer de solución a los conflictos y de convertir en una realidad concreta el ideal de justicia, e insistimos en que es menester que exista

en toda sociedad, porque si no se presenta, la sociedad es incapaz de sobrevivir sin violentar las esenciales fundamentaciones del individuo.

En este sentido, hay condiciones subjetivas y las hay también objetivas, que tienen que darse para que pueda aparecer la justicia.

Empezamos por mencionar las subjetivas porque, según nuestro entendimiento, la justicia empieza por ser una idea y se transforma, posteriormente, en un acto concreto de justicia, o lo que es igual, volvemos al punto con el que iniciamos este apartado, cuando al mencionar a Aristóteles decíamos que la justicia abstracta es una virtud, una idea, que se logra y obtiene en su más elevada perfección cuando se da en un caso concreto. Es así, entonces, que para que haya justicia se requiere, antes, una idea de justicia. Esta es la razón de que antepongamos las condiciones subjetivas a las objetivas en nuestro ensayo.

Subjetivamente las condiciones son:

- las que se refieren a los ingredientes que deben existir para dar consistencia a la idea de justicia y,
- las que estén vinculadas con el principio de aceptación de la idea común de justicia.

En desarrollo de lo expuesto diremos que para el ser humano hay metas señaladas, que son precisas, aun cuando puedan serle desconocidas, por limitación o por ignorancia. Todos aspiramos, en nuestra interioridad, a vivir en la mejor de las situaciones posibles, desde los diferentes puntos de vista que esta afirmación permite. En efecto, lo que interesa al hombre es tener la posibilidad de vivir conforme a sus expectativas, dentro de un marco de tranquilidad, salud y armonía. En forma más o menos pensada, todos aspiramos a lo mismo.

Sabemos y entendemos que nuestros propios intereses pueden discrepar de otros y tan válidos son los propios como los ajenos. Lo que tiene significación es que aceptamos, sin discusión, que hay intereses que por ser comunes adquieren mayor importancia social.

La justicia, siguiendo esta manera de pensar, consistiría en la permanencia del interés común, tratando de conservarlo libre de afectaciones y transformaciones no queridas. Si las sociedades son cambiantes, también lo es la idea de la justicia y es por esto que afirmamos lo expuesto, en el sentido de que la conservación del interés común es respecto de lo que no haya sido querido. A manera de ejemplo, podemos citar el caso de la institución de la esclavitud en Roma, que fue uno de los pilares sobre los que se construyó el gran Imperio, pero que en la actualidad, como tal institución, resulta repugnante desde el punto de vista social. Fueron transformándose las concep-

ciones y así, un acto de justicia en la época romana sería aquel que diera permanencia a la esclavitud y ahora, lo es aquel que la niega y rechaza.

No pretendemos sostener que la justicia cambia; lo que cambia es la esencia de sus ingredientes, en razón del interés común.

Por otra parte, dada la posición que hemos tomado, es necesario también especificar respecto de la idea de la justicia y referirnos a las condiciones que han de darse para que exista consistencia en la justicia penal, ya que hay que distinguir que, como ya se expuso, en tratándose de lo penal, la perspectiva es diferente.

Según nuestra manera de pensar, la justicia en la materia penal está más fuertemente vinculada con el conjunto de intereses sociales que ninguna otra. En efecto, la justicia penal se presenta en casos de delito y el delito es un fenómeno humano que afecta y transforma severamente a la sociedad en que ocurre y requiere de una pronta restitución del orden violado por el hecho que es constitutivo del delito.

Basta entender que no hay delito sin afectación a un interés jurídico socialmente valorado como de elevada jerarquía, para captar con mayor facilidad la necesidad de la eficaz y rápida aparición de la consecuencia que desde antes se haya establecido. No hay sociedad más expuesta al deterioro que aquella que carece de mecanismos de respuesta ante los hechos delictuosos.

En esta materia es que se ve con más claridad que el acto de justicia es de esencia profundamente social. Hay una indisoluble vinculación entre el delito y el daño a la sociedad y por tanto el acto de justicia adquiere una doble significación, ya que lo mismo se da respecto de un hombre, el delincuente, que de la sociedad, víctima del delito. Los delitos, por lo dicho, si bien pueden afectar a un individuo concreto, van dirigidos, en primer término, contra la sociedad que ha creado la valoración del hecho delictuoso. Recuérdese que el Derecho Penal es la única ciencia que tiene la especial característica de crear lo que va a ser su objeto de conocimiento, es decir, el delito y cuando lo hace, cuando aparece la hipótesis legislativa del delito, es debido a la importancia que se le atribuye desde el punto de vista de la sociedad.

Lo que da a la justicia ideal su consistencia, según lo dicho, es en primer lugar, la aceptación de que para que tenga que realizarse, debe darse antes una comunidad en las valoraciones, lo que ocurre en materia penal, al crearse las figuras hipotéticas de delito; sin éstas y sus correspondientes juicios de valor, carece de significación la justicia

penal. Además, tanto se presenta el caso tratándose de los individuos, cuanto de la sociedad como conjunto. Hay una idea constante de lo que es justo y es la que se obtiene de no realizar los hechos delictuosos, pero también es justo restituir el orden social roto o quebrantado por el delito.

En segundo término y desde el punto de las condiciones subjetivas de la idea de la justicia, mencionamos a aquellas que están vinculadas con el principio de aceptación de la idea prevaleciente. En otras palabras, una vez que hay una idea de justicia debemos entender que es lo que hace que ella sea aceptada.

El ser humano, pensamos, ha recibido una herencia cultural que no discute y que consiste en reconocer la existencia de un poder superior al individuo que hace que se presenten soluciones a todos los conflictos generados por la coexistencia. Sería rebasante de los límites impuestos de origen a estas reflexiones, investigar cómo, cuándo y dónde se originó ese poder; tal vez su aparición haya sido producto y consecuencia del ejercicio de la fuerza, es decir el predominio del fuerte sobre el débil; puede, también, que haya surgido como consecuencia de la explotación llevada a efecto en forma consciente o inconsciente, del contenido mágico-teológico de todas las sociedades primitivas, que hace que los sacerdotes o representantes de los dioses estén dotados de facultades excepcionales para hacer prevalecer su criterio sobre el de otros miembros de la comunidad. Son varias las posibilidades y seguramente algo de verdad debe haber en cada una. Lo que es incuestionable es que existe un principio común de aceptación para que alguien tenga la facultad de resolver las controversias o de convertir en realidad el acto concreto de justicia.

Para que se dé el tal acto en el que se ejercerá la virtud de ser justos, se necesita de un aparato, de un sistema, en el que ciertos hombres hayan recibido de la sociedad de la que son partes, la facultad de hacer justicia.

La instrumentación del ejercicio de la justicia se logra con dos elementos: el enjuiciado y justiciable.

En efecto, la sociedad ha expresado sus aspiraciones, sus conductas ideales y sus metas por medio de las leyes vigentes, que son las que si son violadas o vulneradas, lo tendrán que ser por un acto concreto: la ley como base para toda solución y el caso concreto para del hombre que así, choca con el principio general establecido y produce la confrontación, misma que tendrá que ser resuelta en un acto de justicia en el que se resuelva si el caso es o no atentatorio de la

ley y de las aspiraciones sociales, o, si es, por lo contrario acorde con el sentimiento y pensamiento sociales plasmados en las leyes.

Para la solución se tendrá que acudir al aparato previamente creado, en el que participan los autorizados por el sistema para ello y dan la interpretación antes mencionada al caso concreto, que es lo mismo que decir realizan la justicia concreta.

Si llevamos este planteamiento a la materia penal, es válido decir que el pensamiento y sentimiento sociales se encuentran reflejados en los tipos penales, que son los que contienen las hipótesis abstractas que el legislador (representante de la sociedad) ha creadora para proteger los bienes jurídicos de más elevada jerarquía, contra aquellas agresiones que resultan más severas. Es el caso evidente del homicidio, figura típica que consiste en la privación de la vida de alguien y que afecta, evidentemente al bien jurídico por antonomasia, que tal es la vida. Poco importa, para estos efectos, cómo se mate, lo que cuenta es que se mate.

Los tipos penales son, entonces, la base legal para la confrontación en el acto justiciable, que surge cuando alguien ha convertido en una realidad concreta la hipótesis abstracta del legislador. Cuando alguien mata, es que debe entrar en funcionamiento el aparato y el sistema de enjuiciamiento, ya que si el hecho no ha ocurrido, la sociedad no se ha visto alterada en los ideales plasmados en las normas.

La justicia penal, aspirando como se ha dicho antes, a restablecer el orden social quebrantado, sigue dos caminos en la actualización del acto en el cual se hace justicia. Por una parte quiere restablecer la paz y armonía sociales rotas por el delito, restituyendo el derecho afectado que corresponde a la víctima, mientras que por la otra, sin ánimo vindicativo, quiere ajustarle al delincuente sus fallas antisociales y que lo llevaron a la comisión del delito, aplicando para ello las medidas y tratamientos adecuados.

Al producirse el acto de justicia penal respecto de un caso concreto, tenemos la mejor de las pruebas del valor e importancia que tienen las condiciones subjetivas a las que venimos haciendo referencia y muy especialmente aquellas que se vinculan con el principio de aceptación de una idea común de justicia.

En efecto, sea cual fuere el sentido en el que se produzca la declaración de justicia por medio de la sentencia, es decir, sea que se declare que hay delito y delincuente, o que se diga lo contrario, las personas involucradas lo aceptan, por razón de la fuente de donde proviene, aun cuando pueda no satisfacer sus pretensiones. Quienes

participan en forma personal en un acto de justicia penal se hayan sometidos desde siempre al sistema creado para proveer la justicia. Mentalmente, tanto la víctima cuanto el reo, aceptan de origen que alguien habrá de dictar una resolución que implique la realización del acto concreto de justicia. Esto no se discute ni polemiza; se acepta con la fuerza de lo absoluto, aun cuando se sepa, como siempre ocurre, que al sobrevenir el acto concreto, alguna de las dos aspiraciones habrá de resultar insatisfecha, ya que este es el destino de la concreción de la justicia.

A pesar de la insatisfacción a los intereses individuales que invariablemente aparece, lo que ahora interesa es que todos los involucrados han aceptado anticipadamente el veredicto, porque todos manejan, consciente o inconscientemente un ideal común de justicia, que va más allá de lo individual.

Vamos ahora a pasar a referirnos a las condiciones objetivas que deben darse para que aparezca la justicia penal.

Para hacer clara la idea de la distinción entre las condiciones subjetivas y las objetivas, resulta conveniente insistir en que la suprema virtud de la justicia aparece cuando se vincula con un hecho concreto, o dicho en otras palabras, cuando la idea de justicia aceptada por el conjunto social, se presenta en un caso concreto.

Esto nos lleva en forma ineludible a la vinculación entre la justicia y el juzgador, puesto que sin referencia a un impartidor de justicia, la idea sigue en el plano de las abstracciones y es hasta cuando en un acontecimiento controvertido se ha de dar la razón y la justicia a alguien, cuando se da la concreción de la justicia.

El hombre es el único capaz de impartir la justicia a la que nos venimos refiriendo; con esta expresión lo único que deseamos precisar es el marco de referencia en que nos encontramos ubicados, puesto que estamos frente a cuestiones de orden jurídico, ya que puede haber ideas diferentes como las de la justicia impartida divinamente y más allá de los límites de tiempo y espacio. Esto, puramente religioso, no pretendemos abordarlo y menos discutirlo. Cada quien conserva su entera y absoluta libertad para ocuparse de tales cuestiones; para nuestro ensayo, lo que vale es una idea de justicia compartida por todos y basada en las normas jurídicas que regulan la vida ordenada, armónica y pacífica.

Para que los hombres, o mejor ciertos hombres, puedan cumplir el acto concreto de impartición de justicia, la sociedad de la que forman parte ha creado todo un sistema según el cual ha de realizarse la fun-

ción justiciera; se crean las leyes, que dan la base y fundamento para la solución, pero que son también el apoyo para la controversia; se constituyen organismos integrados por hombres aplicando e interpretando las leyes involucradas y, finalmente, se dota a alguien de la capacidad para imponer, aun coactivamente, el acto de justicia.

Este sistema funciona en forma parecida en todas las sociedades organizadas, aun cuando debe reconocerse que se dan las diferencias naturales de las características de cada grupo. Ciertamente, la idea común es que el sistema es puesto en movimiento por la necesidad de resolver una controversia y actúa sin requerir consentimiento de los vinculados obligadamente, ya que debe haber y en realidad hay, autonomía respecto de voluntad individuales.

Por ejemplo, en relaciones de orden privado, en concreto por causa de un contrato entre particulares, si surge una controversia respecto de alcances o valor de las obligaciones, hay un sistema capaz de dirimir la confrontación. Si se trata de un robo, o de un homicidio, también se dispone de un sistema idóneo para resolver si el caso es delictuoso y si existe un delincuente y, de serlo, la consecuencia que el comportamiento realizado producirá.

En la materia penal, en razón de que como ya quedó expuesto, los intereses afectados por la violación de la norma son los de más elevada jerarquía, el sistema presenta variantes en función de la sociedad en que se dé el caso. Si ocurre en Inglaterra, será la Corona quien pida el acto de justicia; si fuere en Estados Unidos, será el pueblo el reclamante y si se trata de nuestro país, lo será la sociedad representada por el Ministerio Público. Obsérvese que hablamos de un peticionario de justicia, creado por el sistema aplicable, pero evidentemente su petición se dirige a alguien a quien el propio sistema confiere la facultad decisoria, o la función de juzgar. Es por esto que afirmamos que la justicia la imparten los hombres.

Las condiciones objetivas son, en consecuencia, las personas que toman participación activa, el sistema que las hace funcionar y la concreción de actos que culminan con la declaración acerca del pronunciamiento de la justicia.

Claro está que si tomamos posiciones extremistas, resultará difícil diferenciar lo subjetivo de lo objetivo. No queremos en ninguna forma transmitir la impresión de que haya una escisión entre tales condiciones, sino más bien destacar que en el acto de justicia intervienen una serie de condiciones y de factores que puedan ser incluidos bajo una de tales facetas, sin menoscabo de su valor dentro de una unidad.

Consideramos conveniente replantear nuestra posición, en el sentido de que partiendo de lo ideal de las normas en cuanto a asegurar un desarrollo social armónico y pacífico, se reconoce que es inalcanzable en forma absoluta, o sea, que las normas no siempre son respetadas y de ello surgen los conflictos, parte natural en toda sociedad y la necesidad de resolverlos por alguien a quien la propia sociedad confiere tal facultad y la provee de los elementos indispensables para el cumplimiento de su función de dirimir el conflicto.

Una vez más resulta conveniente anotar que en la materia penal se tiene una presentación especial, por razón de sus también especiales características. Partiendo de la base no discutible de que las normas de carácter penal tutelan los bienes jurídicos más importantes, es natural que sostengamos que todo caso concreto enjuiciable, cuando es penal, significa una controversia en la que entran en juego los valores esenciales del hombre.

Veamos un caso concreto: el más típico acto de contenido penal es, desde siempre, el homicidio, porque significa una violación a la norma cultural "no matarás", que recogen como norma jurídica todas las legislaciones. Cuando ocurre el acto homicida se afecta al bien más valioso, en el que están interesados los hombres en particular y la sociedad como conjunto. El acto por el que se priva de la vida a otro es el caso concreto que en el ejemplo debe ser motivo de enjuiciamiento, pero debe tomarse en cuenta que la consecuencia en haber matado es también de las más destacadas por su importancia dentro de aquellas de las que dispone el Estado frente al fenómeno del delito. En los países que aún conservan la pena capital como aplicable, el homicidio es uno de los delitos que la permiten como sentencia; en los que no hay tal pena disponible, como ocurre en México, sí en cambio se puede producir la privación de la libertad —otro bien de elevada importancia— por la máxima duración.

Como debe quedar claro, el delito o el acto enjuiciable, trae una reacción social de tal intensidad que la hace diferente a toda otra consecuencia del comportamiento ilícito y por ello es que deba ser visto el caso concreto penal como distinto a los otros.

En adición a estas condiciones que se han mencionado y que son objetivas y subjetivas del acto de justicia hay que expresar en este ensayo otro aspecto de especial significación y este es el que resulta de la capacidad social para imponerle al delincuente la consecuencia que en la sentencia del acto concreto se determine.

Por razones de sistematización esta cuestión la trataremos en un apartado exclusivo.

IV. CAPACIDAD SOCIAL PARA IMPONER SANCIONES AL DELINCUENTE

Son varios los lustros de experiencia personal adquirida en diferentes lugares de nuestro país y siempre en relación con procedimientos de tipo penal. Nos ha tocado participar en procesos penales en todas y en cualquiera de las formas que nuestras reglas procesales permiten; igual como defensores que como coadyuvantes del representante social, conocido entre nosotros como Ministerio Público, que actuando marginalmente y sin personalidad reconocida en aquellos casos en que la ley no permite coadyuvancia a la representación de la parte civil, como ocurría en los procedimientos federales hasta antes de las reformas recientes.

Nunca durante el tiempo que mencionamos antes, nos hemos topado con alguien, acusado o víctima, que cuestione el derecho del Estado en general y del Juez en particular, para someterlo a su decisión jurisdiccional. Jamás hemos oído que se plantee el derecho original para enjuiciar y castigar, en su caso. Pobres o ricos, nacionales o extranjeros, jóvenes o viejos, hombres o mujeres, todos llegan al proceso convencidos anticipadamente que alguien ajeno a ellos, habrá de dictar una resolución que los vincule y cuyo cumplimiento les pueda ser impuesto bajo toda condición.

El derecho del Estado para intervenir en la vida de las personas, está reconocido por todos y si acaso es motivo de cuestionamiento, ello ocurre en la esfera de las discusiones académicas, pero no en la realidad. La única excepción, si es que continúa el desarrollo de ciertas ideas, se está dando en fechas recientes, ya que hay quienes sostienen, bajo la idea de los derechos humanos, que el Derecho penal debe desaparecer para ser substituido por mecanismos de defensa social, eminentemente criminológicos. No auguramos un camino fácil para quienes así piensan, ya que tenemos la certeza de que las sociedades humanas siempre requerirán de un árbitro con facultades de decisión para dirimir sus obligadas controversias y dotado de la fuerza necesaria para imponerlas; en otras palabras, creemos que mientras los hombres seamos como somos, habrá delitos y la necesidad de perseguirlos será indispensable para el desarrollo ordenado, sostener lo contrario es una más de las utopías que se han dado y prueba de ello es que hace más de cincuenta años Jiménez de Asúa predijo la desa-

parición del Derecho Penal y de los penalistas para ser substituido por la Criminología y los criminalistas y es la hora en que su predicción no se cumple. En las actuales condiciones sociales y sin que aparezca aún un substitutivo, el Derecho Penal y el enjuiciamiento penal seguirán siendo esenciales para toda sociedad organizada, sea cual fuere en forma y estilo, porque en última instancia, es la calidad humana el factor común de todas ellas.

Hemos hecho las anteriores observaciones para proyectarnos al desarrollo de la idea con que concluimos el apartado precedente, es decir, que aquellos actos que son motivo de una determinación en sentencia penal, pueden ser impuestos a los involucrados y ellos aceptan, sin discutir ni cuestionar, la capacidad consecuente. Vamos ahora a ampliar estas ideas.

Es absolutamente cierto que el ser humano acepta la existencia de un orden social superior a él que le es impuesto y que, cuando resulta afectado, reacciona sobre la voluntad individual. No hay una norma jurídica que señale o precise que el hombre aceptará irremisiblemente la consecuencia jurídica que se señale en los casos de transgresión y, sin embargo, tal ejecutividad es aceptada.

Aun frente a los individuos que pretenden negar la validez de un sistema, como ocurre con los anarquistas y los terroristas, la lucha que se presenta implica el reconocimiento del orden supra-individual y la ejecutividad más allá de la voluntad del afectado, cuando se transgreden las normas de convivencia. El hecho de luchar contra algo implica su reconocimiento, ya que lo que se niega es la validez. El terrorista político o el anarquista saben y aceptan que si fracasan en su quehacer, serán sometidos a las consecuencias naturales de su comportamiento y esto significa, bajo toda luz, la aceptación de ese orden al que venimos haciendo mención, lo que ocurre sin discusión planteada o planteable.

La sociedad de la cual el transgresor es una parte, ha creado sus mecanismos de respuesta, igual para calificar el hecho, que para imponer las consecuencias ocultas. No hay duda de la soberanía para crear las figuras de delito y para resolver acerca de si un hecho concreto es o no constitutivo de delito; pero tampoco hay duda respecto de la capacidad social para imponer las sanciones resultantes a quienes son autores de los delitos. Esto es claro para la sociedad, para todos sus miembros y, evidentemente, para aquel de los miembros convertido en delincuente, por una resolución soberana de quienes tienen la capacidad para resolver.

Cabe ahora abordar en relación con esta cuestión un tema medular para nuestro ensayo y que nos va a permitir en el siguiente y último apartado, referirnos a la administración de justicia de nuestro país.

Lo que interesa es señalar los requisitos que deben satisfacer el acto concreto de justicia para resolver las controversias que se presentan entre sus miembros, haciéndolo en forma tal que lo que fue una controversia productora de inquietud, se disuelva convirtiéndose en acto de justicia, aceptable para todos. Destacamos que nuestras observaciones van, una vez más limitadas al campo penal y al acto de justicia en esta materia.

Según nuestra opinión para la validez formal y material del acto de justicia penal se deben dar los siguientes tres requisitos: credibilidad, aceptabilidad y ejecutividad. De la reunión de ellos, los tres, surgirá la plenitud del acto de justicia, mientras que uno que falte se traducirá en insatisfacción del ideal de justicia.

— La credibilidad consiste esencialmente, en la fe y confianza que tienen los hombres en aquellos de sus semejantes a quienes corresponde la administración de justicia. No nos referimos a que el acto de justicia se realice, sino que se haga en forma tal que haya dado a los involucrados la certeza de que lo que se concluye es consecuencia de igualdad en las oportunidades de aportar elementos y razonamientos para la formación del juicio del juzgador.

Quien no haya tenido una oportunidad no debe ser sometido a una consecuencia, sea cual fuere el papel que le haya tocado desempeñar en el procedimiento que concluye en el juicio. Es aquí donde encuentra su fundamento el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Si seguimos la idea de la justicia penal y la teoría del bien jurídico, hemos de concluir que cada individuo que sea enjuiciado como eventual delincuente, está vinculado al procedimiento porque se afectó al bien jurídico de otro. Ambos, inculgado y víctima, deben tener igual oportunidad de probar sus respectivas posiciones, porque uno de ellos quedará afectado al sobrevenir las consecuencias, pero lo que ahora interesa es reafirmar el disfrute de iguales oportunidades, sin dejar de reconocer las diferencias naturales que se presentan entre víctima y victimario.

El sistema creado para el enjuiciamiento debe ser equilibrado, lo que significa proveer a todo involucrado, en principio, de iguales oportunidades de exponer en posición; además, el aplicador del sistema también debe satisfacer la condición de equilibrio y equilibrador, para dar a cada quien el ejercicio de sus derechos reconocidos. El sistema

funciona y está provisto de credibilidad, en la medida en que los hombres lo hacen funcionar y disfrutar ellos de la credibilidad de sus semejantes.

Ser Juez, verdadero punto de equilibrio, es difícil; más lo es ser un buen Juez. En la materia penal el administrador de justicia se encuentra frente a intereses en conflicto totalmente distintos a los de las otras materias, situación ésta que hemos venido destacando. En cierta medida, el juzgador debe sacrificar, al condenar bienes jurídicos de especial valía que son del reo, como es su vida (donde hay pena de muerte) o su libertad, a cambio de volver a su original armonía la vida social y, además, dando satisfacción legal a la víctima, aun cuando en muchos casos más parezca satisfacer los deseos de venganza.

El de juzgar es un acto que se acepta, por ser la consecuencia del sistema imperante; sin embargo, todos quieren ver algo distinto en el Juez; lo quisieran rodeado de sapiencia, serenidad, rectitud e independencia. Una especie de ser superior capaz de no dejarse dominar por defectos de los hombres, sino de vivir sobre ellos. Solamente cuando el sistema de enjuiciamiento está administrado por hombres que recogen los ideales de los ciudadanos, es posible obtener la credibilidad que mencionamos.

Es precisamente por esto que la justicia funcionando, es decir, el aparato todo de la administración, ha necesitado formas y fórmulas solemnes y casi sacramentales en algunos lugares y tiempos. La toga de los abogados, símbolo de la petición e impartición de justicia, los recintos especiales donde se practican los juicios y las formas mismas de la expresión, son todas ellas reveladoras de la necesidad de sacramentalizar el acto de justicia, no bajo una magia inaccesible, sino bajo la necesidad de que los participantes tengan fe y confianza en la pureza del acto ritual en el que intervienen.

No hay duda, según mi entendimiento, acerca del valor de lo simbólico y formal que debe contener el acto de justicia, porque en gran medida de ello depende la credibilidad que se le reconozca. Todos, funcionarios, abogados, auxiliares, partes contendientes, deben ser respetuosos de la forma, porque en cierta medida, de ella depende el fondo.

— La aceptabilidad ya no está referida a hombres y sistemas, sino a normas de orientación social. Nada hay que sea más agresivo para un hombre que sentir que su conducta está siendo enjuiciada por violación a normas en que nadie o los menos creen y pocos aceptan. Nos estamos contrayendo a esas ideas ya antes expuestas según las cuales

debe haber congruencia entre el pensamiento y sentir sociales y las normas de carácter penal. Si hay divorcio, es la norma la que debe cambiar, no la sociedad.

La aceptabilidad que nos ocupa es de carácter general y también por consecuencia, especial o particular. Ciertamente la norma que sirve de fundamento al enjuiciamiento debe ser aceptada por todos y entre ellos los involucrados en un caso concreto.

No estamos haciendo mención nada más a las normas que describen los delitos, sino también a las que rigen el enjuiciamiento. Ambas deben ser aceptadas. Por ejemplo, si en México se dijera que es delito impartir educación religiosa en escuelas no oficiales, tal normatividad chocaría con la realidad social que la tolera, la acepta y en algunas ocasiones la requiere. También si se legalizara la tortura para obtener pruebas en un proceso, como ocurrió en alguna época, estaríamos frente a un hecho altamente reprochable y sin aceptación general o especial.

La normatividad que en su conjunto integra el sistema de administración de justicia está sometida, para ser plenamente aceptada, a una serie de principios y directrices que forma parte esencial de la cultura social en este aspecto.

En un sistema como el mexicano tales principios y directrices son localizables en la Ley suprema, en este caso la Constitución, que recoge y reconoce en la materia penal el sentimiento social. Es curioso entender cómo es que se han integrado a la ley tales principios, pues llega un momento en el cual los involucrados en un caso concreto ignoran dónde está ubicado el reconocimiento legal a un principio cultural, pero saben y sienten que ese reconocimiento existe. No hay duda acerca de esto. Si se pregunta a un reo si la autoridad tiene el derecho de obligarlo a declarar en su contra, utilizando para ello los medios que pueda allegarse, va a responder negativamente, sin que sea capaz, salvo contadas excepciones, de fundamentar su respuesta negativa. La ignorancia es un fenómeno frecuente respecto de nuestra Constitución y sus principios.

También pueden darse casos de principios reconocidos fuera del marco estrictamente constitucional y que, sin embargo estén incorporados en plenitud al sistema. Citamos el ejemplo del principio, antes filosófico y ahora jurídico, en el sentido de que todos son inocentes mientras no se pruebe su responsabilidad. Son contadas las personas, aun entre juristas, que saben que este principio ya tiene fuerza legal al haberse aprobado la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Pacto Internacional Sobre Derechos Econó-

micos, Políticos y Sociales, ambos documentos internacionales incorporados a la ley vigente.

Como es evidente, el ciudadano acepta un sistema de orientación de conductas, en lo normativo y como acto de enjuiciamiento, sin polemizar ni discutir, siempre que sea congruente con los principios que él y todos reconocen. Si se da una situación distinta, en la que falte la congruencia a que nos estamos refiriendo, la sociedad combate, pacífica o violentamente, para restablecer la congruencia válida. Esta y no otra razón hizo que el movimiento de la Revolución francesa se encaminara contra La Bastilla, que era el símbolo de la opresión y del absolutismo, o sea, la imposición incongruente de una voluntad al sentido de justicia y sentimiento de equidad de la sociedad francesa de la época.

También entre nosotros en época reciente se presentó el caso de la sociedad rechazando a la ley, como se puso en evidencia durante el llamado movimiento estudiantil de 1968 que, entre otras cuestiones, se orientaba hacia la derogación de un texto legal penal, el 145-Bis del Código Penal, que contemplaba la tipificación del delito de disolución social. Poco tiempo después de concluida la parte activa del movimiento estudiantil, se derogó el citado tipo de delito, con el beneplácito de la sociedad nacional, sobre todo de la disidente del pensamiento político oficial.

Hemos puesto los ejemplos citados sólo para reafirmar que la aceptabilidad social de las normas es esencial para el acto de administración de justicia, pero esto no significa ni debe así interpretarse, que la ley esté sujeta a que la persona a quien va a ser aplicada deba dar su anuencia es decir, aceptar que se le aplique. Lo que nosotros sostenemos es que debe darse una aceptación social, no individual. La ley no puede quedar al arbitrio de los particulares, sino que debe siempre ser coercitiva, debe poder ser impuesta independientemente de la voluntad individual.

Ahora bien, en la materia penal esta situación es más clara en este sentido de aceptabilidad generalizada y ello se puede acreditar con la idea, que antes era norma, que establece que la creencia acerca de la injusticia de la ley no exime de su cumplimiento, lo que es perfectamente inteligible si se toma en cuenta lo que hemos dicho en cuanto a que en cada tipo penal hay un bien jurídico jerarquizado socialmente como esencial, que es afectado al realizarse cualquier conducta típica y esto significa que el tipo penal, en principio es el reflejo del senti-

miento y pensamiento social en cuanto al valor de los bienes jurídicos que son protegidos por la ley penal.

Es, entonces, una aceptabilidad ésta que venimos tratando, de especiales características, que nunca deben ser desestimadas: al referirse al tipo penal y al vincularse con el acto de administración de justicia. Como debe ser obvio, debemos profundizar respecto de esta última visión del acto de justicia, ya que desde antes dijimos que la aceptabilidad está sometida a principios histórico-culturales que la apoyan y confirman.

Los principios, algunos de los cuales ya hemos mencionado, son consecuencia de la lucha del hombre contra el absolutismo y de su constante esfuerzo por preservar la libertad. Sea cual fuere el sistema político del que se forme parte y sean cuales fueren los distintos sistemas de enjuiciamiento, lo que todo ser humano espera encontrar en las normas para que sean aceptables y aceptadas, es la seguridad, que con variantes y matices se presenta al tipificar la norma generalizando, y reconocer la igualdad frente a la ley dando a cada quien la oportunidad de presentar su posición en caso de confrontación; pero más que todo, espera que el juez que aplique la norma aceptada, lo haga sin romper el equilibrio que está obligado a conservar. Quiere que la norma sea igual para todos, pero también que el juzgador contemple el caso concreto respetando todo aquello que las normas dan a cada quien en función de su naturaleza humana.

—La ejecutividad es una condición esencial para que haya administración de justicia y por ésta entendemos la convertibilidad en la realidad de la resolución que se pronuncia al concluir el acto concreto de administración de justicia.

La aspiración general es en el sentido de que todas las sentencias que dicten los órganos judiciales competentes, sean cumplidas en su integridad, ya que de ello depende la restitución de la armonía rota por el hecho enjuiciado. Si se ha violado un contrato o incumplido una obligación, la sentencia, al resolver la controversia que se ha generado, debe ser ejecutable, o en otras palabras, convertible en el cumplimiento del contrato violado o de la obligación insatisfecha.

En la materia penal, como lo hemos venido mencionando constantemente, la sentencia que resuelve que hay delito y delincuente, debe satisfacer la pretensión del derecho quebrantado y la ruptura de la armonía social. Si tomamos en consideración la teoría del bien jurídico, hemos de afirmar que todo delito afecta un bien protegido penalmente, pero también tenemos que considerar que no hay bien jurí-

dico carente de titular. En otra expresión: el delito quebranta la armonía social al afectar un interés socialmente jerarquizado como valioso, respecto de otros que no disfrutaban de protección penal, pero genera igualmente una víctima, puesto que tal calificativo debe darse al titular del bien o interés afectado.

Al dictarse la sentencia en materia penal, si es condenatoria y aspira a ser en verdad un acto de justicia, habrá de dar satisfacción a la sociedad, restituyendo la armonía y al particular interesado, reparando el daño y los perjuicios causados, sin que esto quiera decir que tendrá que ser de contenido esencialmente económico, porque hay casos en los que la reparación del daño no tiene esta posibilidad. Lo que interesa es que hay, en caso de condena, esa doble satisfacción.

Pero igualmente se dan los casos de sentencia penales absolutorias y en ellas lo que cuenta es el reconocimiento de una inexistencia de delito o de delincuente. Tal vez la forma más importante del acto de administración de justicia sea, precisamente, el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, ya que a pesar de existir una fuerte evidencia de alteración del orden social y de afectación a los intereses esenciales, el individuo a quien se imputa participación en el hecho juzgado, es declarado inocente. Nunca ha dejado de impresionar la desequilibrada confrontación entre un hombre solo y aislado junto con su defensor y el aparato todopoderoso del Estado que lleva la acusación y precisamente por ese desequilibrio patente, es que viene a ser más importante que triunfe el individuo, favorecido por lo que tiene como arma exclusiva, que es el sentido de justicia de los jueces.

Una u otra de las dos vertientes que tome el acto de justicia, sea condenando o absolviendo, debe ser claro que sería totalmente insatisfactoria para el ideal de justicia, la falta de ejecución del sentido del pronunciamiento. En efecto, si hay una condena, ésta debe llegar hasta sus últimas consecuencias, es decir, convirtiendo en una realidad la sanción impuesta y reparando el daño causado a la víctima; igual si es absolutoria, debe restituir la plenitud de los derechos del acusado que se hayan visto disminuidos por motivo del enjuiciamiento. Lo que resulta intolerable es que la sentencia no pase de lo puramente declarativo o enunciativo, sin entrar a la realidad fáctica, porque siempre queda la sensación de una justicia inconclusa o mutilada.

En este sentido existe una vinculación estrecha entre los objetivos de la administración de justicia penal y la sentencia que le da solución definitiva a un caso concreto, vinculación que puede ser considerada

desde las dos perspectivas que se dan en las sentencias, según sean condenatorias o absolutorias.

Lo que tenemos interés en destacar es que la ejecutividad de las sentencias o formas del acto de administración de la justicia penal, depende del sentido de la resolución y de la perspectiva que se adopte para el análisis.

Así tenemos lo siguiente:

— En caso de una sentencia condenatoria, existe un objetivo dado de origen por la norma jurídica, que es el artículo 18 constitucional, ya que el fin que se persigue con la condena no es sancionatorio o vindicativo, sino readaptatorio. El Estado y la sociedad están interesados en lograr que el delincuente condenado sea sometido a un tratamiento adecuado que elimine de él los factores que lo llevaron a delinquir.

Al mismo tiempo y si como hemos venido sosteniendo el delito siempre afecta un bien jurídico protegido penalmente, y todo bien jurídico tiene un titular, éste, el titular como víctima del delito, tiene interés en que la administración de justicia penal le restituya o le repare lo dañado o supere la afectación causada por el delito.

— Desde otro punto de vista, si la sentencia es absolutoria, sea porque no hay delito o porque no hay delincuente en la persona del sentenciado, debe haberse llegado a tal conclusión respetando los derechos esenciales de los involucrados y debe, también, restituirse el daño causado con motivo del enjuiciamiento, porque éste resultó injustificado.

Aquí también juegan sus respectivos papeles el reo procesado y la víctima aparente, bajo los supuestos del más obligado respecto a los principios sustentadores que hemos señalado como correspondientes al proceso penal.

Una u otra de las situaciones que se presenten al sobrevenir el acto de administración de justicia, resulta especialmente importante que culmine en lo ejecutivo que se pretende, es decir, que se readapte al delincuente, se restituya a la víctima, se indemnice y purifique al inocente y que se dejen a salvo los derechos de la supuesta víctima. Si esto no se logra, falta la ejecutividad que se requiere para la real existencia del acto de administración de justicia penal ya que lo resuelto no rebasa los límites de lo enunciativo y lo que interesa a los involucrados, entre ellos a la sociedad, es la culminación real y positiva de la resolución dada en forma de sentencia.

Estos tres requisitos ya mencionados, credibilidad, aceptabilidad y ejecutividad, deben coincidir en cada caso concreto enjuiciado para

que surja la plenitud del acto de justicia. Si faltan, o alguno de ellos no se presenta, quedará insatisfecho el ideal buscado y los objetivos creados.

Ya antes quedó expuesta nuestra opinión en el sentido de que lo que entendemos por ejecutividad referido a las sentencias penales debe ser reconocido por la importancia que le corresponde en el acto de administración de justicia referido al caso concreto.

Una sentencia que no se cumple, aquella que no es ejecutada, no equivale sino a una mutilación de la idea de justicia, porque es necesario siempre que aquello resuelto en forma definitiva, pase a formar parte de la verdad real que interesa a los seres humanos miembros de una sociedad.

Desgraciadamente este principio de la llamada ejecutividad es excepcional en el medio nacional, dado en toda su integridad. Cuando nos referimos a una integridad es porque estamos ratificando la relación delincuente-víctima-sociedad, que se da en todos los hechos de contenido penal. En otras palabras, si hay un delito es porque hubo un delincuente, quien afectó intereses jurídicos de la víctima y en ello está interesada la sociedad toda, en razón del valor que tienen los bienes que tutela el Derecho Penal y la armonía en la convivencia.

En nuestro país raramente se da la plena ejecución en materia de delitos. Para que esto ocurra es necesario que el delincuente sea rehabilitado durante la vigencia de la condena impuesta, que el ofendido o la víctima del delito obtenga la reparación del daño causado a sus intereses afectados, entendido esto en forma amplia, tal como lo señala la ley, es decir, reparación por restitución o pago de lo materialmente afectado y moral por el sufrimiento y alteraciones causadas. Hasta la fecha esto último no pasa de un noble enunciado en la ley, sin concreción en la práctica. Finalmente, la sociedad no puede darse como satisfecha si los dos primeros puntos mencionados no se han surtido en plenitud.

Las causas de este proceso casi siempre inconcluso son múltiples, pero pensamos que una especialmente destacada está originada en la falta de control e identificación de los habitantes de nuestro país, quienes en el ejercicio de su derecho constitucional se trasladan de un lugar a otro, como debe ser, pero sin dejar huella si así lo quieren. Si tuviéramos como ocurre en la mayoría de los países del mundo, un sistema de identidad obligatorio, sería más sencillo que un reo no se sustrajera a la acción de la justicia como acontece en la actualidad, tan solo con cambiar su lugar de asentamiento, lo que se acentúa con-

siderando nuestra organización política en Federación de estados libres y soberanos.

Pensamos también que la obligación de reparar el daño causado por el delito debe ser imprescriptible, para evitar la constante insatisfacción de los titulares del derecho a reclamarla, quienes están sometidos a términos reducidos que normalmente coinciden con una etapa espontánea o provocada de insolvencia del obligado.

Estas son meras ideas para tratar de reducir los casos de insatisfacción en la idea de la administración de justicia por falta de ejecutividad de las sentencias, porque debemos reconocer y aceptar que tales sentencias son cabalmente cumplidas y ejecutadas por excepción y esto, evidentemente, contradice el ideal de la justicia, o dicho en otras palabras, significa una falla en el sistema de administración de justicia y, en estas condiciones, la sociedad se siente permanentemente insatisfecha y desconfiada de sus aparatos, y administradores y ejecutores de justicia.

Hemos procurado ir dando a nuestras reflexiones una hilación razonable con la finalidad de que nos permita dar respuesta a ciertas cuestiones preocupantes, girando todas ellas alrededor de la idea de la justicia y de la administración de justicia penal.

A manera de recapitulación parcial, podemos afirmar que no es correcto hablar de una crisis que sufra el Derecho Penal, sino aceptar que las necesidades de transformación y congruencia del propio Derecho Penal son las que hacen que aparezca una aparente crisis que hace notable el cambio necesario. En otras palabras, la sociedad humana desde siempre está en constante transformación, pero nunca antes a un ritmo tan vertiginoso como el que se ha dado en los últimos cincuenta años, mismos en los que han cambiado casi todos los valores y esquemas del pensamiento social. El Derecho en general y el Derecho Penal en especial, siempre han ido a la zaga del cambio social y esto es lo que produce la impresión de encontrarnos en una situación crítica.

Sin embargo, mientras el legislador esté consciente de la necesidad del cambio para adecuar la norma al pensamiento y sentimiento sociales, la crisis es aparente. Lo que debe alcanzarse es un estado de alerta permanente, para evitar que la crisis se torne una realidad crónica y deje de ser crisis.

Pensamos que se deben replantear las ideas tradicionales de la justicia, porque ellas no corresponden a la forma y fondo que son atributivas de la materia penal. No puede dejar de tomarse en considera-

ción que en esta materia la sociedad y el Estado están especialmente interesados, mientras que en las otras, es decir en las no penales, campea un sentimiento eminentemente individualista, como lo vemos desde la época de los griegos y de los romanos. Para las sociedades actuales la justicia penal involucra más aspectos, ya que sólo como consecuencia de los delitos se requiere la administración de justicia y los delitos son, antes que nada, valoraciones impregnadas de elementos sociales. Nos resulta insuficiente la idea tradicional de la justicia para entender el fenómeno del delito y sus consecuencias.

Pensamos, también, que el acto de administración de justicia debe satisfacer una variedad de condiciones y requerimientos para que no aparezcan como venganza o castigo las consecuencias del delito. Entre esa variedad o multiplicidad destacan la credibilidad, la aceptabilidad y la ejecutividad, cada una de ellas apreciable separadamente, pero en última instancia como ingredientes de un mismo acto, para que se sienta que es verdaderamente de justicia y no de absolutismo o de imposición dictatorial.

V. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN NUESTRO PAÍS

Una vez hecha esta brevíssima recapitulación hemos de preguntarnos si en nuestro país, en la actualidad, hay en realidad una crisis del Derecho Penal o la hay en la administración de justicia penal y, en su caso, abordar las razones por las que existe tal crisis, si la hay.

Nuestra opinión es en el sentido que se desprende de todos los planteamientos previos en cuanto a la inexistencia de crisis alguna del Derecho Penal. Estamos frente a uno de tantos casos en los que el mal empleo del lenguaje y las confusiones ideológicas nos llevan fácilmente a conclusiones erróneas.

Cuando decimos que hay crisis en el Derecho Penal, en realidad lo que estamos haciendo es ignorar la dinámica propia del Derecho que nos ocupa y que emerge de valoraciones sociales que son permanentes en muchos aspectos, pero profundamente cambiantes en otros. No puede negarse la permanencia del valor "vida", y sin embargo estamos viviendo una época de severos cuestionamientos en materia de aborto y de eutanasia, ambos problemas incluidos en un concepto amplio de "vida". Con esto lo que queremos destacar es que aún en lo que puede valorarse como más sólidamente establecido, las sensibilidades sociales están cambiando.

Además ha variado radicalmente la filosofía de la pena, ya que antes se trataba de un requerimiento social de castigo para el transgresor y ahora se maneja la idea de la readaptación social, o lo que es igual, se piensa en atender y remediar las fallas que presenta el delincuente para una normal convivencia, para que se incorpore en el momento oportuno sin riesgo, o con el menor riesgo posible, a la sociedad de la que forma parte. Aun cuando en las últimas fechas se han vuelto a estudiar ideas de castigo para el delincuente ante las manifiestas dificultades para una plena rehabilitación, tales ideas no han sido recogidas por las normas, ya que sigue vigente el texto constitucional que garantiza el fin readaptatorio de la sanción penal.

Sería, sin embargo, esfuerzo inútil pretender soslayar que se está dando un fenómeno que afecta a la sociedad y que es el que transmite la impresión de que hay crisis en el Derecho Penal. Este fenómeno ha recibido múltiples denominaciones: desesperación ciudadana, inseguridad pública, corrupción institucionalizada, son algunos de los calificativos con los que se identifica al fenómeno. Vamos a agregar uno más, ya que desde nuestro punto de vista, lo que existe es una verdadera crisis en el sistema de administración de justicia penal. Líneas adelante daremos nuestros fundamentos para esta afirmación porque antes tenemos interés en andar un camino un tanto heterodoxo, pero que se justifica atendiendo a la importancia que personalmente damos a las valoraciones sociales y a los sentimientos y pensamientos de un grupo (en la medida en que son comunes) para la formación de los conceptos jurídicos penales.

Nos referimos a que vamos a citar una columna editorial del periódico diario *Excélsior*, en la cual la editorialista Martha Robles, quien ignoramos si tenga formación jurídica, pero a quien reconocemos sensibilidad social, hizo planteamientos evidenciadores de la absoluta falta de confianza en el sistema de administración de justicia. En su columna del día 1º de julio de 1987 dice la periodista lo que entresacamos, tratando de respetar el contexto:

La inseguridad ciudadana es total: en las calles, los asaltos criminales; en las casas y oficinas, policía privada si es posible; cercas, cadenas o temibles perros en esquinas o barrios protegidos por los aterrados residentes; choferes armados con puñales o pistolas y los rateros a sus anchas, ocupando la ciudad. . .

. . . En vista de que el Código Penal parece redactado por violadores y truhanes, la gente ha decidido impartir la justicia por su cuenta. *Nadie confía en el cuerpo judicial*. Quien llega a los juzga-

dos a levantar las actas de rigor, se topa con una burocracia tal que mejor se retira convencido de que aquí las leyes no sirven para nada. Al propio drama se agregan otros más terribles de los demandantes que acuden a los jueces, imágenes desesperadas por la inutilidad de tantos trámites y horas requeridas. . .

. . . Tanta impunidad criminal sugiere cierta complacencia de parte de quienes han sido designados para impartir justicia. Lo más lamentable no queda en lo que uno observa en las antecámaras delegacionales. El verdadero drama comienza en las deficiencias del Código Penal. . .

. . . ¿Qué hacen la Barra de Abogados y las asociaciones de juristas? A ellos corresponderían las protestas más directas contra unas normas cuyas deficiencias conocen de sobra. Pero los abogados mexicanos son pasivos. Mejor deciden aplicar la costumbre del embutido que luchar por procedimientos legales para dignificar su profesión.

Nosotros respondemos particularmente a la periodista citada que somos varios los que compartimos su preocupación y cada uno trata de aportar algo de lo que está a su alcance para remediar la situación, pero el problema es de orden social y requiere de una transformación profunda del sistema. Lo cierto es que de seguir el camino que actualmente llevamos, se agudizará progresivamente el malestar imperante y esto es peligroso en grado extremo.

Es cierto que se tienen desconfianza y frustración frente al sistema de administración de justicia y esto hace que los ciudadanos acudan a él recelosos y desconfiados, sólo como último recurso. Es malo para cualquier sociedad que esto ocurra, porque las controversias y los delitos van a seguir presentándose, puesto que son consecuencia natural de la vida en sociedad y si se pierde la confianza en la existencia de un árbitro capaz y eficiente, cada quien tratará de resolver la dificultad según en propia y personal idea de la justicia. Hay, en estas condiciones, una verdadera conmoción social, porque cada quien se sentirá poseedor de la verdad y tratará de sacarla adelante, por medio de la violencia si a ello se tiene que llegar. De aquí al caos absoluto, a la desaparición del orden jurídico, no hay sino el curso del tiempo, pero la meta está visible.

Es una llamada de atención a todos para analizar y resolver la situación imperante, para evitar mayor deterioro en la credibilidad del sistema. El imperio del Derecho debe subsistir sobre el de la violencia y

sólo modificando ideas, criterios, sistemas, símbolos y procesos de ejecución, podemos evitar el daño que se está generando.

Si tenemos convicción, como es el caso, de que existe una grave falla en la administración de justicia penal, no resulta conveniente dejar en simple exposición escrita nuestra preocupación, porque siendo cierto que el principio de solución de todos los problemas se encuentra en su identificación, es preferible aportar elementos de análisis del problema y proponer mejora para encontrar soluciones.

Pensamos nosotros que la auténtica crisis en el sistema de administración de justicia penal es, como suele decirse, una consecuencia de la existencia de un conjunto polifacético de factores que convergen en un mismo punto. Estos factores, que luego mencionaremos, se reúnen en un instante preciso, que es el del acto de administración de justicia y arrastran, porque no pueden evitarlo, todo lo que de negativo rodea al medio y al sistema, hasta el extremo que, con gran frecuencia, el acto final se siente impregnado de los vicios y deficiencias concurrentes y, pudiendo ser correcto desde el punto de vista de la interpretación de la norma, deja insatisfacción, por la forma como se realiza.

Si pretendemos ubicar dentro de un criterio de clasificación las causas y los factores que propician la crisis del sistema de administración de justicia penal, su misma heterogeneidad torna sumamente difícil la tarea. A pesar de esa dificultad y anticipadamente sabedores de que nuestro criterio puede ser insuficiente y hasta criticable, trataremos de hacer un análisis sobre un doble agrupamiento; en primer lugar, mencionaremos los factores que denominamos de orden social, con lo que estamos refiriéndonos, en general, al desarrollo y condiciones en que se encuentra la sociedad, ya que nuestra idea es, como se ha venido sosteniendo, que la administración de justicia es un requerimiento social constante y para dar cumplimiento a su objetivo debe ser congruente con el sentimiento y pensamiento sociales.

En segundo lugar nos referiremos a los factores individuales, que son propios de los involucrados en el acto concreto de administración de justicia. En este sentido, como también se ha expresado, creemos que la mera idea y sentimiento de la justicia adquiere su dinámica al aplicarse a los casos concretos y en estos hay intervención de personas plenamente identificables, que son el administrador y los administrados de la justicia.

— Para la aplicación de soluciones a los casos concretos se parte, siempre, de la base que da la ley aplicable. El Código Penal y el de

Procedimientos Penales, que son los dos cuerpos de leyes aplicables sufrieron un retraso en su evolución sobre todo si tomamos en cuenta que la etapa que corre entre su promulgación y el inicio de reformas sistemáticas de adecuación, es el lapso histórico más violentamente transformado y transformante. La entrada en vigor ocurre casi a la mitad del camino entre las dos grandes guerras mundiales.

Al llegar a su final la década de los años veinte que es cuando se trabajan y depuran los criterios luego plasmados en normas en los códigos que nos ocupan, los valores sociales y las expectativas eran distintos a los otros que luego se presentaron. El optimismo era la regla general y la idea de la paz permanente la sustentación del desarrollo social. Surgen problemas económicos y políticos y se desencadena la Segunda Gran Guerra, que durante su curso y luego de su final, acelera procesos de transformación en todos los campos de la vida. La política, la ciencia y la tecnología y toda forma de relación social, se vieron revueltos desde su base. Aparecieron nuevos delitos, pero también surgieron avances impresionantes en los campos privados de la ciencia. Todo fue distinto, menos las leyes. Siguieron aplicándose Códigos que no eran viejos, sino inadecuados para regir a una sociedad con nuevos pensamientos y sensibilidades.

Es hasta una fecha reciente, diríamos 1982, cuando programada y sistemáticamente, se trata de ubicar a la ley vigente a la vera y no a la zaga de la sociedad. Estamos frente a un proceso no concluido y siendo mucho lo avanzado, también lo es lo que falta por recorrer.

Este proceso, primero de rezago y luego de adecuación hizo que la insatisfacción de la sociedad con su sistema de administración de justicia se evidenciara y luego se ahondara, hasta que se inició el proceso no culminado de adecuación. Lo indispensable, diríamos tal vez mejor, lo substancial ya está dándose, puesto que la ley es el ingrediente de valor superior en la solución de los casos. Estos varían, pero la ley sigue siendo única.

Estamos padeciendo una auténtica crisis de valores ciudadanos. Los atributos republicanos de los servidores públicos, de aquellos que tienen a su cargo la administración del bien común, se han transformado radicalmente, por causas que no podemos abordar en este ensayo, pero que merecen máxima atención. Ser honrado, probo y afrontar la vida sin egoísmo exacerbado, todo lo que antes era normal encontrar en los funcionarios, se vuelve ahora lo excepcional o lo anormal. Este mismo problema se presenta en el sistema de administración de justicia, en el que la rectitud y la independencia de criterio es más difícil de

encontrar que sus opuestos, con la enorme desventaja del daño social que esto causa, ya que donde se confronta el ciudadano con el Estado es precisa y destacadamente en las cuestiones penales y nada hay que dañe más a una sociedad que la desconfianza. No queremos decir, y esto debe quedar claramente establecido, que todos los funcionarios sean deshonestos, sino que los valores comunes antes reconocidos, ya no se aceptan con igual facilidad. Difícil trance el de aquella sociedad para cuyos miembros la honradez y la probidad sean un lastre, porque está destinada a la total declinación. Lo que debemos hacer es tratar en cimentar los valores superiores, iguales o distintos a los anteriores, pero que signifiquen efectivamente algo benéfico para la salud social.

Más allá de lo axiológico tenemos también una cuestión extraña de tipo económico. El sistema no puede funcionar adecuadamente, porque carece de recursos materiales para ello y cuando hablamos de tales recursos no reducimos la expresión a dinero, porque es bien sabido que el funcionario bien pagado, pero mal establecido en sus conceptos éticos, seguirá siendo un funcionario dañino. El dinero no da valores éticos aun cuando sí puede quitarlos. Nosotros nos referimos a un concepto de lo material de mayor amplitud que ahora desarrollaremos.

El primer punto de atención en este aspecto es el concerniente a la pobreza de los locales en que se administra la justicia. Desde el entorno en que se localizan físicamente las instalaciones, que parece corresponden a lo más inadecuado, hasta el concerniente al mobiliario y equipo, todo transmite una angustiosa sensación de miseria.

Fue en el año de 1976 cuando desapareció la sórdida prisión de Lecumberri, el llamado Palacio Negro. En su lugar, empezaron a funcionar dos reclusorios, el del Norte y el del Oriente, ambos, al igual que su predecesor, rodeados de los lugares de impartición de justicia penal de primera instancia. Por razones de seguridad se ha considerado que los tribunales penales deben estar junto al centro de reclusión, o si se quiere a la inversa, que viene a ser lo mismo. Por causa del valor y costo de las instalaciones, se buscó que los nuevos reclusorios quedaran ubicados donde el precio de la tierra es menor y, consecuentemente, están en los suburbios de la gran urbe capitalina, circundados por zonas verdaderamente depauperadas, como las hay en toda metrópoli. Esto hace que desde que se llega al lugar de administración de justicia, el pesimismo y la depresión sean lo común, especialmente para los ocasionales visitantes, sea cual fuera la causa de su presencia en el lugar.

Los juzgados, inicialmente diseñados en módulos razonablemente aceptables, sufrieron transformaciones radicales como se evidencia considerando que debió haber habido 30 juzgados y hay actualmente 66, sin obras nuevas. En otras palabras, más del doble de lo planeado en el mismo espacio, lo que indica una gran falla. Esto en el orden común o local del Distrito Federal, porque en materia Federal, de los juzgados originales que eran 6 se ha pasado a 10, más 2 tribunales de apelación y otros agregados, que es inútil especificar.

Al inaugurarse el tercer reclusorio, el del Sur, quedó integrada la ubicación de los locales de administración de justicia penal, como lo hemos comentado. Este reclusorio del Sur, es el único que no está rodeado por un cinturón de miseria, hay que decirlo, pero tiene los mismos problemas de espacio que los otros.

Han habido varios factores de influencia en esta cuestión y algunos, aquellos que creemos son los más importantes, los destacaremos a continuación.

En primer término, por hablar sólo de los últimos diez años, podemos mencionar el desequilibrio económico que apareció en el año de 1976 y que hizo que la paridad de nuestra moneda cambiara brusca-mente, duplicando el valor del dólar norteamericano; esto trajo como consecuencia que al final del gobierno del presidente Luis Echeverría, que fue cuando se tomó la decisión de construir los nuevos cuatro proyectados reclusorios y juzgados adjuntos, se suspendiera toda obra y se terminara solamente aquello que tuviera un avance considerable. Fue por esto que de un proyecto de 4 se sufrió la reducción a la mitad y el resto quedó pendiente. Sin embargo, lo que no cesó afortunadamente, fue el traslado de locales de los tribunales, pero sí se hizo en condiciones distintas a las proyectadas.

Luego, podemos mencionar la falta de resultados alentadores en la política demográfica, ya que la población de la zona metropolitana continúa creciendo sin control positivo, con el consiguiente aumento de la criminalidad, por la simple existencia de mayor número de habitantes con proclividad criminal, por sus condiciones de marginación. Ante mayor número de casos, poseemos igual número de juzgados, lo que evidencia la total incongruencia y el deterioro material que se sufre.

Hace ya varios años que nos encontramos inmersos en una profunda crisis económica, en un proceso inflacionario grave y en estado de carencia de liquidez y todo ello hace que los recursos para la mejor administración de justicia fluyan en forma lenta y limitada. Este tercer factor se agudizó, en general, con motivo de los sismos de 19 y 20 de

septiembre de 1986, que siendo cierto que afectaron sólo parcialmente a la administración de justicia penal, a la de justicia en general la trastornaron en forma gravísima, en áreas como la civil y la familiar; esto se tradujo en la necesidad inmediata y urgente para lo inaplazable y dejar en segundo término lo penal.

La esfera de administración de justicia penal se vio afectada en la pérdida de los tribunales colegiados de revisión en materia de amparo y de apelación en procesos federales. Estos últimos han sido también reubicados en el reclusorio Sur, lo que significa agravar la saturación existente.

Todos estos factores, que no son los únicos sino que figuran como destacados, traen una consecuencia final, que es dificultar el proceso de administración de justicia, puesto que en lugares absolutamente inadecuados se llevan a efecto los trámites que habrán de culminar en la sentencia definitiva.

Resulta desconsolador percatarse de la forma en que se llevan al cabo los procedimientos penales; en lugares reducidos y sin las más elementales comodidades, se practican actuaciones que frecuentemente duran horas. Es común la carencia de asientos para testigos, abogados y coadyuvantes, en más ocasiones de las deseables todo mundo permanece de pie y ello no es por respeto, sino por imposibilidad de encontrar un asiento. Hemos presenciado en innumerables ocasiones que se llevan a efecto diligencias en que debe intervenir el acusado y éste, durante horas, permanece de pie, pues tras la llamada reja de prácticas, no hay un lugar para sentarse. El agotamiento físico merma la capacidad intelectual y el interés en lo que ocurre y todo ello hace desmerecer el valor de las actuaciones.

Por razones de la saturación de casos y del empleo inapropiado del tiempo, el juez tiene que ser de instrucción y de sentencia, pero como no dispone de los recursos materiales para un eficiente cumplimiento de sus obligaciones, se dedica más a sentenciar que a participar en las diligencias de instrucción, porque las sentencias se reflejan en la estadística y esto hace que sean muchas las ocasiones en que sentencie sin jamás haber visto al sentenciado, lo que es muy grave. Pero es bastante más lesivo para el valor de la justicia que alguien sea sentenciado por un individuo a quien no ha visto en ocasión alguna. Se traduce este fenómeno en la no aceptación o en el rechazo subjetivo de la sentencia. Si el reo exigiere que se cumpla en todo acto con lo que la ley manda, es decir, con la presencia del juez, éste no podría sentenciar, salvo trabajando en sus horas de descanso. Sólo por excep-

ción se da este caso, quedando patente la falla del sistema, que sacrifica alguno de los aspectos de la función, pero daña a la administración de justicia. No pretendemos generalizar, pero sí nos atrevemos a asegurar que este es un fenómeno real.

Ante la evidencia de la saturación, recientemente se adoptó la decisión de duplicar el número de juzgados penales, de 33 a 66. Sin embargo el resultado fue nulo, pues no se dotó de la infraestructura adecuada a los nuevos jueces, pues lo único que se hizo como si se tratara de células elementales, fue dividir los ya de por sí reducidos locales de trabajo y poner en el mismo espacio existente dos jueces, pero sin dar a cada uno el personal suficiente. El desorden impera, la confusión es constante y la pérdida de un valor simbólico es constante. Los jueces trabajan lo que pueden.

Como debe quedar claro, los aspectos materiales a que nos venimos refiriendo son de orden social, es decir caen dentro del grupo de factores comunes para la sociedad en que vivimos; nada tienen que los vincule con cuestiones subjetivas, pues se trata de una ley aplicable a todos y de un sistema de administración de justicia que es igualmente aplicado a todos los casos concretos.

No creemos que sean estos los únicos factores, pero sí que son los relevantes conforme a nuestro criterio.

— Líneas arriba asentamos que operan también negativamente los llamados factores individuales y especificamos que éstos son propios de las personas que intervienen en el acto de administración de justicia, dado en forma concreta. Para que sean más claramente inteligibles nuestras ideas, diremos que pensamos que son cuatro esencialmente quienes como personas intervienen en el acto concreto justiciable: el juez, el acusador (aquí incluimos al Ministerio Público y al ofendido o víctima), el reo y el defensor. Cada uno de ellos participa en el proceso que culmina con el pronunciamiento de la sentencia y a cada quien corresponde jugar un papel determinado. Todos juntos portan elementos que dañan la idea de la justicia cuando su función no es realizada con esmero, decoro, inteligencia y probidad.

Por razón de la importancia suprema que tiene y el papel que juega en el acto concreto, nos referiremos en primer término a quien identificamos como el juez, o el administrador de justicia.

Hace más de 40 años Jiménez de Asúa escribió un artículo publicado en la revista de *Psiquiatría y Criminología* (núms. 25-26 enero-abril, 1940) y ahí expuso ideas que son perfectamente válidas en estas fechas. Sostenía el maestro español que al Juez penal le corresponden

las funciones de intérprete de la ley penal, juzgador del transgresor de la norma penal, determinador de la pena dentro del arbitrio que se le asigna de origen y vigilante del tratamiento rehabilitatorio del reo. Yo pienso que siendo ciertas las afirmaciones de Jiménez de Asúa, son en alguna forma restrictivas, porque todo el texto del artículo que mencionamos y el enunciado de las funciones atribuidas al juez penal, transmiten la idea de la condena y ésta no es la única resolución que en sentencia pronuncian los jueces penales, por lo que tal vez fuera prudente agregar una otra función, que enunciaríamos como de determinador de la naturaleza jurídica de los hechos concretos, para obtener las consecuencias previstas.

Lo que importa para este ensayo es el conjunto de condiciones que el juez debe reunir para cumplir con las funciones que le son propias y, luego, comparar el resultado obtenido con la realidad imperante en nuestro medio. Una vez más insistimos en que no pretendemos generalizar, porque reconocemos que siempre habrá distintas calidades en las personas, sino que nuestras referencias son consecuencias de la apreciación, del sistema, en forma amplia.

El juez debe ser un experto en el conocimiento de la ley que aplica. A él no le corresponde la creación de la norma, sino la interpretación de ella para referirla a los casos concretos que conoce. Su posición es eminentemente dinámica, pero tiene o debe tener, el apoyo del conocimiento bastante de la ley. Está obligado a acudir a las interpretaciones gramaticales, teleológicas y extensivas, lo que implica la necesidad de dominar áreas del conocimiento humano que son altamente especializados.

Basta ver la obligación de dictar sentencia siguiendo principios inalterables como son los oriundos en el principio de legalidad, para darse cuenta que el juez debe ser conocedor, sin que esto implique ser un doctrinario dogmático, puesto que su función es de dinámica referida a casos concretos.

Algo especialmente importante, para nuestro punto de vista, es referente a la psicología del juez, que puede ser observada desde dos ángulos. El primero es el juez como ser humano que resolverá destinos, que lo obliga a ser sereno, justo, ponderado, libre de prejuicios, invulnerable a presiones sociales y personales, autónomo, etcétera. Tal vez pudiéramos agregar varios calificativos más, pero sean bastantes los enunciados para dictar que el juez y sobre todo el buen juez, es casi un super-hombre o por lo menos idealmente así debe serlo.

El otro ángulo es el de la capacidad para entrar a la personalidad de los enjuiciados. Para un correcto manejo de la facultad de arbitrio que se le da por la ley, el juzgador debe entender la personalidad y en su caso valorar la peligrosidad de las personas. No es ésta una empresa fácil, porque requiere conocimientos que no están al alcance de todos.

Estos mismos requerimientos serán necesarios para tomar decisiones acerca del tratamiento para la rehabilitación del reo sentenciado, que es una obligación substancial del juez.

En palabras de Jiménez de Asúa diríamos:

El juez penal tiene en sus manos la libertad, el honor y los bienes de los hombres. Y hasta la vida en aquellos países en que se admite la pena de muerte. Debe ser docto en derecho y versado en todas aquellas ciencias que enseñan las causas de los delitos y que estudian la vida profunda de los hombres. Pero además debe ser bueno si ha de ser justo. Todo magistrado deberá aspirar, aunque luego los severos juristas descargásemos contra él nuestros enojos, al título que hubo de discernir a Magnaud el pueblo de Francia: *le bon juge* (*ob. cit.*, p. 38).

Con sinceridad hemos de reconocer que el ideal del buen juez es inalcanzable para la mayoría de nuestros administradores de justicia. En ellos, hablando generalmente, el conocimiento de la ley no es el deseado, por falta de una preparación sólidamente establecida. Las ciencias afines, las vinculadas con la necesidad de conocer el origen del delito y las características profundas del delincuente, es frecuente que les sean terrenos vedados. Su capacidad para entender la conducta es restringida y, finalmente, su independencia y probidad son severamente cuestionadas.

En fecha reciente, cuando se duplicó el número de jueces penales, se dio preferencia a elementos jóvenes, seguramente con la idea de que aún no sufrían los efectos de la contaminación social. El resultado, aún pendiente de ser valorado al largo plazo, parece ser desalentador, porque estamos padeciendo gravísimos daños por la inmadurez de nuestros jueces. Hemos sabido y valga esto a manera de ejemplo, de una joven juez que se acerca a la reja para hablar con la detenida a quien acaba de dictar auto de formal prisión y llora junto con ella, pidiéndole perdón por lo que ha hecho y pretende justificarse diciendo que estaba "muy presionada". Esto es concebible sólo como un acto de puerilidad, repugnante cuando se trata de un juez, obligado a ser sereno, independiente y digno.

Cuando hablamos del Ministerio Público, entendido no institucional sino personalmente, en teoría se trata del órgano técnico, titular del ejercicio del derecho a la persecución. Es quien tiene el poder inmenso para poner en actividad la maquinaria estatal, que significa, en última instancia, una cruel y ventajosa posición en la que un solo ser humano, el reo, se ve perseguido por el Estado. El poseer tan gran poder debe obligar a los funcionarios a la verticalidad en sus acciones y a la ponderación en sus apreciaciones. Sin confundir al persecutor con el juez, es indudable que el Ministerio Público, que se supone debe ser de buena fe, tiene a su cargo la emisión de juicios y opiniones de gran trascendencia en el procedimiento penal. Desgraciadamente, habiendo los naturales casos de excepción, las personas que actúan como órganos de la persecución adolecen de la preparación deseable y su función en algunos casos no se da con la pureza obligada por el poder que representan.

El gran público es refractario al trato con los agentes del Ministerio Público y los conlleva sólo cuando no tiene alternativas, como es el caso de los coadyuvantes o de las víctimas del delito, que ponen en manos del representante social la defensa de sus derechos e intereses.

Esa desconfianza merma el valor de la administración de justicia, porque el ciudadano carece de la fe requerida en sus representantes y siente que el sistema falla siempre en su perjuicio. No podemos negar que el papel de la víctima en el proceso penal se ha minimizado en valor e importancia y ello es debido a deficiencias en el órgano persecutor. La parte más olvidada por la función de la procuración de justicia es, precisamente la que se lleva a efecto frente a los jueces, cuando el persecutor ha dejado de ser autoridad y se convierte en parte procesal. En esta etapa la apatía e inactividad son la nota común de nuestros funcionarios, por la falta de vocación, de preparación y de alicientes. Tal vez la solución estuviera justamente en el establecimiento de algo parecido a un escalafón, pero no por tiempos sino por méritos. Aquel funcionario que mejor cumpliera con su misión, debía ser promovido a niveles superiores de responsabilidad y de percepción económica.

No podemos ni debemos ocultar que este problema no escapa a la apreciación de las autoridades, las que han creado institutos para la formación adecuada de los profesionales que se requieren, pero no parece haber sido suficiente por falta de continuidad y certeza en el tratamiento para los egresados. Para que los agentes del Ministerio Público transmitan confianza, es necesario que ellos, como personas,

también la tengan, por lo que el concurso de méritos debe ser ponderado sin criterios ajenos a la finalidad que se busca.

La víctima, por su parte, debe siempre sentir el apoyo y confianza de su representante, que es el Ministerio Público. Si entra lleno de recelos al proceso, nunca se sentirá tranquilo con la sentencia que se dicte. Es indispensable que los ofendidos o víctimas sean bien representados, porque siguiendo nuestra invariable manera de pensar en cuanto a la importancia del bien jurídico, tenemos que reconocer que el titular del derecho afectado por el delito es un individuo que merece la más elevada atención, si es que se aspira a un buen sistema de administración de justicia.

Llegamos ahora a la parte más dramática del procedimiento para la administración de justicia penal, que es la que corresponde al reo acusado y a su defensor. Siempre nos ha impresionado la magnificencia del Derecho que esplende cuando un solo ser humano, el acusado, sin más ayuda que la de su defensor y sin otro argumento que el valor intrínseco de la justicia, se enfrenta al Estado que lo acusa y que dispone de todos los recursos que están puestos a su disposición por el sistema y, además, que ha tenido la oportunidad para escoger el tiempo y el lugar de su acción persecutoria. Mucho se habla de la dificultad de la policía para prevenir el delito organizado, porque el delito escoge tiempo, modo y lugar; pero no se ha tomado en cuenta el otro aspecto, es decir, cuando el Estado hace funcionar la maquinaria de represión, contando para ello con recursos bastantes y manejando el secreto, el poder y en cierta etapa la ley. Insistimos en que la justicia penal adquiere su verdadera dimensión cuando es vista desde la perspectiva del reo y su defensor.

No tenemos la menor duda de la importancia del reo en todo el proceso para la calificación del delito; sin embargo, tenemos también la absoluta convicción de la participación casi nula que desempeña en todo el procedimiento, lo que hace posible afirmar, aunque parezca un juego de palabras, que la parte activa del delito (el reo o el autor) desempeña un papel pasivo en el procedimiento tendente a la administración de justicia.

Lo anterior, que pudiera parecer paradójico es por razón de las características casi constantes de los acusados y de la naturaleza del sistema. Pensamos que es una verdad absoluta, el hecho conocido consistente en la mínima cultura de los delincuentes, ya que estadísticamente se puede sostener que son las clases más desprotegidas socialmente, las más impreparadas, las que manifiestan mayor índice de

criminalidad. Sin desconocer fenómenos como los llamados delitos de cuello blanco, típicos de clases sociales preparadas y hasta fuertes económicamente, en los países con grado de desarrollo como el nuestro, el aporte mayoritario de delincuentes lo hacen los grupos menos protegidos. Además, el sistema de enjuiciamiento, críptico y complicado para el profano, hace que el reo sea poco participativo y que deje, como debe ser normalmente, el papel preponderante al experto, a su defensor docto.

Y es aquí, precisamente, donde se da la falla que nos interesa destacar, ya que quien se supone debe ser docto, preparado y responsable, no siempre lo es. Volvemos a la estadística y de ella podemos extraer la información que precisa que la mayoría de las defensas son encomendadas a los defensores de oficio, empleados del Estado y que perciben sus sueldos por actuar como defensores, casi siempre indigentes. Sin ánimo de dañar una imagen, es cierto que salvo las naturales excepciones de siempre, los defensores de oficio poco hacen en favor de sus defensos. Más allá de lo formalmente indispensable por mandato de la ley, casi nunca se preocupan por preparar y ejecutar una hipótesis defensiva. Se concretan a asistir físicamente, o a firmar como si lo hubieran hecho, para evitar un estado manifiesto de indefensión, pero en realidad no encaminan iniciativas de pruebas o actuaciones que pudieran favorecer al reo. Éste se siente, casi siempre, abandonado a su suerte, inmerso en un universo que no comprende.

Los sueldos bajísimos que se pagan a los defensores públicos o de oficio, hacen que éste no pueda ser un trabajo de tiempo completo, con lo que se delinea más aún el marco demoledor en que está el reo, quien se siente perseguido por todos, y ayudado por nadie.

Tratándose de los defensores particulares, abogados expresamente contratados para asumir una defensa, tampoco el panorama es muy alentador, en forma especial por la impreparación profesional, que es nota frecuente. La Constitución Política señala que el reo puede ser defendido por cualquier persona de su confianza y reglamentariamente se ha establecido la necesidad de que figure un defensor letrado, pero el avance y complicación de nuestra vida comunitaria hace cada vez más conveniente la especialización entre los profesionales. La mayor parte de los abogados, carecen del dominio de la materia y ello no beneficia al sistema de administración de justicia.

La crisis axiológica de la sociedad contemporánea se refleja claramente en los defensores particulares con gran frecuencia, ya que sobre la vocación de servicio y la abnegación en la función, se impone el in-

terés pecuniario y son muchos los casos de abandono de defensas, o de desapego a ellas. Estamos entendidos de que este es un problema de conciencia social que se ha agudizado después de 1968 y su solución puede requerir tiempo, y no hay bastante, por lo cual, para nuestra personal apreciación, deben buscarse soluciones drásticas y urgentes para mejorar el gremio y entre tales soluciones la colegiación obligatoria pudiera ser una importante.

Podríamos seguir detallando las características personales de quienes intervienen en el proceso de administración de justicia penal, pero ello sería en abundancia de lo que hemos expuesto y que resulta insatisfactoria dentro de los ideales que deben atribuirse al acto de justicia.

Antes dijimos que acabada que fuera la mención de los factores objetivos (materiales) y subjetivos (personales) que hemos dado, debíamos hacer una labor de vinculación con lo que en el curso de este ensayo se ha expuesto, para estar en aptitud de concluir y creemos que es en esta etapa de nuestro trabajo que debemos cumplir tal anticipación.

Desde nuestro punto de vista no existe crisis alguna en el Derecho Penal en México, porque esta materia es por su propia naturaleza y fin último cambiante y ajustable a las necesidades sociales. La transformación radical de la sociedad mexicana hizo que la norma penal vista como conjunto se rezagara y empezara a resultar inadecuada para cumplir con la función motivadora y reguladora de la conducta que le corresponde. Para evitar un deterioro mayor en este sentido, en los últimos años se ha dado un proceso de reajuste y adaptación de la ley a las nuevas exigencias sociales, mas no por causas de una crisis del Derecho Penal, sino por la necesidad de conservar la congruencia entre la ley y la norma.

La justicia que idealmente se maneja en la materia penal no es idéntica a la de otras materias, ya que en tratándose de cuestiones penales, la justicia afecta tanto a la sociedad cuanto a los individuos involucrados en cada caso concreto. La importancia que tienen los intereses jurídicos tutelados por la norma penal hace que la sociedad esté en primer término vinculada por los delitos y, consecuentemente, atenta o interesada en el proceso por el que se resuelve en justicia toda controversia que se plantea en materia de delitos.

No pretende devaluarse la importancia del reo o de la víctima en el acto de justicia, sino enfatizar que todos están sujetos a dicho acto y sus consecuencias, por lo que la solución de las controversias sociales

que genera el delito, es algo que representa interés para el conjunto social y para los individuos como tales.

Para que haya justicia penal aceptable, es decir una justicia formal y materialmente válida, es necesario que el acto de administrarla contenga un grado de credibilidad suficiente, que sea aceptable en principio y que sea ejecutable como conclusión.

Por circunstancias que hemos destacado sólo en sus notas principales, la administración de justicia penal en nuestro país, no tiene el contenido de credibilidad que es necesario para la gran mayoría de la gente, porque se ha perdido la confianza en el sistema, tanto desde el punto de vista material como personal. Los tribunales donde se administra la justicia no reúnen las condiciones para revestir de valor formal un acto tan importante como lo es el de administración de justicia y tampoco las personas que tienen a su cargo esa elevada función son acreedoras, por sí, de la credibilidad. Esto salvadas las naturales y obligadas excepciones, es menester, por lo mismo dotar a tribunales y juzgadores, de lo necesario para readquirir la jerarquía que les restituya la credibilidad perdida.

La aceptabilidad del acto de justicia, depende en gran medida de la forma como se lleve a efecto el acto concreto. Desgraciadamente en nuestro medio hemos ido restando paulatinamente formalidad a la administración y a los administradores de justicia, siendo indispensable, si queremos mejorar en este sentido, que se dote al sistema de mejores medios materiales y a los administradores que se les exija respeto a su elevada función, respeto que puedan alcanzar superando sus niveles de conocimiento y adquiriendo plena conciencia del papel tan importante que les corresponde desempeñar en la sociedad moderna.

Todos quienes en alguna manera participamos en el proceso que culmina con la resolución final que se traduce en el acto concreto de administración de justicia, estamos obligados a aportar los medios necesarios para el mejoramiento del sistema que, indudablemente, se encuentra sometido a los factores sociales de deterioro que son conocidos. Si la corrupción es un mal frecuente, adquiramos la convicción de la verdad de la expresión que se enuncia diciendo: "si no hay corruptos no hay corrupto", que sirva para romper el círculo vicioso en el que nos encontramos.

Finalmente hemos de decir que la crisis que sufre el sistema de administración de justicia no debe convertirse en un problema crónico, porque ello sería sumamente grave para la sociedad a la que todos

pertenecemos; la solución no está al alcance de uno sólo, ni siquiera de las normas, sino que corresponde a todos nosotros, igual a quienes participamos en alguna forma en el sistema que a los miembros de la sociedad, porque es a todos que interesa tener una verdadera justicia.

LAS DIVERSAS ESCUELAS POSITIVISTAS DEL DERECHO

Miguel VILLORO TORANZO

SUMARIO: I. *Advertencia inicial*. II. *Voluntarismo jurídico*. III. *Positivismo científico*. IV. *Positivismo sociológico*. *Positivismo jurisprudencial*. V. *Realismo jurídico escandinavo*. VI. *Proyección de las diversas escuelas de Positivismo*. VII. *Bobbio y el Positivismo*. VIII. *Reflexiones finales*.

I. ADVERTENCIA INICIAL

Lo primero que hay que advertir —con Antonio Hernández Gil— es que “el Positivismo en el campo del Derecho no es siempre proyección de un concepto general científico o filosófico —tan vacilante, por lo demás— del Positivismo”.¹ La mayor parte de los juristas que asumen la actitud positivista, no lo hacen a partir de una reflexión crítica sobre el concepto del Derecho (sea éste científico o filosófico), sino más bien porque les es espontáneo lo que García Máynez llama el punto de vista de los órganos estatales. El funcionario que tiene como misión aplicar el Derecho, lo mismo que el litigante que trata de implementarlo en servicio de su cliente, no suelen detenerse a reflexionar sobre la noción de Derecho que están manejando. Para ellos simplemente existen normas jurídicas, cuya validez extrínseca o dan por supuesta (cuando la ven proclamada por el superior jerárquico o cuando la deducen de la simple existencia de un código o de una ley) o investigan a través de las fuentes formales del Derecho (por ejemplo, el funcionario sondea si su superior tiene facultad para dar tal orden y el litigante inquiere si hay jurisprudencia establecida sobre tal cuestión). Se podría decir sin exageración que el Positivismo primero es vivido espontáneamente por los que aplican el Derecho y sólo más tarde es razonado por los teóricos. Y el razonamiento de éstos ciertamente, en la mayoría de los casos, no es una aplicación deductiva al Derecho de los postulados de la

¹ Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. III, Madrid, 1973, p. 79.

filosofía positivista, sino más bien un echar mano de esos postulados para justificar una posición tomada de antemano sin reflexión crítica y según la cual se maneja al Derecho como una realidad dada insoslayablemente y, por lo tanto, positiva. Por consiguiente, el Positivismo jurídico consiste, antes que nada, en la cosmovisión o actitud general no crítica que da por supuesto que el Derecho es algo del cual no tienen control los juristas, actitud que más bien se encoge de hombros ante los esfuerzos de los teóricos y filósofos del Derecho por definir ese algo dado, ese algo positivo. Esta cosmovisión es típicamente positivista en cuanto rechaza las especulaciones metafísicas, ya que para ella cualquier especulación teórica ya es metafísica, ya desborda los límites de lo dado positivo. Pero, a partir de aquí, los teóricos toman el relevo de la cuestión y se preguntan: ¿qué es lo dado positivo?, ¿son hechos?, ¿son mandatos?, ¿son normas jurídicas? Según se dé respuesta a la cuestión anterior, aparecen diversas escuelas positivistas del Derecho. Los más contestan: son mandatos de la voluntad del Estado o de las autoridades competentes. Entonces aparece una noción voluntarista del Derecho. Pero otros prefieren contestar que son realidades sociales, son hechos con impacto social. Sobre esta respuesta se levanta el sociologismo jurídico que tiene una visión empírica del Derecho. Por último, hay quienes prefieren responder: son normas jurídicas, pero no consideradas éstas como mandatos sino en cuanto formas racionales transmisoras de un pensamiento. Así ha nacido lo que muchos autores nombran el formalismo jurídico y que nosotros preferimos llamar la noción racionalista del Derecho. Pero estas distinciones, que nos parecen evidentes y necesarias para no embrollar la cuestión, no han sido vistas por todos los juristas. De allí la confusión del contenido de la expresión "Positivismo jurídico".

II. VOLUNTARISMO JURÍDICO

La forma más constante y generalizada del Positivismo jurídico es la del voluntarismo jurídico. Explicábamos en otra parte que el voluntarismo se levanta sobre la glorificación del legislador, pero no le fue difícil adaptarse, en la segunda mitad del siglo XIX, a las exigencias positivistas. Julián Bonnecase, el historiador de la Escuela de la Exégesis, explica cómo dicha escuela se estructura bajo la doctrina estatista consistente en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infalibilidad: las leyes son la expresión de la voluntad soberana del pueblo, fuera de ellas sólo hay voluntades individuales

y subjetivas sin relevancia como soluciones coactivas sociales. Por eso, los juristas se limitan a estudiar lo mandado en la ley. "Exponente perfecto y acabado de la misma es el "Code", la razón escrita. En él se reunía y agotaba todo el Derecho civil. . . Bajo el nombre de la exégesis se congregan los juristas de la época, que se prometen a sí mismos una ciega devoción hacia la obra cumbre, un respeto invulnerable, un acatamiento pleno".² El voluntarismo jurídico triunfaba bajo la sombra protectora de la filosofía política de Jean Jacques Rousseau. Más tarde los fervores democráticos revolucionarios se enfrían y empieza a enseñorear el espíritu glacial del Positivismo de Comte. "En verdad, los representantes de la Escuela de la Exégesis sufrieron, más que razonaron, la doctrina positivista; pero su afiliación a ésta, es cierta. Así como los sociólogos sólo quieren conocer ese fenómeno exterior, que constituye el hecho social, los exégetas únicamente quisieron conocer ese hecho exterior que es la ley. Sin duda, atribuyeron un alma a ese hecho, puesto que sólo lo interpretan a través de la intención del legislador. Pero esa intención era también un hecho exterior que buscaban también exteriormente. Por otra parte, sabemos que la Escuela de la Exégesis consideró que el sistema legislativo en vigor se bastaba a sí mismo, y esto, indiscutiblemente, es una forma del positivismo jurídico".³ Esta forma de Positivismo, defendida en Francia por la mencionada Escuela de la Exégesis y en Gran Bretaña por la Jurisprudencia Analítica de Austin, puede ser llamada, además de voluntarismo jurídico, "Positivismo legal" en cuanto que defiende que la Ciencia del Derecho debe limitar su campo de estudio al conocimiento del Derecho Positivo, que se expresa en leyes, normas o mandatos de la autoridad competente; insiste que esa Ciencia debe estudiar únicamente el Derecho que es y no el Derecho que debería ser. Esto lo consideramos un acierto metodológico, en particular en contra de aquellos iusnaturalistas que tienden a mezclar su enfoque moral con el enfoque propio de la Ciencia del Derecho que se dirige al conocimiento del Derecho que es, es decir, del Derecho Positivo. Metodológicamente no hay que confundir la labor de exposición de lo que está mandado con la otra tarea de criticar y valorar si lo que está mandado está bien o mal mandado. Pero observaremos que el Positivismo jurídico no se mantiene en los estrictos límites de una noción voluntarista del Derecho: después de constatar

² Antonio Hernández Gil, *Metodología del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pp. 54 y ss.

³ Julián Bonnecase, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. de José M. Cajica Jr. Cajica, Puebla (México), 1944, p. 270.

que algo es mandado, se pregunta por lo que se manda y exige que eso que se manda sea coherente.

III. POSITIVISMO CIENTÍFICO

Otra escuela positivista del Derecho es la que floreció en Alemania bajo el nombre de la Ciencia de las Pandectas o "Positivismo científico". En realidad es más racionalista que empírica o voluntarista. Franz Wieacker explica al Positivismo científico como "una concepción jurídica que deriva todos los preceptos jurídicos y todas las resoluciones de la suma de conceptos y preceptos doctrinales de la ciencia jurídica, sin conceder fuerza jurídica creadora a modificadora a valoraciones extrajurídicas, p. ej., ético-sociales (o también 'iusnaturalistas') o dependientes de la concepción del mundo (p. ej., socialistas), ni a conveniencias económicas o sociológicas, es decir, sin darles cabida en el *ethos* o, ni siquiera, en la conciencia del jurista. 'Las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal', decía en 1884 Windscheid, el clásico del Positivismo científico, al oponer 'al jurista como tal' el legislador o el político legislativo".⁴ Tal concepción se puede llamar positivista por su amor a la ciencia y por su repudio de toda metafísica, pero carece de lo que, a nuestro modo de ver, es lo más importante en la actitud positivista: la observación de los hechos. Sin ella nos parece confuso e inapropiado hablar de positivismo. Toda inquisición que cuidara su método científico y que procurara mantenerse en el plano de las causas próximas sería positivista. Esto nos parece extender demasiado el término positivismo. Si algo debe sugerir esa palabra es que se halla uno frente a hechos puestos por la realidad.

IV. POSITIVISMO SOCIOLÓGICO. POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El Positivismo sociológico sí merece plenamente su doble calificativo: es positivista y es sociológico. Y otro tanto hay que decir del Positivismo jurisprudencial o Realismo norteamericano y del llamado Realismo Jurídico Escandinavo. Estas tres escuelas ven al Derecho como un hecho. Por lo mismo preferimos tratar de ellas en las nociones empíricas del Derecho. Por de pronto baste situarlas entre las corrientes claramente influidas por el pensamiento positivista de Comte, aunque en la última también hay influjos neopositivistas.

⁴ Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 378.

Notemos nada más que aplicar el Neopositivismo al estudio del Derecho significa que "lo esencial es exigir que la teoría general del Derecho que se adopte permita *alguna* clase de verificación para sus proposiciones, cualquiera que ella sea. En otras palabras, exigir que la Jurisprudencia se componga de proposiciones verificables es equivalente a exigir que alcance *status científico*".⁵

V. PROYECCIÓN DE LAS DIVERSAS ESCUELAS DE POSITIVISMO

De todas estas formas de Positivismo, las que se proyectan en nociones racionalistas del Derecho son el Positivismo de la Ciencia de las Pandectas y el Positivismo lógico; las demás desembocan en nociones empíricas del Derecho. La Pandectística llegó al racionalismo porque en fin de cuentas, para ella, el hecho jurídico por excelencia es el orden racional de los conceptos y preceptos doctrinales del Derecho Romano; seguía el consejo de Gregorio de Heimburgo: "Has de pensar *quod tota doctrina iuris est doctrina rationis quae nobiscum nascitur* (que toda la doctrina del Derecho es la doctrina de la razón que nace con nosotros)".⁶ Los Pandectistas consideraban al orden jurídico como un hecho que se nos impone por nuestra naturaleza racional y es la misión de los juristas el descubrir y sistematizar ese hecho, para lo cual pueden seguir el magisterio del Derecho Romano. El que en la práctica elaboraran un sistema jurídico impregnado de los valores y de las costumbres de la clase comerciante y empresarial burguesa de su tiempo, no debía ser ocasión sino hasta mucho después para poner en duda el carácter inmutable y acabado que atribuían al orden racional jurídico propuesto, pues la sociedad burguesa parecía durante todo el siglo XIX como la forma más progresista y perfecta de la convivencia civilizada. Al rechazar el recurso a una instancia metafísica suprapositiva lo que pretendían es "exonerar al jurista de toda aventura en los dominios inseguros de los juicios de valor, de los problemas del fundamento y del fin".⁷ Hay reglas claras del juego social, trazadas en las instituciones jurídicas, que permiten a la autonomía de la voluntad moverse con muy pocas limitaciones. Pues que se obedezcan esas reglas para que reine la libertad individual en medio de las discrepancias filosóficas: "la neutralidad filosófica del legislador habrá facilitado el desarrollo

⁵ Martín Diego Farrell, *La Metodología del Positivismo lógico. Su aplicación al Derecho*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 171.

⁶ Franz Wieacker, *op. cit.*, p. 121.

⁷ Henri Batiffol, *La philosophie du Droit*, P.U.F., 3a. ed., Paris, 1966, p. 16.

de las convicciones individuales".⁸ Evidentemente este modo de pensar es también una filosofía, la misma que anima al voluntarismo jurídico. Con el tiempo —y la promulgación del B.G.B.—⁹ el "Positivismo científico" de la Pandectística evolucionó hacia el voluntarismo jurídico, pues se hizo manifiesto que el orden racional de las instituciones jurídicas depende en última instancia de la voluntad del legislador y que los hechos más claros que puede constatar el jurista son los actos de voluntad del mismo. "La fuerza de la afirmación se acrecienta si se considera el papel de la sanción en el Derecho. El fenómeno jurídico no se puede observar únicamente en el acto de voluntad de aquel o aquellos que ponen la norma; también y sobre todo se puede observar en lo que pasa cuando la norma es violada. El orden quebrantado es entonces restablecido por la intervención de la autoridad, actuando si es necesario con fuerza. Sólo a este precio el Derecho puede aspirar al título de fenómeno observable. Actos de voluntad que no sean seguidos de efecto alguno, no tendrían, en cuanto fenómenos, característica alguna que les acreditara el calificativo de jurídicos, no serían más que deseos que cada quien puede formular libremente".¹⁰ En otras palabras, la Pandectística entró por la puerta falsa al Positivismo.

VI. BOBBIO Y EL POSITIVISMO

Norberto Bobbio ha explicado que el Positivismo jurídico se ha presentado históricamente bajo tres aspectos diferentes: "1) como un modo de acercarse al estudio del Derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del Derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia."¹¹ Esta distinción nos parece muy acertada para poder aclarar en qué grado una teoría puede ser llamada positivista. Vamos a servirnos de ella para ponderar hasta dónde es aceptable el Positivismo jurídico.

El modo positivista de acercarse al estudio del Derecho consiste, para Bobbio, en "una clara distinción entre Derecho real y Derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre Derecho como hecho y Derecho como valor, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y por la convicción de que el Derecho del cual debe

⁸ *Id.*, p. 17.

⁹ B.G.B. son las iniciales con que se conoce al Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetz Buch*) que, promulgado en 1896, entró en vigor en 1900.

¹⁰ Henri Batiffol, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ Norberto Bobbio, *El problema del Positivismo jurídico*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, pp. 39 y ss.

ocuparse el jurista es el primero y no el segundo".¹² Lo constructivo de esta concepción es que precisa el objeto material de la Ciencia del Derecho y que señala que éste debe ser el Derecho Positivo. Y esta precisión era necesaria, sobre todo frente a la confusión de algunas concepciones iusnaturalistas que declaran que no son Derecho aquellas normas del Derecho Positivo que consideran injustas. A estos autores hay que aclararles que están empleando la palabra Derecho en otro sentido, un sentido moral y filosófico, pero que el teórico del Derecho lo que tiene que estudiar es el Derecho Positivo, el Derecho que es y no el Derecho que debe ser. Un profesor de Derecho, al explicar a sus alumnos una ley o un código, debe exponerles lo que mandan esa ley o ese código; si está en desacuerdo con algunas disposiciones, no debe confundir su crítica personal con lo establecido en la ley o código; esto último es Derecho Positivo y no lo son normas que él quisiera ver incorporadas en la legislación positiva; la tarea primordial del profesor, en cuanto teórico del Derecho, es explicar al Derecho Positivo. Por eso la Teoría General del Derecho debe construirse de cara al Derecho Positivo.

El modo positivista de acercarse al estudio del Derecho es común a todas las escuelas del Positivismo jurídico que hemos enumerado. Más aún, es común a todo científico del Derecho, porque el objeto material de la Ciencia del Derecho, no de la Filosofía del Derecho, es y debe ser únicamente el Derecho Positivo, estemos o no estemos de acuerdo con lo que manda el mismo. No se deben confundir las críticas personales al Derecho Positivo de nuestra patria o de otra nación con lo que de hecho allí está establecido como obligatorio, no hay que mezclar "el Derecho que es y el Derecho que debe ser".

Sin embargo, las palabras de Bobbio ya no nos parecen tan afortunadas cuando opone el Derecho como hecho al Derecho como valor, porque el Derecho Positivo contiene valores. Una exposición objetiva del Derecho Positivo no puede hacer a un lado la filosofía defendida en el mismo, ni tampoco puede prescindir de los factores de la realidad que están en el origen de las disposiciones positivas. El jurista —al cual hace referencia el mismo Bobbio— debe ocuparse del Derecho Positivo y explicarlo en toda su riqueza, con contenidos valorativos y con realidades sociológicas, porque el Derecho Positivo se alimenta de dos fuentes materiales, que son los ideales de Justicia y las realidades históricas, y no se puede entender si no se alude a esas fuentes materiales. En otras palabras: sí, es verdad que el objeto material de la

¹² *Id.*, p. 41.

Ciencia del Derecho es sólo el Derecho Positivo, pero en toda su complejidad y riqueza. En cambio, no es tan fácil aceptar el segundo aspecto del Positivismo jurídico reseñado por Bobbio.

La teoría o concepción positivista del Derecho, según Bobbio, "vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado".¹³ "A este segundo aspecto del Positivismo jurídico, es decir, a la concepción estatal del Derecho, están vinculadas algunas conocidas teorías que a menudo son consideradas como características del Positivismo jurídico: 1) con respecto a la definición del Derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por Derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos...; 3) con respecto a las fuentes del Derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del Derecho consuetudinario, del Derecho científico, del Derecho judicial, del Derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o de falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectística alemana)".¹⁴ Como se ve, por confesión del mismo Bobbio, quien se declara defensor del Positivismo jurídico, aquí aparecen una serie de teorías sobre el Derecho, teorías que deben discutirse en el plano científico, como vinculadas al concepto estatista del Derecho, concepto que en realidad se plantea en el plano filosófico. Y esto se confirma por la actitud de rechazo que asumen los positivistas ante otras teorías (también científicas) que parten de otro concepto del Derecho. No se limitan a decir que, para los fines de su investigación científica, aceptan como normas jurídicas sólo aquellas que están respaldadas por la coacción, sino que se oponen a que se hable de normas jurídicas cuando las normas carecen de sanción. Para Kelsen, que en esto se muestra positivista, el orden coactivo es precisamente "el criterio

¹³ *Id.*, p. 43.

¹⁴ *Id.*, p. 45.

decisivo"¹⁵ por el que "se diferencia el Derecho de otros sistemas sociales", es decir, la característica esencial que distingue al Derecho dentro de la totalidad de seres. Y lo mismo hay que decir de la teoría que define a las normas jurídicas como meros mandatos, por la cual se toma una posición filosófica voluntarista frente al Derecho. La teoría de las fuentes estatales del Derecho reasume esa posición filosófica para proyectarla al estudio del nacimiento del Derecho y se niega a llamar Derecho al conocido como consuetudinario y al judicial. Y en cuanto a las dos últimas teorías (la cuarta y la quinta) mencionadas por Bobbio, también están en dependencia de una noción filosófica del Derecho, aunque ésta ya no es voluntarista sino racionalista. El hecho es que a estas teorías positivistas se les puede aplicar la siguiente afirmación de Antonio Hernández Gil: "La Metodología del Derecho y la Teoría General del Derecho se nutren en buena parte de los esfuerzos especulativos desplegados por quienes, negando el saber filosófico, están incidiendo en él."¹⁶ Si cada una de las cinco teorías enumeradas por Bobbio se mantuviera en un estricto plano científico, aspirando únicamente a iluminar un aspecto limitado del fenómeno jurídico, no encontrarían la oposición con que han tropezado. La oposición se da contra la posición (filosófica) que pretende definir al Derecho únicamente como un conjunto de mandatos coactivos originados en la voluntad estatal (noción filosófica voluntarista del Derecho) o como un orden racional ya acabado y cerrado en sí mismo (noción filosófica racionalista del Derecho). En otras palabras, tras la pretendida neutralidad filosófica del Positivismo jurídico como teoría o concepción del Derecho, se esconde una auténtica noción filosófica del mismo.

Este desconocimiento del plano filosófico no se plantea en el Positivismo explícitamente "como una determinada ideología de la justicia". Pero esa ideología existe. Consiste en defender que, para fines de la convivencia social, sólo se debe considerar como justo lo que así es proclamado por la autoridad competente. Esta es la filosofía que anima al voluntarismo jurídico, desde Hobbes hasta la fecha. Lo que está en juego en ella es "la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas", la cual "no es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la Filosofía del Derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción".¹⁷ La cuestión —por cier-

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 48.

¹⁶ Hernández Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. III, p. 69.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 52.

to, filosófica— es hasta dónde debe extenderse la obediencia a los mandatos de la autoridad competente. En una sociedad estable, en la que las leyes son aceptadas por todos, el problema de la desobediencia a las leyes ni siquiera se plantea. Por eso el Positivismo jurídico como ideología surge y se conforma durante el siglo XIX, durante el cual los valores de la cultura burguesa no se discutían. Pero la desobediencia a las leyes y a los mandatos de la autoridad empieza a plantearse cuando ésta procede en forma arbitraria y cuando los valores defendidos en las leyes vigentes empiezan a ser puestos en entredicho. Porque es claro que una obediencia incondicional por parte de los súbditos puede favorecer las tendencias totalitarias de los gobernantes sin escrúpulos, como puede también fomentar la pasividad política y hasta la sumisión servil cuando las leyes son producto de un régimen totalitario. Por eso —como lo aclara el mismo Bobbio— al Positivismo como ideología se opone el Iusnaturalismo, el cual defiende que la obediencia a las leyes o a cualquier otro mandato de la autoridad no es una obediencia incondicional sino calificada. Santo Tomás de Aquino deja bien asentado que “la justicia exige que uno obedezca a su superior en las cosas a que se extiende su derecho jurisdiccional”,¹⁸ lo cual es una obligación de Derecho Natural,¹⁹ pero aclara que un súbdito no está obligado a obedecer a sus superiores en todo, “primero, por razón de un mandato de orden superior”, como puede ser un mandato moral o uno religioso, y “segundo, el inferior no está obligado a obedecer a los superiores si le mandan algo fuera de los límites de su autoridad”.²⁰

Norberto Bobbio precisa que estos tres aspectos diferentes del Positivismo jurídico no se implican necesariamente entre sí y que se puede defender uno de ellos sin respaldar los otros. Él mismo se adhiere sin escrúpulos al primero, cree que el segundo es aceptable en sus grandes líneas pero que debe tomar en cuenta las críticas que le han formulado, por una parte, la Sociología jurídica y, por la otra, las modernas teorías de la interpretación jurídica (“la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente”²¹); y opone fuertes objeciones al tercer aspecto: En efecto, reconoce que, frente a las leyes injustas o a las órdenes arbitrarias de un gobernante, “sólo la apelación

¹⁸ *Suma Teológica*, 2-2, q.69, a.1, c.

¹⁹ *Id.* 2-2, q.88, a.10, ad.2; p.104, a.1, c.; q.104, a.2, c.; q.104, a.5, c.; y q.104, a.6, ad.2.

²⁰ *Id.* 2-2, q.104, a.5, c. Santo Tomás precisa todavía más: de la obediencia deben excluirse todos los actos internos y también los actos externos y corporales “que interesan especialmente a la naturaleza del cuerpo”, como son “los actos de sustentación del propio cuerpo y los de la generación de la prole” (*Ibidem*).

²¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 57.

a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quien quiera que sea, salva, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral”.²²

Claro que Bobbio no es un iuspositivista común y corriente; él mismo ha explicado por qué se considera positivista: primero y antes que nada, porque se inició en el estudio de la Jurisprudencia en la década del 30, cuando se pensaba que la única actitud sería para estudiar científicamente al Derecho era la del Positivismo jurídico, y luego porque le tocó vivir en Italia “los años durante los cuales un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictaduras”: “En aquella situación, la concepción positivista de respeto a ultranza de la legalidad había asumido un valor progresista y liberal, de resistencia a la intromisión del poder ejecutivo y del partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos”.²³ Al cambiar la situación y cuando el Derecho Positivo empezó a ser utilizado por los poderes totalitarios como un instrumento para someter la libertad de conciencia y para lograr una obediencia incondicional por parte de los súbditos, entonces Bobbio se dio cuenta de la incompatibilidad entre la filosofía subyacente al Positivismo y aquella otra visión filosófica que proclama al Derecho como un instrumento al servicio de valores últimos de la vida moral. Lo malo es que este llamado a valores últimos Bobbio lo considera en conflicto con sus exigencias de científico y eso no puede ser más que porque está dando a esas exigencias un alcance filosófico indebido.

En efecto, el problema de fondo planteado por el Positivismo jurídico es el de su pretensión de elaborar una ciencia del Derecho antifilosófica o, por lo menos, neutral en filosofía. ¿Es posible tal ciencia?

Durante muchos años Bobbio estuvo persuadido que sí era posible, pero un día se despertó a la convicción que sus exigencias científicas positivistas entraban en conflicto con sus exigencias filosóficas morales. Entonces se siente dividido entre su lealtad a la ciencia y su integridad moral humana y escribe: “Hay un límite entre Positivismo y Iusnaturalismo que separa en dos nuestra propia persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o iusnaturalista, no según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según la parte que representamos”.²⁴ Pero ¿es necesaria e inevitable esa escisión entre el científico

²² *Id.*, p. 9.

²³ *Id.*, p. 8.

²⁴ *Id.*, pp. 9 y ss.

y el filósofo? Creemos que sólo si se defiende una interpretación deformada de lo que es y debe ser la ciencia.

VII. REFLEXIONES FINALES

Todo saber científico es limitado y, por lo tanto, no puede aspirar más que a afirmaciones parciales sobre la realidad. El problema de Bobbio y de todo el Positivismo jurídico es que no se resignan (tal vez porque no lo han visto) al papel limitado de las afirmaciones científicas y las proyectan al plano filosófico. El concepto del Derecho con el que trabajan en el plano científico lo erigen como concepto filosófico. Y eso no únicamente por la tendencia natural o exagerar el alcance de una afirmación, sino principalmente porque, como juristas, lo que en fin de cuenta quieren conocer y explicar es el Derecho en su integridad y no sólo un aspecto parcial del mismo.

Un científico del Derecho, consciente de las limitaciones del plano en que se mueve, puede decidirse por una de estas dos alternativas: puede partir de un concepto limitado del Derecho, elegido pragmáticamente según las metas de su investigación, o puede seleccionar para sus estudios un concepto filosófico del Derecho. En el primer caso no está obligado a fundamentar filosóficamente su elección, pero no deberá dar proyección filosófica a los resultados que obtenga. En el segundo, deberá justificar el concepto filosófico que acepte en el plano de la filosofía. Lo que no puede definitivamente hacer un científico del Derecho es mezclar los planos científico y filosófico, pretender que no hay influjos entre ellos y dar alcances a las afirmaciones en un plano que no es el propio.

El Positivismo jurídico, al que se deben no pocos éxitos en diferentes planos científicos, ha pecado del error metodológico de la confusión de los planos científico y filosófico, y ha proyectado arbitrariamente afirmaciones del primero en el segundo. Su actitud antifilosófica es la culpable. No se puede ni se debe desconocer el influjo de lo filosófico en lo científico, pero hay que explicitar ese influjo para poderlo controlar. Ese control, inevitablemente filosófico, podrá aceptar o rechazar partes de ese influjo. A sí podemos decir, con el Positivismo, que el Derecho sí es un hecho y, con el Voluntarismo, que el Derecho es también un mandato de la autoridad competente, pero, contra uno y otro, hay que afirmar que el Derecho es mucho más. Y, al hablar ahora de Derecho, estamos refiriéndonos a un concepto filosófico del mismo, el único capaz de servir de punto de partida a una Teoría General del Derecho.

Es esta falta de distinción entre lo filosófico y lo científico la que impide a Bobbio solucionar su crisis de conciencia ante las leyes injustas. Él se considera dividido entre su fidelidad a la Ciencia del Derecho, que para él implica el puro estudio del Derecho positivo, y "la apelación a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas, justificadas por quienquiera que sea", la cual es necesaria para salvar "en última y desesperada instancia la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral".²⁵ No tiene por qué darse tal crisis. Como científicos, todos nuestros estudios son limitados. Como filósofos, la instancia moral predomina indiscutiblemente. Y, si queremos construir una Ciencia del Derecho a partir de un concepto integral filosófico del Derecho, entonces eso significa que debemos abandonar una actitud puramente contemplativa y servil ante el Derecho, y que debemos manejarlo como un instrumento al servicio del bien común y cuya correcta utilización no sólo depende del legislador y de las autoridades sino también de los abogados y demás juristas particulares, cada uno en la medida de sus posibilidades. En otras palabras, quien parte de un concepto a la vez científico y filosófico del Derecho, se está comprometiendo —si quiere ser coherente consigo mismo— a dirigir su trabajo científico de acuerdo con la valoración filosófica que él mismo ha escogido. El positivista filosófico, probablemente sin darse cuenta, ha escogido una filosofía que no quiere comprometerse en valoraciones del Derecho positivo. Por eso Bobbio entró en crisis cuando esa filosofía subyacente a su positivismo se enfrentó a circunstancias en las que su sentido moral rechazaba la neutralidad filosófica mantenida hasta entonces. Si desde un principio hubiera visto el carácter limitado, no filosófico, de toda investigación científica, no hubiera tenido dificultad en subordinar su labor de científico a los últimos valores de la vida moral. La fidelidad a la ciencia también tiene dimensión moral, pero, para que responda a la integridad de la vida moral, debe ser una fidelidad no a una ciencia aislada de lo humano sino a una ciencia cuya última razón de existencia consiste en servir al hombre.

²⁵ *Id.*, p. 9.

EL DERECHO DE INFORMACIÓN

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROFESIÓN
PERIODÍSTICA **

Juan de la BORBOLLA RIVERO
(México)

SUMARIO: I. *La profesión periodística.* II. *Evolución histórica de la determinación jurídica de la profesión periodística.* III. *Justificación del tratamiento especial que se le debe dar a la profesión periodística.* IV. *El carácter especial de la profesión periodística.*

I. LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA

De entre la extensa obra de Voyenne destaca un párrafo en el que se contienen todas las atribuciones que deben configurar el hacer profesional del periodista y con ello adelantan la importancia de su función:

"El periodista debe reunir a la vez la competencia del profesional, la curiosidad del humanista y la discreción del confesor. El periodista no se queda nada para sí mismo; él refleja y difunde. Pero de la calidad de su mirada depende la fidelidad de la imagen. Antes de alumbrar a los otros debe hacerlo a sí mismo. El periodista para hablar de la sociedad debe antes aplicarse a entenderla. Para ser verídico y fiel, la primera condición es que sea independiente"¹.

La competencia del profesional le obliga al informador y concretamente al periodista a estar a la altura de cualquier otro trabajador académicamente cualificado en lo que se refiere a la aptitud de utilización de los instrumentos técnicos y científicos que son propios de su actividad y que resultan imprescindibles para realizar con eficacia su labor. Así al igual que un ingeniero necesita saber manejar el instrumento propio de su labor y planear unos equilibrios; o como el abogado precisa del conocimiento técnico de la legislación positiva para defender un asunto, así también el informador no puede prescindir del conocimiento

* Integrada por algunos trabajos presentados en el *Seminario del Derecho de la Información*, organizado por la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Panamericana y celebrado en ésta del 6 al 9 de abril de 1987 en conmemoración del 75º aniversario de aquella (Cfr. *RÍJELD*, 11, p. 831).

** 7 de abril de 1987.

¹ Voyenne, B., *Le droit a l'information*, p. 145.

acerca de la utilización y manejo de unos instrumentos que el proporciona la moderna tecnología de la información.

Pero al igual que el dominio de tales instrumentos y conocimientos de orden técnico no son los únicos requisitos exigidos a ingenieros y abogados, sino que para obtener la consideración de su profesionalidad requieren de un "modus operandi"; de una forma de pensar y enfocar los problemas de acuerdo a una propia mentalidad profesional: de acuerdo a aquello que pomposamente se da en llamar "criterio profesional", así también el periodista requiere poseer ese "criterio periodístico" que le hará pensar, sentir y ver todas las cosas según el ángulo periodístico, es decir: contemplar los hechos con perspectiva de noticias.

La curiosidad del humanista es una medida mínima requerida por el informador que, por su propia actividad requiere conocer la realidad cuando menos en la medida en que la conoce un sujeto universal cualquiera: "su nivel debe ser al menos igual al de sus lectores".²

Y como la realidad periodística es eminentemente dinámica, la curiosidad humanística del periodista debe ser asimismo enormemente ágil y eficaz. Es importante la curiosidad humanística en el informador ya que resulta absolutamente indispensable poseer un bagaje de cultura y ciencia para conocer la realidad que le circunda y poder explicarla y diagnosticarla con precisión.

La curiosidad del humanista no es simplona o superficial; pretende llegar a las últimas causas de cualquier fenómeno. La curiosidad del humanista no se conforma con las apariencias de verdad, no se queda en una visión chata y ramplona de las cosas, procura penetrar en ellas, trascenderlas y profundizarlas. Luego entonces si al informador debe definirle su curiosidad de humanista, es necesario que procure, a pesar de las prisas y de la urgencia de su hacer eminentemente acelerado tratar de no quedar en la epidermis de la situación reseñada, descubrir en ella todas sus facetas, investigarlas, darlas a la luz, sólo así cumplirá con dignidad su función informadora.

La discreción del confesor: esta idea a primera vista pudiera parecer totalmente contraria a lo que es propio del hacer periodístico: difundir información.

¿Cómo va a poder difundir información alguien que entre sus características está la de ser discreto como confesor, si precisamente la labor periodística estriba en develar aquello que está oculto a los ojos de la generalidad de las personas, si precisamente y como decíamos líneas

² Sommerlad, Ll., *La formation des journalistes dans le monde moderne*, Unesco, Paris, 1965, p. 5.

más arriba, el deber informativo debe llevar a descubrir todas las facetas de una situación determinada, investigándolas y sacándolas a la luz pública? Un tanto de manera anecdótica, pero para que sirva de refuerzo de esta aparente incongruencia viene aquí a colación una idea expresada por Leloup: "Al periodista nosotros no confiamos sino aquello que queremos revelar al público... , lo demás él lo averigua."³

Sin embargo, apartado de cualquier anécdota, hay que contemplar la función periodística como aquella que procura precisamente ventilar, aclarar hechos que son noticia precisamente porque no son cosa común y corriente, porque en sí mismos llaman la atención debido a su rareza o novedad, y esto no va reñido con el hecho de que el informador entre otras atribuciones tenga la de ser discreto a carta cabal.

La discreción del periodista respeta primero que nada el ámbito más interior de la personalidad del ser humano; el de su intimidad, coto totalmente vedado al hacer informativo; la discreción del periodista debe respetar igualmente la vida privada de las personas en razón de ser un ámbito limítrofe si no es que plenamente ligado al de la intimidad. La discreción del periodista respeta materias de seguridad nacional y de seguridad pública ciudadana, la discreción del periodista respeta la propia palabra empeñada, la identificación de las fuentes, el secreto profesional. La discreción del periodista respeta la línea editorial del medio en el que colabora, línea editorial que ha sido plenamente analizada, discutida y aceptada (o cuando menos así debiera haber sido...); la discreción del periodista respeta la propia conciencia y la personal manera de pensar y enfocar la realidad.

Pero también la discreción del periodista, en razón a que su misión es la de investigar, recibir y difundir ideas, y hechos sucedidos, debe hacerle referir con objetividad aquello sucedido y le debe hacer satisfacer la sed de información legítima que tiene el sujeto universal.

Discreción de confesor, no hermetismo absoluto, para así poder ser fiel a su misión y para cumplir con la justicia informativa.

Competencia de profesional, curiosidad de humanista, discreción de confesor: tres características plenamente coherentes y relacionables entre sí; tres elementos que definen el "deber hacer" del profesional de la información.

Ética profesional, derecho de la información, interés periodístico, cultura general, mentalidad científica, conocimientos específicos, capacidad técnica, agilidad mental, profundidad, sagacidad, rapidez, honestidad, lealtad, honradez profesional; todo esto y más puede predicarse respec-

³ Leloup, J. M., *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, p. 30.

to de la actividad informativa, todo esto y más se encuentra contenido y resumido en los tres atributos que enunció Voyenne. Tres características básicas que pueden ser consideradas como los sillares de la profesionalización del informador, ya que inciden primero en el propio sujeto que las realiza para reflejarse posteriormente al exterior: "El periodista antes de alumbrar a los otros debe hacerlo a sí mismo".⁴ Tres características que por lo mismo delatan un perfeccionamiento personal a través de la honestidad, del esfuerzo y de la competencia. Tres características que implican cualidades innatas pero también un paulatino desarrollo personal, operado mediante la preparación y el estudio, y que por lo mismo requiere de la actualización de numerosas virtudes humanas. Tres características básicas que permiten al hombre desarrollar su personalidad a través de su profesión y a la vez conseguir un objetivo social.

El desglose de los elementos apuntados por Voyenne nos permite contemplar con toda objetividad la importancia que supone la profesionalización del informador para él mismo y para la sociedad, ya que él es quien da sentido a las noticias, e influye de manera decisiva en la conformación de la opinión pública, porque él es en quien confían muchas personas para obtener esa información objetiva y cierta que requieren; porque en lo que respecta a contenido informativo él es "responsable moral y corresponsable penal",⁵ junto con el editor responsable, y en resumidas cuentas, porque él es quien ha asumido la delegación de funciones y de derechos realizados por el sujeto universal respecto de las facultades concernientes a la información.

La profesionalización así entendida presupone una preparación académica ordenada y sistemática y unas bases de conocimiento técnicos, científicos y deontológicos que no es posible encontrarlos en la improvisación y ni siquiera en el talento, sino que deben ser fruto de una instrucción y educación lógicamente ideada al efecto.⁶

⁴ Voyenne, B., *Le droit a l'information, op. cit.*, p. 145.

⁵ "El periodista en lo concerniente al contenido, es responsable moralmente, corresponsable penalmente y por consiguiente, co-gerente de la empresa. Más que ser un simple ejecutor, él está asociado a la decisión". Voyenne, *Le droit a l'information, op. cit.*, p. 148.

⁶ "El talento por sí mismo no puede alcanzar su plena medida si no se sustenta en una sólida cultura general. Y en lo que respecta al periodismo, este criterio debe ser entendido en sentido más estricto y amplio que el que puede establecerse para los límites tradicionales. Los problemas que una sociedad compleja somete a la atención de la prensa no pueden ser comprendidos mediante los únicos recursos y conocimientos que proporciona la escuela, así sea ésta de alto grado. Es indispensable que la formación escolar sea complementada por el estudio de materias especializadas en el terreno político, económico, científico, técnico, administrativo, social, etcétera".

Es cierto que gran número de los periodistas que han sido, no han necesitado de esa preparación formal y académica y que muchas veces la instrucción académica ha cortado las alas a la inspiración natural y a determinadas capacidades expresivas, sin embargo, esto no puede llevarnos a propugnar la improvisación en un campo tan importante como el que nos ocupa: La "escuela de la vida" no es suficiente para la preparación del informador profesional. No es que la experiencia sea desestimable en sí, por supuesto resulta totalmente necesaria, pero como complemento de esa otra preparación más sistemática, más organizada de la que obtendrá una formación quizá menos viva pero tanto o más importante.⁷

La experiencia es fundamental en el hacer profesional de cualquier especialista y por ende de un buen informador, pero no es por mucho, la única nota necesaria para el correcto desempeño de la actividad.

En nuestros días resulta a todas luces imprescindible la preparación académica específica como requisito necesario para la profesionalización, y esto es especialmente significativo en el caso del informador ya que no se puede seguir dejando una función tan importante como es la de informar en manos de personas impreparadas, de oportunistas, de incapacitados o de inmorales.

Clausse en *L'information a la recherche d'un statut*,⁸ cita una frase dicha por un humorista allá en los románticos años veinte: "Existen dos profesiones en las cuales no se exigen requisitos para ser ejercidas: la profesión del periodista que es el que dispone del honor de sus contemporáneos y la del banquero, que dispone de su dinero".⁹

A pesar del tono de humor que pueda tener aparejada tal conceptualización, encierra sin duda un reflejo de la alarmante realidad.

Lo anterior es afirmado por Roger Clausse en Bélgica y en el año 1962, pero es idea constantemente reiterada por muy diversos autores cuya mención pecaría de no ser exhaustiva. Vid. Clausse, *L'information*, pp. 74 y 75.

⁷ Cfr., Leaute, J., *Concepciones políticas y jurídicas de la información*, CIESPAL, Quito, 1969, p. 1. Vid., asimismo: Bechelloni, G., *La formazione professionale del giornalista: Dilemmi e modelli nell'area euro-americana*, en *Problemmi dell'informazione*, año IV, núm. 3, julio-septiembre, 1979, p. 379.

⁸ Desantes refiere esta misma anécdota atribuyéndosela a Georges de la Fourchadiere, Cfr., Desantes, *La profesión periodística en la ley de prensa*, p. 119.

⁹ Viene aquí a colación otra famosa frase rotunda, pronunciada ésta por Joseph Pulitzer, famoso director de periódicos surgido al ambiente periodístico careciendo de una preparación académica formal, pero profesional convencido de la necesidad de dicha formación específica: "La única posición que un hombre puede ocupar con éxito, por el sólo hecho de haber nacido, es la de idiota. Para cualquier otra carrera —añadió— es indispensable cierta preparación". Vid. Desmond, *Formación profesional de los periodistas*, p. 15.

Es en verdad de singular importancia la labor social del informador; él es quien recaba la confianza de muchas personas y en razón de ello se encuentra en mejor disposición que los demás, para manejar el patrimonio moral de los hombres.

Y es precisamente al realizador de esa función social al que se le exigen menos requisitos básicos de acceso y de desempeño de su función. Es de este profesional, de quien las legislaciones correspondientes no han contemplado con seriedad su régimen jurídico específico. Es a este sujeto a quien se le exige menos preparación.¹⁰

El que a la profesión periodística no se le contemple en las leyes respectivas de la manera debida y no se le dé el tratamiento que ha procurado dársele a otras profesiones de menor trascendencia social es algo que afecta en gran medida a la sociedad en general y que por ello la misma sociedad a través de los cauces adecuados tiene la necesidad imperiosa de tratar de solucionar.

Resulta a todas luces necesario el que el público posea, y luego sepa que dispone de unos instrumentos jurídicos propicios para exigir la máxima capacidad y responsabilidad al periodista, y es que si ese sujeto público ha delegado en el profesional algunas de sus facultades informativas, en razón al esquema social de división del trabajo, es lógico que ese mismo sujeto universal tenga posibilidades de exigir por medio de una verdadera profesionalización informativa, el mayor respeto y eficacia respecto de esas facultades otorgadas.

Al sujeto organizado también le compete propugnar por el tratamiento debido a la profesionalización periodística ya que en base a ella, aquel desempeñará mejor su función "co-empresarial"¹¹ y aumentará su rendimiento y el rendimiento del ente empresarial en general, pero sobre todo, de esta manera el sujeto profesional coadyuvará con el organizado de una manera más eficaz a cumplir sus propios fines y con ello a realizar mejor la justicia informativa.

El mismo sujeto profesional tendrá que exigir la concreción de la profesionalización como requisito indispensable para la labor periodística, ya que de esa manera adquirirá una mayor dignificación social una actividad que es incuestionablemente importante, con las consiguientes prerrogativas de tipo económico, laboral y social que traerá aparejada tal dignificación estamentaria.¹²

¹⁰ Cfr., Clause, R., *L'information...*, op. cit., p. 73.

¹¹ Vid., nota 4.

¹² "A los periodistas les gusta considerarse 'profesionales' y al periodismo como una 'profesión'. Ellos han contemplado la respetabilidad, la estima general que ad-

A la vez, el sujeto profesional deberá de ver en la específica cualificación de su profesión la mejor arma a su alcance para el efectivo logro del ámbito de independencia y libertad de conciencia que debe ser propio de su función. Independencia que a decir de Terrou y Solal, sólo se logrará en la medida en que los que ejercitan la actividad informadora lo hagan con "plena eficacia y absteniéndose de todo abuso capaz de suponer un ataque a los derechos fundamentales de los particulares o del cuerpo social".¹³

Lo cual según los mismos autores, más que ser impuesto por la autoridad del Estado debiera ser producto de una autovigilancia llevada a cabo por las agrupaciones de profesionales constituidas específicamente entre otras, para llevar a cabo esas funciones.¹⁴

La autovigilancia y la autodisciplina que lleva consigo, son consecuencias lógicas de la "autocomprensión",¹⁵ o formación de una conciencia propia de los periodistas respecto a las características de su función. Sólo en la medida que estos individuos y corporativamente posean esa autocomprensión, podrán estar en mejor disposición de afrontar las exigencias que compenetra el ejercicio profesional y de desarrollar con eficacia la justicia informativa.

La autocomprensión deberá llevar al informador a ver que su actividad ha sufrido transformaciones y que su actuación no puede seguir los modelos establecidos hasta hace relativamente poco tiempo.

Hoy en día se está operando una transformación en la profesionalización periodística a nivel mundial.

La computarización constante que contempla nuestra era está incidiendo determinadamente en el periodismo haciendo que sean imprescindibles estudios básicos de informática y de manejo de modernos instrumentos técnicos para cualquier candidato a desempeñar labores in-

quiere cualquier actividad institucionalizada que es denominada 'profesión'. Ellos también han notado que la medicina y el derecho por ejemplo, siendo aceptados como profesiones, han recogido no sólo una especie de imagen elitista o de prestigio, sino que además han podido regular el número y funciones de sus miembros y de tener alguna especie de expectativa común y orden en las actividades rutinarias". Vid., Merrill, J., *The imperative of freedom*, p. 133.

¹³ Terrou y Solal, *El derecho de la información*, p. 386.

¹⁴ En este sentido fundamentan los autores del "Derecho de la información", la tesis a la que ya hemos hecho referencia en la cita a pie de página (2) de este capítulo. Así el derecho profesional en el sentido ahí explicado es el que en estricto sentido debería regir las relaciones que se den respecto de la información.

¹⁵ El término "autocomprensión" es al parecer una expresión en boga en los ambientes periodísticos alemanes en la actualidad.

formativas, el cual está viendo ampliada la gama de posibilidades de especialización dentro de la profesión.

Jurídicamente, se ha pasado de la etapa de la libertad de prensa a la del Derecho de la Información; este hecho forzosamente deberá traer consigo una revisión de las estructuras de la información y una contemplación distinta del ámbito jurídico de la profesión periodística.

Pero sobre todo la "autocomprensión" de la profesión en el sentido de ser vista como un servicio al público, como el desempeño de una función pública y por lo tanto sujeta a los intereses de ese sujeto universal al que sirve, debe hacer ver al profesional la responsabilidad social de su función y transformar la manera de realizar su labor, de acuerdo a la trascendencia de su misión.

El periodista contemporáneo en base a todo esto deberá ampliar sus funciones en áreas de una mayor satisfacción de las necesidades sociales, deberá constituirse en un científico que investigue la realidad que lo circunda y que a través de ello permita al público descubrirla.

Por ello, el periodista profesional tiene que ser contemplado en el momento actual como aquel profesional dotado de una competencia técnica, científica y deontológica que la capacite para realizar de manera activa, continua y estable las funciones informativas.¹⁶

Esa profesionalización teórica y de hecho requiere de unos elementos concretos para que pueda ser configurada en la realidad; Salvador Bernal funda tales elementos en:

"a) La existencia de unas organizaciones profesionales (sindicatos, asociaciones) con capacidad para fijar condiciones de trabajo mediante contratos colectivos.

b) La promulgación legal de un estatuto profesional de periodistas, confrecuencia acompañada antes o después, de:

¹⁶ El periodista debe ser considerado profesional. Según el sentido que se le ha venido dando al término profesionalidad en los primeros incisos de este capítulo.

La competencia técnica, científica y deontológica es el reflejo necesario de esa especialización adquirida en la formación académica y en el subsiguiente enriquecimiento intelectual que hemos establecido reiteradamente como elemento básico para el bien hacer informativo.

La realización activa de las funciones informativas será la nota conceptual que distinguirá el ejercicio de las facultades informativas de este sujeto respecto del ejercicio que realiza respecto de esas mismas facultades, el sujeto universal.

La forma continua y estable es la nota que establecerá la ligazón entre el hacer de ese sujeto y la función informativa.

Esta definición no distingue entre el hacer informativo de un asalariado y de un periodista que ejercita libremente su profesión, plantea eso sí la necesaria relación de dedicación al hacer información que requiere la profesionalización del informador.

c) La inscripción en un Registro oficial, sea estatal, sea estrictamente profesional".¹⁷

La razón de ser de estos elementos se basa en la necesidad de que existan instrumentos de idoneidad técnica y moral del profesional de la información como requerimiento del carácter de notoriedad pública que tiene implícita esta profesión.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA

El fenómeno de la información se da en el mundo casi simultáneamente con la sociabilidad, pues de la primera depende en gran medida la comunicabilidad del hombre, punto de partida de su sociabilidad; por ello la historia del periodismo en sentido lato, es tan vieja como la historia misma. "Mucho antes que se editaran los primeros periódicos hubo además de portadores de noticias de toda suerte (volantes o lacayos, jinetes, mensajeros), escritores de nuevas y agentes..."¹⁸

Sin embargo la actividad informativa profesionalizada, el periodismo tal y como se entiende actualmente es fenómeno relativamente reciente, surge con posterioridad a la invención de la imprenta y de la edición de las primeras hojas informativas.

Tanto Dovifat como Weill coinciden en la apreciación de que los sujetos que desempeñaban labores informativas en las primeras hojas de información manuscritas o impresas, realizaban una labor "a caballo" entre el servicio periodístico prestado para aquellas y el de información extraperiodística que realizaban para las bolsas de valores y mercados del norte de Italia y de París o Londres,¹⁹ o para aquellos "amigos situados en altas posiciones",²⁰ pero sin ser realmente considerados como realizadores de una actividad verdaderamente profesional.

Las primeras "gacetas" impresas y las publicaciones de noticias en forma periódica que aparecen a lo largo de los siglos XVI y XVII echan mano de personajes de reconocida fama, que informan en aquellas hojas de reducida difusión, acerca de aspectos casi siempre relacionados con acciones bélicas desarrolladas por las potencias europeas o de relatos de los descubrimientos geográficos y científicos; este inci-

¹⁷ Vid., Bernal, S., *El trabajo en la empresa periodística*, ejemplar mecanografiado y fotocopiado de la tesis final de carrera, Universidad de Madrid, 1969, pp. 41 y 42.

¹⁸ Dovifat, E., *Periodismo*, t. I, México, 1960, p. 39.

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ Weill, G., *El periódico*, Uteha, México, 1962, p. 7.

piente periodismo era visto más como ensayo narrativo que como actividad plenamente informativa.

El tono que empleaban los autores de estos trabajos, su valía intelectual y el hecho de que el medio en que plasmaban su obra fuera impreso, provocaban la confusión entre el concepto de este incipiente periodismo y el oficio de literato o de escritor.

Sin embargo es de hacer notar que ya en el siglo XVI, en Venecia se comienza a nombrar a los que realizan esa labor originalmente periodística bajo las denominaciones de *menanti*, *novellanti*, *rappostisti* y *gazzettanti* respectivamente²¹ y a estos mismos incipientes periodistas se les empezó a nombrar en otras latitudes: *News writers*, *Gazettiers* a *la main*²² o *Publistiken*,²³ por ejemplo.

El gran desarrollo industrial que se da en muchos países de Europa en el siglo XVIII transforma el ambiente económico y social de la época. Entre otros frutos, la Revolución Industrial aporta a la historia de la humanidad un incremento de la riqueza material disponible y un acortamiento de las distancias físicas merced a la invención de medios de transporte más rápidos que los existentes hasta entonces. Estas dos consecuencias de la Revolución Industrial, aunadas a la liberación del pensamiento que provocó la Ilustración y la Enciclopedia y la plasmación de esas ideas renovadoras en la legislación positiva²⁴ influirán sin duda en el terreno que nos ocupa, al despegue del periodismo moderno, pero por sobre todos estos hechos, será la nueva concepción empresaria que surge a partir de este momento de la historia la que transformará por completo los cauces en que se desarrollaba el periodismo; de ser un ejercicio semiprofesional o familiar, a su configuración empresarial que es la que se mantiene hoy en día.²⁵

El ejercicio del periodismo según el antiguo esquema era desarrollado por aquellos personajes que marchaban en una expedición guerrera o en un viaje de conquista, o aquellos otros investigadores o literatos que desempeñaban parte de su labor en sus actividades comunes y la otra mínima parte la dedicaban al servicio de estos folletines informativos.

²¹ *Ibidem*, p. 7.

²² *Vid.*, Dovifat, *Periodismo*, t. I, *op. cit.*, p. 39.

²³ *Cfr.*, Roegele, O., *Instrucción y formación del periodista en Alemania*, en el libro *Ciencia y enseñanza del periodismo*, EUNSA, Pamplona, 1967, pp. 53 a 55.

²⁴ *Cfr.*, Conesa, *La libertad de la empresa periodística*, p. 45.

²⁵ *Cfr.*, Dovifat, *Periodismo*, *op. cit.*, I, pp. 41 y 42; Voyenne, "Le journaliste... ", *op. cit.*, p. 477; Conesa, *La libertad...*, *op. cit.*, p. 45.

Con el advenimiento de la empresa periodística, la configuración del hacer periodístico sufrió también una sustancial variación surgiendo con ello la incipiente profesionalización periodística.²⁶

Transvasando aquello a lo que aludíamos²⁷ respecto a las modificaciones que supuso para el profesional independiente su encuadramiento en el ente organizado empresarial, podemos establecer aquí que el "gazzettante", el literato bohemio, el relator de grandes acontecimientos, el aventurero nato en que se encuadraba la visión del periodista, tuvo que ceder su lugar al redactor asalariado, al reportero disciplinado a las órdenes dadas por la Redacción, al profesional encuadrado dentro de la empresa informativa en la cual ocupará el cargo correspondiente a un experto especializado; elemento muy importante, es cierto, pero a fin de cuentas un elemento más dentro de tantos otros que confluyen en esa macro organización en la que se encuentra encardinado.

La visión particularizadora que veía el periodismo en ocasiones como una "carrera literaria" y en otras como una "carrera política",²⁸ tuvo que ceder, ante la evidencia de las características propias, la riqueza cultural y la conformación específica que en todos los sentidos trae implícito el ejercicio de la profesión aludida.

Dice Voyenne que con el desarrollo que motivó la era industrial en el periodismo, y el paso que supuso su consideración de mera aventura, a ser contemplado como verdadero negocio que requería de una buena organización que lo sustentara, hizo necesaria la adscripción de colaboradores permanentes a los que el periódico contrató con el fin de asegurarse la regularidad y fijeza de sus servicios.²⁹ El contrato supuso lógicamente una remuneración también fija y regular a manera de salario, para el periodista, pero también, y sobre todo un cambio de conciencia en la trascendencia económica y social de la labor desarrollada por él creando a partir de esta transformación de la visión que tenían respecto de su función, un esquema de mayor carácter corporativo que buscaba romper la antigua visión de su labor que la asimilaba a la desarrollada por el literato o el escritor.

²⁶ "La profesionalización del periodista es consecuencia de un doble factor: la aparición de la gran empresa de prensa y el nacimiento de las asociaciones profesionales". *Vid.*, Bernal, S., *El trabajo en la empresa periodística*, *op. cit.*, p. 41.

²⁷ *Cfr.*, *supra*.

²⁸ *Cfr.*, Desmond, R., *Formación profesional de los periodistas*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹ *Cfr.*, Voyenne, B., *La información en France*, Mc. Graw Hill, Londres, 1972, pp. 142 y 143.

El inicio de este replanteamiento de la mentalidad profesional lo ubica Vovienne en la época del Segundo Imperio en Francia, apuntando que para finales del siglo había cundido ya por el resto de Europa,³⁰ de manera que en 1884 ya se creaba en Londres una asociación de periodistas, independiente y apolítica, haciéndose lo propio en 1910 con la *Reichsverband der Deutschen Presse* (Unión Imperial de la Prensa alemana). Esta Unión, "aceptó resuelta la lucha por el reconocimiento del carácter público del trabajo periodístico",³¹ lo cual ya nos da una idea de la consideración que en lo laboral y en lo social comenzaba a tener la profesión informativa, y la "autocomprensión" de la trascendencia social de su función que vislumbraba ya el profesional de la época.

Considero interesante contemplar a propósito de todo esto, el estudio realizado por Desantes acerca de la evolución operada en la configuración de la profesionalidad periodística, pues de ella pueden surgir luces para ubicar el nacimiento de su determinación jurídica.

Así el mencionado autor descubre que la primera mención que hace el *Dictionnaire des Professions* acerca de la actividad del periodista aparece sólo hasta la segunda edición, publicada en 1880. (La primera edición data de 1851), sin embargo esta mención le niega la categoría de profesión: "Para los autores del *Dictionnaire* el periodista no se diferenciaba cualitativamente del escritor",³²

Por lo que se refiere al Diccionario de la Lengua Española, dice Desantes que en su edición de 1897 equiparaba al periodista con el "compositor, autor o editor de un periódico",³³ equiparación que se mantiene aún en la decimonovena edición datada en 1970: "Periodista: persona que compone, escribe o edita un periódico". 2. "La que tiene por oficio escribir en periódicos".³⁴

No es raro encontrar citas de autores de esa época que establecen que corresponde al Estado el control de los medios informativos, de la misma manera que controla otros servicios como el correo o el transporte.

Los regímenes totalitarios constataron el poder efectivo del fenómeno de la comunicación de masas y vieron la conveniencia de usar de él en provecho de la ideología que los había encumbrado, por lo

³⁰ *Ibidem*, p. 143.

³¹ *Vid.*, Dovifat, E., *Periodismo*, I, *op. cit.*, p. 42.

³² *Vid.*, Desantes, *La profesión periodística...*, *op. cit.*, p. 119.

³³ *Ibidem*, p. 119.

³⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, XIX ed., p. 1009.

cual, establecieron, en todos los casos, la necesidad del control por parte del poder estatal de las funciones informativas, las cuales en el mejor de los casos dieron en ser contempladas como un servicio público, el cual por tanto sólo podía ser realizado por particulares en el caso que poseyeran una concesión administrativa dada por el Estado a través de sus órganos competentes solamente a aquellas personas que reunieran los requisitos determinados por el propio Estado.

"En estos años —dirá Desantes— la profesión de periodista pasa de ejercerse libremente a exigírsele determinadas características: la principal de ellas es la notoriedad".³⁵

Ya hemos visto hasta el cansancio que cada quehacer profesional tiene una carga de responsabilidad social y que mientras mayor sea tal medida, mayor será su notoriedad y por lo mismo, más cuantiosos los requisitos que se le impongan para poder ejercitarla.

Los sistemas totalitarios crearán ese ámbito de notoriedad pública de que hasta entonces carecía la profesión periodística, movidos por afanes ajenos a una justa contemplación del deber de informar, sino como medio a una acción tendiente a lograr el control de la información y de los informadores, para lograr de éstos el apoyo necesario para sus fines políticos.

Los regímenes absolutistas de este siglo, no satisfechos con un control de lo que se publicaba, y de las publicaciones mismas, ampliarán su radio de injerencia hasta tener perfectamente identificados, localizados y controlados a los creadores de aquellas publicaciones, y así a través de la imposición de requisitos administrativos a los que tienen que subordinarse todos los sujetos activos de la información establecerán un control absoluto de la función de informar, pero al mismo tiempo dejarán sentadas las bases de la institucionalización de la profesión, ya que a pesar de perseguir un fin ajeno a este objetivo están concretando el sentido de notoriedad pública de la profesión periodística, a través de la imposición de requisitos de observancia obligatoria para todo aquel que desee realizar activamente la función de informar.

Aunque como puede verse, el ideal que llevó al poder político a crear esta institucionalización informativa fuera a todas luces contrario a la connotación de la trascendencia de la función informadora, puede decirse no obstante, que merced a esa imposición autoritaria y contraria a derecho, pudo plantearse la necesidad atisbada por la sociedad de una institucionalización de la profesión periodística: "La regulación autoritaria de la profesión periodística ha servido en ver-

* ³⁵ *Vid.*, Desantes, *La profesión periodística...*, *op. cit.*, p. 119.

dad, para salvar el obstáculo que suponen las circunstancias peculiares por las que atraviesa la profesión informativa, difícilmente superables a no haberse producido bajo la mano fuerte de los totalitarismos, que extienden su forma de actuar incluso a los países formalmente democráticos".³⁶

Ahora bien, es lógico que tras el desarrollo de esta sucinta contemplación histórica de la determinación jurídica de la profesionalización, surja la interrogante: ¿Qué se logra con tal regulación profesional?

Pienso que al dar respuesta a tal interrogante debemos tener bien claro que dicha regulación no constituye de ningún modo una especie de panacea que logre la mejora en calidad y en amplitud de la función informadora. No es la varita mágica que por sí misma resuelva los problemas, pero sí es un auxiliar muy valioso para la dignificación de la función informadora y para el logro de la justicia.

III. JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO ESPECIAL DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA

La determinación jurídica de la profesión informativa permite en primer lugar establecer en cada régimen jurídico una ubicación de los diversos tipos de sujetos iusinformativos y especificar en el caso de los sujetos activos, sus respectivos regímenes legales.³⁷

Dentro de la clasificación de los sujetos, la determinación de la profesión, facilita la contemplación específica del sujeto profesional, proporcionando antes que nada una definición de éste³⁸ y una posterior referencia de los derechos y deberes que le son propios.³⁹

³⁶ *Ibidem*, p. 121.

³⁷ Brajnovic nos facilita una división tipológica de sujetos iusinformativos activos, en razón a la manera como realizan su actividad informativa:

- a) Profesional: "personas preparadas profesionalmente".
- b) Espontáneo: "Informador aficionado o sujeto noticiable o de valor informativo".
- c) Experto: "Especialista no profesional de la información que informa sobre una determinada materia científica o cualquier saber humano".
- d) Oficial: "Cualquier fuente de información en los centros oficiales que represente una institución, una organización, un gobierno, etcétera".

Vid., Brajnovic, L., *Deontología periodística*, 2a. ed., EUNSA, Pamplona, 1978, p. 69.

³⁸ El término conceptual que sirve para definir la profesión del sujeto profesional de la información contingente y de actualidad se ha sometido a muy variadas discusiones y aún hoy en día está sometido a continuos cuestionamientos:

La concreción de estos dos puntos permite la integración de estatuto de la profesión informativa en cada sistema jurídico específico ya que el referido estatuto no es sino el documento legal donde quedan compilados los derechos y deberes que les son propios a los sujetos informadores y en especial al profesional.⁴⁰

"Obviamente el periodismo no es una profesión, aún cuando tenga algunas características de ella".

"No existe relación directa entre el periodista y su cliente. No existe en el periodismo un requisito mínimo de acceso, cualquiera puede ser periodista, que por sí mismo puede contratarse —con o sin experiencia, con o sin grado (título)—. Ningún periodista es requerido a atenerse a algún código de ética profesional. Ningún periodista es licenciado (titulado), ejerciendo el título un cierto control sobre él. No existen estándares profesionales que sean seguidos por los periodistas. Los periodistas no tienen en común ningún 'alto grado de generalizados y sistematizados conocimientos'. El periodista no clama por el exclusivo derecho de práctica de las artes de su actividad —puede ser susti-

"Nuestro término usual periodista, desde el punto de vista de la información escrita es más exacto que el 'journalist' francés, que habría que traducir literalmente como diarista y que excluye a los profesionales que trabajan en periódicos no diarios. No obstante los gobiernos germánicos y sajones han adoptado el extranjerismo francés. La aparición de los nuevos medios de comunicación masiva deja estrecha de contenido incluso la palabra periodista". De Santes, *La profesión periodística...*, op. cit., p. 119.

³⁹ De hecho al definir al periodista, la fuente que lo hace, desarrolla todo el ámbito jurídico de su actuación, por ello definición y referencia de derechos y deberes que le son propios suelen ser consecuencia unos de otra.

Terrou y Solal establecen tres fuentes básicas de las que puede surgir la definición de periodista profesional y por ende el manantial creador de los derechos y deberes respectivos:

- a) Por estatuto legal especial, en el sentido en que la legislación del país es la que crea la definición; ejemplo: Ley checoslovaca de 28 de mayo de 1947, en su artículo 2 y la Ley francesa de 28 de marzo de 1935.
- b) Por convención colectiva, dada generalmente entre las asociaciones de informadores y las asociaciones de editores o similares; ejemplo: contrato ginebrino de 1948.
- c) Por los estatutos de las asociaciones profesionales, *Cfr.*, Terrou y Solal, *El derecho de la información*, op. cit., pp. 419 y 421.

⁴⁰ Pero la existencia del estatuto forzosamente deberá estar subordinada a la clarificación de la noción de profesional del periodismo: "Un estatuto especial implica necesariamente una definición concreta de aquellos a quienes se aplica... ¿Cómo podrá hacer valer el periodista ante la autoridad pública los derechos o privilegios que el ejercicio de su profesión supone, si no se puede determinar claramente antes la noción de tal?". Terrou y Solal, *El derecho de la información*, op. cit., p. 420.

tuido por especialistas de otras disciplinas. Y por último, los periodistas en Estados Unidos no 'conforman una comunidad homogénea' ⁴¹

Esta cita tomada del libro de John Merrill: *The imperative of freedom*, de alguna manera sintetiza el interés del autor del presente trabajo, por el tema elegido.

Olvidándose de la connotación localista que puede tener la referencia caben hacerse las siguientes preguntas: ¿Cómo es posible que una función pública de trascendencia incuestionable como lo es la función del periodista, no tenga el rango de profesión?

¿Por qué si la función del informador reúne tan alta carga de notoriedad pública, la contemplación de su profesionalización no es acorde a esa trascendencia social, y tiene menores requisitos de acceso y de ejercicio que otras profesiones de menor responsabilidad social?

¿Por qué no se ha creado esa "comunidad homogénea" por la que clama Merrill? Comunidad homogénea que propugne por una dignificación de la profesión a través de la implantación de unos requisitos mínimos de acceso y el exclusivo derecho de prácticas profesionales que haga inviable el intrusismo. "Comunidad homogénea" que sienta las bases para que la titulación ejerza el control deseado respecto del correcto desempeño profesional del titulado y así se logre el uso adecuado del poder informativo. "Comunidad homogénea" que tenga bien claro unos principios éticos y que los haga valer entre todos aquellos que desempeñen el arte de informar con el fin de satisfacer las necesidades de la sociedad a la que sirven. ⁴²

Las respuestas a estas interrogantes pueden ser por demás variadas y no está en la línea de este trabajo el contemplarlas, sino más bien el establecer las bases para que todos los ideales apuntados puedan llevarse a cabo, puesto que en tanto no se logre ello tendremos que coincidir con la apreciación de Merrill de que el periodismo no es aún una profesión; por tanto, que la función informativa no está en manos profesionales y por ello mismo no está cumpliendo con la misión social asignada.

La lenta y sufrida vía para promover cambios en la 'mass communication' requiere un largo proceso cuyo cambio tendrá lugar en las personas antes de afectar el sistema. Esto es profesionalización". ⁴³

⁴¹ Merrill, J., *The imperative of freedom*, op. cit., pp. 135 y 136.

⁴² El que Merrill advierte que la situación planteada es referida específicamente a los Estados Unidos, no debe ser óbice para distorsionar su vigencia universal, puesto que muchos de los presupuestos que enuncia se contemplan así sea en grado inferior, en la mayoría de los sistemas iusinformáticos de la actualidad.

⁴³ Rivers, W., y Schramm, W., *Responsability in Mass communication*, New York, 1969, p. 240. Citado por Merrill, *The imperative of freedom*, op. cit., p. 136.

IV. EL CARÁCTER ESPECIAL DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA

Hemos repetido varias veces a lo largo de este trabajo la necesidad apremiante que existe para que a la profesión periodística se le dé ese carácter de especialidad que se deriva de la especificidad de su naturaleza y de su trascendencia social; hemos hablado de esas notas que distinguen al trabajo desempeñado por el periodista profesional respecto de todas las demás formas laborales conocidas.

Cabría por último, para concluir este desarrollo metodológico que ha pretendido desentrañar la esencia y las características de la profesión periodística, incidir en un punto que aunque ya ha sido mencionado líneas atrás motiva un planteamiento con mayor énfasis. Este punto es el referido a la naturaleza jurídica de la actividad profesional desempeñada por el periodista a partir de una doble dimensión: como Institución jurídica y como Relación jurídica. ⁴⁴

Como institución jurídica ⁴⁵ la actividad profesional desempeñada por el periodista plantea un estado jurídico completo y trascendente en el que por virtud del encargo asumido respecto de las facultades delegadas por la sociedad en general para que satisfaga al sujeto universal de la información sus necesidades de información, el periodista asume asimismo un genérico deber de responder ante la sociedad en general por la gestión informativa realizada.

Por medio de la relación jurídica, ⁴⁶ establecida como consecuencia de la profesionalización periodística en sentido activo, el periodista ve surgir un ámbito particularizado de derechos y deberes relacionados íntimamente con el acto jurídico concreto consistente en el convenio de trabajo estipulado con la empresa empleadora.

Con esto el periodista adquiere un doble deber de responder en relación a la gestión informativa que realiza. De una parte responde frente a la sociedad en general, frente al sujeto universal de la información en concreto, en virtud de la institución jurídica concretada, de otra parte responde ante la empresa informativa en razón a la relación jurídica concertada.

⁴⁴ Cfr., Desantes, *La profesión periodística en la ley de prensa*, op. cit.

⁴⁵ "La institución jurídica se refiere a las formas básicas y típicas de la organización jurídica total (...), es una de las bases organizadoras de la *ordenatio* de la comunidad". De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, t. I, 2a. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 629.

⁴⁶ "Es la manifestación de la eficacia de un conjunto normativo unitario; pero no reducido a las consecuencias atribuidas a ciertos hechos, sino como realidad jurídica, como la norma en su actuación, en su función transformadora del suceder social en realidad jurídica concreta". De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, op. cit., p. 620.

EL LLAMADO "NUEVO ORDEN MUNDIAL DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN" *

Manuel CAMACHO Y DE CIRIA
(España)

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. Los presupuestos doctrinales del "nuevo orden". III. La polémica en torno al "nuevo orden". IV. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. Suele señalarse como *punto de arranque* de lo que pronto va a convertirse en un esquema articulado de acción la presentación en las Naciones Unidas, hace ya tres décadas, de un informe sobre "el hambre de información en el mundo", que sirvió de base para que la Asamblea General de la Organización encargase al Consejo Económico y Social la formulación de un programa dirigido a promover el desenvolvimiento de los medios de comunicación en los países en vías de desarrollo.

El tema fue acogido de inmediato por la UNESCO que, desde entonces, ha venido consagrando una atención creciente a la problemática compleja de los intercambios internacionales de información, subrayada vigorosamente —por otra parte— por los planteamientos reivindicativos del "Movimiento de Países no Alineados" que se insertan, desde las primeras formulaciones, en el marco de la lucha por la descolonización.

De esta forma, la década de los sesenta se abre con una intensa actividad en torno al problema. En 1960 y 1961 se celebran las primeras reuniones de expertos de la UNESCO sobre medios de comunicación en Bangkok, Santiago de Chile y París, que pronto se consagran a cuestiones más concretas, como el desarrollo de las Agencias de Información en Asia, África e Iberoamérica. Desde este momento, se suceden las reuniones y trabajos a todos los niveles, hasta que, en 1968, la XV Conferencia General de la UNESCO encomienda a su Director General la puesta en marcha de un amplio programa de investigación

* Estudio leído en el *Seminario de Derecho de la Información*, cit., el 8 de abril de 1987.

a largo plazo sobre el papel y los efectos de los medios de comunicación de masas en la sociedad moderna.

2. En este contexto, va tomando cuerpo la *elaboración doctrinal de los supuestos de un "nuevo orden" de la información*. En el mismo año 1968, las reuniones de Ljubljana y Montreal, organizadas en la órbita de la UNESCO, destacan los peligros de los desequilibrios existentes entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo y el impacto que todo ello implica en el riesgo creciente de "dependencia cultural". Al propio tiempo, y paralelamente, va manifestándose un interés cada vez mayor por temas específicos, como la comunicación por medio de satélites y el progreso de la tecnología moderna en diferentes países, que aporta una dimensión nueva a la problemática de la libertad de información. Este movimiento de ideas va perfilando posiciones en las XVI y XVII reuniones de la Conferencia General de la UNESCO (1970 y 1972) y conduce, en la segunda de ellas, a una Declaración de Principios sobre el uso de los satélites de radiodifusión y televisión para la libre circulación de la información, que suscita ya los primeros recelos críticos en los países occidentales.

Tras estos años de intensa labor preparatoria, se aborda ya resueltamente la necesidad de una ordenación sobre nuevas bases en la IV Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países no Alineados, celebrada en Argel en septiembre de 1973. Cabe afirmar que es en esta reunión donde se prefigura lo que ha de ser el esquema del "nuevo orden", que recibe un posterior impulso en la XVIII Conferencia General de la UNESCO, en 1974, en la que se aprueba una Resolución invitando a "facilitar la libre, múltiple y equilibrada circulación de la información", y se opera el tránsito —que va a ser básico en todo el proceso posterior— del concepto de "libertad de circulación de la información" al de "circulación libre y equilibrada"; concepto éste que se precisó aún más en la Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores de los Países No Alineados de Lima (1975), durante la cual se reclama ya la puesta en marcha de un "nuevo orden internacional", con la ayuda de las Naciones Unidas.

Precisamente un año antes, en 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado una Declaración sobre la instauración de un "nuevo orden económico internacional", al que, desde el primer momento, se consideró estrechamente vinculado el sector concreto de la información. Se presenta de esta forma la interpenetración de ambos temas, en el amplio marco de una "estrategia global".

3. Se entra así en el año 1976, que puede considerarse como el momento decisivo para la *formulación del "nuevo orden mundial de la información y la comunicación"* que, en adelante, va a conocerse abreviadamente por las siglas NOMIC. La expresión aparece por primera vez en la reunión en Túnez, en marzo de ese año, de un "Simposio internacional sobre los medios para desarrollar la información en los Países No Alineados". En mayo siguiente, tiene lugar en México otra reunión sobre el problema, organizada por el Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales, con la colaboración de la Fundación Dag Hammarskjöld. Dos meses más tarde, en San José de Costa Rica, se reúne la I Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas de Comunicación en América Latina y el Caribe y, en Nueva Delhi, la Conferencia de Ministros de Información y Directores de Agencias de Prensa de los Países No Alineados: en ambas se aborda la necesidad de establecimiento de políticas globales de comunicación tanto en el plano nacional como en el regional, y de establecer las directrices generales de un programa integrado.

Toda esta actividad conduce a la XIX reunión de la Conferencia General de la UNESCO, celebrada en Nairobi en octubre y noviembre de 1976, en la que las reivindicaciones de los Países No Alineados alcanzan su punto culminante, y que representa un paso decisivo en el proceso iniciado veinte años antes. La Conferencia aprueba un plan de acción a medio plazo y crea una Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación, con especial atención a los relativos a una circulación "libre y equilibrada" —consagración oficial del nuevo concepto— de la información en el mundo, a fin de facilitar la instauración de un "nuevo orden mundial de la información", con arreglo a las perspectivas de un nuevo orden económico internacional. Cabe destacar —porque apunta aquí uno de los grandes temas polémicos— que, entre las tareas que se encomiendan a la Comisión, está la de "definir el papel que podría desempeñar la comunicación para lograr que la opinión pública llegue a percibir con claridad los problemas que se plantean al mundo y su solución mediante una acción aunada en los planos nacional e internacional".

La Comisión Internacional estuvo presidida por el irlandés Sean Mac Bride, Presidente de la Oficina Internacional de la Paz, miembro fundador de Amnistía Internacional, Premio Stalin de la Paz y Premio Nobel de la Paz; comenzó sus trabajos en diciembre de 1977 y presentó un informe provisional a la XX reunión de la Conferencia General de la UNESCO de 1978 en París, que no llegó a tomar postura sobre

él, pero en la que se adoptó, tras un tenso debate y un difícil consenso, una Declaración sobre "los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra", recogiendo una idea lanzada ya en 1970 y concretada en la Conferencia General de 1972, al aprobarse, a propuesta de la Unión Soviética, una Resolución propugnando la preparación de un proyecto de Declaración en este sentido, a partir de un primer texto elaborado por el profesor sueco Nilding Eek. Por otra parte, la Conferencia General de 1978 aprobó también distintas Resoluciones sobre la necesidad de poner fin a la situación de dependencia de los países en desarrollo en el campo de la información y sobre la contribución de la UNESCO al establecimiento del nuevo orden económico internacional, y recabó del Director General de la Organización la elaboración de un programa para el periodo 1979-1980, orientado a la implantación del "nuevo orden mundial de la información".

Mientras tanto, y tras la pausa impuesta por el desacuerdo en la Conferencia General de 1978, los trabajos de la Comisión Mac Bride siguieron su curso sobre la base del informe provisional presentado; y, en febrero de 1980, se trasladó el Informe definitivo —el conocido "Informe Mac Bride"— al Director General de la UNESCO; el mismo año en que una Conferencia Intergubernamental reunida en París aprobaba por consenso, a sugerencia de Estados Unidos, una recomendación que incluía un programa de medidas sobre el apoyo a los países en desarrollo para poner en marcha sistemas propios de información y comunicación, que daría lugar más tarde al "Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación", conocido por las siglas PIDC.

Ambos temas —el "Informe Mac Bride" y el Programa Internacional— se sometieron a la consideración y aprobación de la XXI Conferencia General de la UNESCO (Belgrado: 1980). En lo que respecta al primero, se aprobó finalmente una Resolución invitando a los Estados miembros a darle una amplia difusión y a estudiar sus conclusiones y recomendaciones e indicando las bases en que podría apoyarse un nuevo orden mundial en el campo de la información; y, en relación con el segundo, su aprobación supuso la puesta en marcha de los cauces instrumentales para el logro de los objetivos propuestos, pasando del plano de los principios al de las aplicaciones prácticas y las medidas concretas, cuyas formulaciones se alejaban sustancialmente del propósito y las propuestas iniciales norteamericanas que estuvieron en su origen y

que apuntaban a la creación de un mecanismo de asistencia técnica, financiera y profesional, dependiente de una entidad internacional de nueva creación, al margen de la UNESCO y con participación de instituciones públicas y privadas.

4. Sentadas las bases doctrinales y de actuación, toda la *evolución posterior* está presidida y marcada por la aplicación del Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación (PIDC), cuyo Consejo Intergubernamental —compuesto de 35 miembros, con considerable mayoría de representantes de los Países No Alineados y de los del área soviética— comenzó sus tareas en París en junio de 1981, aprobando un plan general de actividades para 1981-83. En 1982, se celebró la segunda reunión del Consejo en Acapulco, donde se manifestó de manera abierta y acusada la discrepancia de los Estados Unidos y, en general, del grupo de países occidentales, con los criterios de actuación que venían siguiéndose. En sucesivas reuniones se aprobaron nuevas propuestas para el desarrollo de redes nacionales de radio y televisión y de agencias de prensa regionales y los correspondientes presupuestos de carácter anual.

Así se llega a la XXII Conferencia General de la UNESCO (París, 1983), donde se evidencia irreductible el clima de confrontación de puntos de vista de los respectivos grupos de países; en este ambiente, la Conferencia logra sacar adelante sus presupuestos para los próximos ejercicios y se elabora el llamado Gran Programa III para 1984-85, a fin de dar cumplimiento a las propuestas del PIDC. Y, simultáneamente, la acción de la UNESCO se proyecta también en la celebración de una serie de Conferencias, coloquios y reuniones sobre los diferentes temas que configuran la apoyatura doctrinal del "nuevo orden" y que no siempre alcanzan un resultado acorde con las finalidades perseguidas.

En contraposición a todo ello, y mientras se llevan a cabo estas acciones en desarrollo y aplicación de las Declaraciones y Programas de la UNESCO y de los principios inspiradores del "nuevo orden", se exteriorizan en el área de los países occidentales, cada vez con mayor fuerza, las actitudes de rechazo a todo este proceso, que habrán de culminar en la crisis de la propia Organización, que en estos momentos se mantiene gravemente abierta. Puede recordarse como especialmente significativa la reunión en Talloires (Francia), en mayo de 1981, de una Asamblea Mundial, bajo el lema "Voces para la libertad", a la que más adelante nos referiremos, que elaboró una dura Declaración final. Y, por otra parte, la actitud de los distintos Gobiernos desborda ya el

campo estricto de los problemas de la información y la comunicación para plantear un enfrentamiento total con la propia UNESCO, que culmina en el abandono de la Organización por parte de los Estados Unidos, el Reino Unido y Singapur; con la actitud claramente reticente de algunos otros países en cuanto a su permanencia; y con el documento conjunto de 24 países (marzo de 1984), en el que se pide decididamente "la despolitización de los planes de ayuda" y "la renuncia a financiar y ejecutar proyectos que caigan fuera del ámbito propio de la Organización".

Y en este ambiente de clara oposición y enfrentamiento se han celebrado finalmente diversas reuniones del Comité Ejecutivo de la UNESCO y la reciente XXIII Conferencia General reunida en Sofía del 8 de octubre al 12 de noviembre del pasado año 1985, hasta cuya fecha el "Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación" había participado ya en 115 proyectos orientados sustancialmente a la construcción de sistemas nacionales de comunicación en los países en desarrollo.

II. LOS PRESUPUESTOS DOCTRINALES DEL "NUEVO ORDEN"

1. A partir de los documentos que al efecto han ido elaborándose, y fundamentalmente del Informe Mac Bride, se puede trazar el esquema doctrinal en que se apoya la construcción del "nuevo orden". En líneas generales, el fenómeno de la información y la comunicación se contempla desde una triple dimensión: en primer término, *la dimensión histórica*, que va desenvolviéndose a través de un largo proceso evolutivo de progreso técnico; en segundo lugar, *la dimensión funcional*, considerada en su contorno social, político y cultural, en la que se subraya la estimación de la comunicación como "instrumento político", en íntima conexión con los planteamientos económicos, destacando, en consecuencia, sus repercusiones en las estrategias de desarrollo y su significación como factor potencial educativo y de impulso cultural; y, por último, *la dimensión internacional*, que abarca todas las cuestiones suscitadas por el debate mundial sobre el tema, y lo sitúa en una estrategia global.

2. En esta triple perspectiva, el estudio se inserta, desde el primer momento —impulsado por las reivindicaciones del Movimiento de los Países No Alineados— en el marco general de "su *lucha por la descolonización política, social, cultural y económica*". Sobre ello va montándose un andamiaje en torno a un determinado lineamiento doctrinal, asentado en un fenómeno de "colonización", en el que aparece como

punto referencial y secuela ineludible lo que Johan Galtung llama "imperialismo comunicacional" o Herbert Schiller, con más amplia resonancia expresiva, "imperialismo cultural". Las referencias a la huella de la colonización en la situación actual son constantes. En el Simposio de Túnez de 1976 se fija como objetivo prioritario el conseguir la "descolonización de la información"; en las Conferencias de Colombo de 1976 y Kuala Lumpur de 1979 se atribuye a la "herencia de la época colonial" la génesis de los desequilibrios en las estructuras de la comunicación y la circulación de la información. Serían innumerables las citas en que se acusan los "mecanismos de dominación colonial". Y así, finalmente, la cascada terminológica y conceptual es asumida por los redactores de las Declaraciones e informes de la UNESCO en que se habla continuamente de "los pueblos oprimidos que luchan contra el colonialismo, el neocolonialismo" . . . y "todas las formas de opresión", y del "proceso de eliminación de ese colonialismo y neocolonialismo en todas su formas y manifestaciones".

3. En consecuencia, el enfoque de las funciones de los medios de comunicación en las sociedades de los países no desarrollados se sitúa de modo exclusivo en *la perspectiva de las "relaciones de dominación"* —de tan inequívoco linaje leninista—. En las reuniones de Ljubljana y Montreal (1968) se acusa el riesgo creciente de "dependencia cultural"; y la "alienación cultural" se esgrime en las Conferencias de Argel, Costa Rica y Nueva Delhi. La Conferencia de Colombo presenta el desequilibrio informativo como generador de una "situación de dependencia y dominación". La pugna, clamorosa y repetidamente proclamada, se resuelve en un enfrentamiento contra los "sistemas de dominación y centros de poder transnacionales", acogido por los documentos de la UNESCO a través de todo el proceso. Con este planteamiento, nada tiene de extraño que el Informe de la Comisión Mac Bride incorpore análogos puntos de partida y que se hable en él de la "influencia dominante de ciertos países" —sin pensar nunca, naturalmente, en la Unión Soviética— y "la situación de dependencia de otros muchos" —lo que, como es obvio, no se refiere a los sometidos a su ocupación o a su influencia—, del "predominio y dominación de los más poderosos", de la "enormidad de las empresas transnacionales" como fenómeno nuevo de la comunicación y de la "necesidad de tomar medidas apropiadas para sustituir la dominación, la dependencia y la desigualdad por unas relaciones de interdependencia y de complementariedad más abiertas y más fecundas".

4. Otra constante de la presentación conceptual del "nuevo orden" es su *vinculación radical con un nuevo orden económico internacional*, del que —siguiendo la terminología de Jean Prouk— el sector de la información se configuraría como un "subsistema" o un "complemento". El yugoslavo Bogdan Osolnik, miembro de la Comisión Mac Bride, subrayaba este hecho diciendo que el "establecimiento de relaciones nuevas y equitativas en el campo de la información está estrechamente ligado al logro de los objetivos del nuevo orden económico internacional", que es su condición necesaria, ya que "sólo cambios de gran alcance en las relaciones económicas internacionales pueden asegurar a los países en desarrollo las condiciones materiales y técnicas necesarias para crear sus propios sistemas de información y comunicación". En el mismo sentido, otro miembro destacado de la Comisión, el tunecino Mustafá Masmoudi, decía también que "el nuevo orden mundial de la información es indisociable, en último análisis, de la consecución de un nuevo orden económico internacional, porque las dos acciones tienen por finalidad promover ante todo y por encima de todo, la más amplia colaboración entre los países en desarrollo". Esta constante en el planteamiento del problema se reflejó en el mandato de la Conferencia General de la UNESCO a la Comisión Mac Bride en el sentido de que el análisis de los problemas de la comunicación en sus diversos aspectos habría de hacerse "con arreglo a la perspectiva de un nuevo orden económico internacional". Y tuvo lógicamente su eco en las formulaciones finales del Informe de la Comisión, que aparecen impregnadas de esta idea.

5. A partir de estos presupuestos básicos, condicionantes del completo edificio conceptual, se pasa al terreno de las realidades actuales y se denuncian *los hechos esenciales de la situación presente*. La acusación fundamental se centra en el hecho evidente de la existencia de una circulación desequilibrada de la información, que tiende a encauzar la corriente en una dirección norte-sur y a coartar el aumento de los intercambios entre los países en desarrollo. A los desequilibrios cuantitativos se unen también los de carácter cualitativo, unos y otros enlazados a la presencia de una circulación de sentido único y de orientación vertical. Por otra parte, se destaca la existencia de un número casi infinito de trabas que entorpecen la libre circulación de la información, y que se encuentran en todas las sociedades, aunque sean muy variables su naturaleza y su gravedad, su frecuencia y su número. Y la influencia decisiva en muchos supuestos de las innovaciones tecnoló-

gicas, que pueden producir a menudo efectos económicos o sociales negativos, interacciones y disparidades.

6. Del diagnóstico de esta situación preocupante se pasa —y aquí radican los puntos más agudamente polémicos— a la *determinación de las causas* que la generan. Según la exposición del Informe Mac Bride, las condiciones actuales del mundo tienden a favorecer las relaciones de dependencia, agravadas en este campo por el fenómeno de la "industrialización de la comunicación" que crea, de hecho, un evidente monopolio en manos de un número reducido de estructuras empresariales de carácter transnacional, que —según afirma— "no sólo movilizan y transfieren al mercado de la comunicación capital y tecnologías, sino que además venden innumerables productos de consumo socio-cultural". Por otra parte, considera que la aplicación del principio de libre circulación ha generado, en fin de cuentas, la circulación desequilibrada en sentido único, "fiel reflejo de las estructuras políticas y económicas dominantes en el mundo"; "los críticos de los países en desarrollo —añade el Informe— saben por experiencia que la teoría de la libre circulación queda invalidada por el predominio de la información procedente de un pequeño número de países industrializados y destinada a amplias zonas regionales en desarrollo".

7. ¿Cuáles son, a juicio de los propugnadores del "nuevo orden", los *criterios en que ha de orientarse la solución* de todos estos problemas? En el terreno de las formulaciones genéricas, se entiende que, para ponerlo en marcha, ha de emprenderse, como instrumento esencial, el establecimiento de "políticas de comunicación", teniendo en cuenta el doble marco de referencia institucional y estructural y, en todo caso, la realidad política, económica y social de cada país. A este fin, se propugna la formulación por los países en desarrollo de "políticas de comunicación globales" acomodadas a sus propias necesidades y tradiciones. Y, para ello, se señala especialmente la importancia de contar con sólidas agencias de prensa nacionales, de establecer redes regionales viables para aumentar la circulación de la información, de fomentar la existencia de periódicos en zonas rurales, de estimular la producción nacional de publicaciones y organizar redes para su distribución; de desarrollar redes nacionales de radiodifusión y televisión, de disponer de una capacidad nacional de producción y distribución de programas de radio y de establecer los medios necesarios para la enseñanza y formación de profesionales ligados al mundo de la comunicación. Todo ello lógicamente unido a la existencia de posibilidades de finan-

ciación adecuada y de atención a las necesidades infraestructurales básicas que han de satisfacerse en cada caso.

8. Una atención específica se dedica al problema de *los límites de la libertad en este terreno* y a la actuación de la responsabilidad que su ejercicio conlleva. Partiendo de la idea de que "la libertad sin responsabilidad desemboca en todo tipo de abusos", se sugiere la adopción de medidas encaminadas a realizar la posición del periodista en la sociedad, con el fin de asegurar el reconocimiento de su actividad profesional; el estímulo de la preparación profesional y la asunción de un nivel de conciencia profesional cada vez más alto; la instauración de Consejos de Prensa y de Comunicación Social y la institucionalización de los cauces par actuar prácticamente la responsabilidad de los profesionales; y, finalmente, la conveniencia —el Informe Mac Bride lo juzga "deseable"— de la adopción de Códigos de ética profesional en el plano nacional, y a veces en el regional. Por otra parte, si bien el Informe Mac Bride recomienda la abolición de la censura y las "formas de control arbitrarias", no deja de admitir que "en aquellos sectores en que estén justificadas unas restricciones razonables, éstas queden definidas en una ley y su aplicación sometida al control judicial". Se cierra con todo ello el círculo conceptual en que se inserta la contraposición de una noción de "seguridad en la información" frente a la tradicionalmente vigente de la "libre circulación".

9. Finalmente, parece interesante resaltar un aspecto al que, a lo largo del proceso de elaboración de los presupuestos doctrinales del "nuevo orden" se ha prestado una atención muy particular y que ha suscitado la reacción recelosa de las democracias occidentales y países de su órbita ideológica. El tema, que enlaza con el carácter finalista de la función de la información, se plantea ya en los propios términos del encargo a la Comisión Mac Bride cuando, en el último punto del mismo, y como vimos anteriormente, se le encomienda "definir el papel que podría desempeñar la comunicación para lograr que la opinión pública llegue a percibir con claridad los problemas que se plantean al mundo y su solución mediante una acción aunada en los planos nacional e internacional". Laten en ello las tesis reiteradamente formuladas en el seno del Movimiento de los Países No Alineados —y que podemos resumir con palabras del tunecino Mustafá Masmoudi— de que "los medios de información tienen precisamente como función —función social— la de sensibilizar la opinión pública a transformaciones para el conjunto de la humanidad", partiendo de la convicción de que "en todas partes debe admitirse la idea de que el orden actual es sólo una

amalgama de desórdenes y que, en consecuencia, el cambio es ineludible". Es el mismo criterio que inspiró la Declaración sobre el uso de los medios, impulsada por el bloque socialista y aprobada en la Conferencia General de París de 1978. El Informe Mac Bride lo recoge matizadamente. Pero parece lógica la inquietud de que esta preocupación por la función formadora de la opinión pública que incumbe a los medios de comunicación desemboque en la tentación de dictarles una determinada línea de conducta y en la justificación de la intervención de los Estados en la obtención, tratamiento y difusión de las informaciones.

III. LA POLÉMICA EN TORNO AL "NUEVO ORDEN"

1. Tanto el Informe Mac Bride como los restantes documentos y declaraciones de la UNESCO sobre el tema recogen en definitiva, y hacen suyos, los argumentos y las tesis que sirven de base a los planteamientos de los Países No Alineados. Es sintomático, a este respecto, que los dos únicos documentos de trabajo que se presentan con el texto definitivo del Informe Mac Bride a la consideración de la Conferencia General sean los elaborados por los miembros tunecino y yugoslavo de la Comisión, Mustafá Masmoudi y Bogdan Osolnik. En consecuencia, es lógico que, al considerar la postura de los Países No Alineados en torno al "nuevo orden" volvamos a encontrar las que acabamos de ver reflejadas en los documentos de la Organización, a partir de la referencia a la "liberación del yugo del pasado colonial" que, a su entender, trata de prolongarse a través de una hegemonía política que no es más que la manifestación de una voluntad de explotación de signo neo-coloniano en el orden político, económico y cultural. Una vez y otra se alude a la división que el colonialismo ha generado entre "países amos y países vasallos" —división profundizada con los "procesos económicos y políticos del periodo de la industrialización"—, y una vez y otra, en consecuencia, el análisis del tema se realiza desde el ángulo de enfoque de las "relaciones de dependencia y dominación". "La supervivencia del poder de los sistemas de dominación trasnacional —se afirma— depende fundamentalmente del mantenimiento de las estructuras de información y comunicación diseñadas a mediados del siglo XIX en función de una hegemonía global."

Lo que se propugna es que estas estructuras, y sus bases ideológicas, se revisen en función de las nuevas condiciones de funcionamiento de los grandes medios de comunicación, a fin de transformar

las relaciones de dominación en relaciones de igualdad, sobre la base de una "circulación libre y equilibrada" de la información. Pero en este nuevo concepto —que se esgrime como correctivo al de la "libre circulación"— subyace un poso ideológico de signo distinto sobre el concepto mismo de la libertad y, en consecuencia, de la libertad de información. En la raíz del planteamiento está la crítica de lo que se considera como "principio abstracto de la libertad de información" y del "principio de libre circulación de la información" que lleva consigo —según se afirma— el germen y el riesgo de la dominación. La concepción tradicional de los derechos en el terreno de la comunicación, fundados en la consideración nuclear de la persona humana y de inevitable signo individualista, se hace girar hacia preocupaciones eminentemente colectivas, hacia los derechos de la comunidad, hacia lo que se llama "derecho natural de toda la colectividad humana". Y de esta preeminencia de lo colectivo, de lo social, deriva como consecuencia lógica la negación radical de la libertad de información como valor absoluto, la potenciación de la función social de la información y la reflexión sobre las responsabilidades de quien la tiene a su cargo y, en último término, sobre "el derecho del Estado a imponer orden" y adoptar medidas de protección cuando la libertad de información produce un desvío de la función esencial y "el monopolio excluye la libertad". La tesis mantenida, en fin de cuentas, es la de que "en un mundo pluralista, la participación del Gobierno en la comunicación es una realidad, las más de las veces una necesidad y a menudo una necesidad absoluta", a fin de "impedir la monopolización de la información y de garantizar un mayor equilibrio y una mayor libertad para el pueblo, en su totalidad, y no para una sola de sus partes".

La fuerza de las llamadas estructuras monopolísticas —que se resuelve en el poder financiero, industrial, cultural y tecnológico de los países desarrollados y que relega a los países en desarrollo a la condición de simples consumidores de una información vendida como mercancía: aplicación al tema de la dialéctica "producción-consumo"— convierte de hecho la libertad de información, en las tesis que este grupo de países mantiene, en libertad del agente informador. Y aquí está, para ellos, la génesis de los desequilibrios cualitativos y cuantitativos de la información en el mundo de hoy.

El tema, en sus planteamientos esenciales, aparece ligado, en definitiva, a dos cuestiones de fondo: la de la responsabilidad de los medios y la de la actuación de la soberanía de los Estados en este campo y la oportunidad de elaborar instrumentos normativos que se

impongan a todos en la esfera de la comunicación. A este respecto, se propugna, en última instancia, la implantación de una reglamentación jurídica —o, al menos, de una normativa ética— que rijan el intercambio de informaciones, con principios internacionalmente aplicables; y, sobre todo, en lo que se refiere a la sujeción de los profesionales de la información a reglas o códigos de conducta que especifiquen y definan sus funciones, sus derechos y sus obligaciones.

2. A lo largo de todo el proceso, el planteamiento de los Países No Alineados sobre la configuración del "nuevo orden" ha tenido el decidido respaldo de la Unión Soviética y de los países del bloque comunista, si bien en determinados momentos, y en relación con el texto de los documentos finales, han subrayado el hecho de que, a su juicio, "no se había tenido suficientemente en cuenta la experiencia de los países socialistas" y de que, con frecuencia, "los análisis propuestos estaban demasiado desligados del contexto socio-político". Pero la postura en cuanto al fondo del tema queda suficientemente ilustrada en los términos de la Declaración formal de la URSS, en documento hecho público a finales de 1984, de que "el nuevo orden mundial de la información es necesario para que los países en desarrollo puedan alcanzar su independencia ideológica, cultural e informativa, sin la cual el proceso de descolonización no será completo ni definitivo".

Cabe resaltar que este bloque de países ha puesto un subrayado especialmente enérgico en lo referente a la función de la información como formadora de la opinión pública. Ya vimos como, partiendo de una propuesta de la Unión Soviética, se propuso y se aprobó finalmente, con algunas matizaciones sobre su redacción inicial, la Declaración de 1978 sobre la contribución de los medios —el "uso de los medios" se decía en el primer proyecto— al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra. Todos estos objetivos, evidentemente, definen causas nobles y aspiraciones justas a las que es imprescindible servir. Pero tras ellas se esconde la inconfesable pero patente unilateralidad en el tratamiento de todos estos temas en el terreno de los hechos y subyace sin duda —para decirlo con terminología grata a sus planteamientos— una indudable "estrategia global" que afecta a conceptos básicos relacionados con la comunicación; entre los que se acusan como más sensibles el dilema de la libertad y sus límites, la correlación entre los derechos y los deberes, las implicaciones de la desigualdad entre países

en lo que respecta a la posesión y utilización de los medios, la relación entre el poder y la comunicación y la multitud de sistemas de comunicación existentes en un mundo pluralista. Lo que subyace es la afirmación del principio de la acción formativa y orientadora sobre la opinión pública, con un uso activo de la información para lograrlo, en pro de una finalidad última, cualquiera que ésta sea, y según determine la "praxis" en cada coyuntura histórica. Los teóricos de los Países No Alineados habían hablado ya de la necesidad de "sensibilizar la opinión pública de los países industrializados de manera que preste una atención creciente a las reivindicaciones del Tercer Mundo y adhiera al cambio necesario". Y en la última reunión de la Conferencia General de la UNESCO (Sofía: 1985) despertó un gran interés la propuesta de resolución presentada por la Unión Soviética en la que resaltaba el papel de la Organización "en la generación de un clima de opinión pública mundial que conduzca a la *implantación y desarrollo de una nueva manera de pensar* en la era nuclear para evitar la amenaza de un desastre termonuclear". Otra vez la causa justa y, tras ella, la conformación de "una nueva manera de pensar" haciendo uso de los medios de comunicación. No es infundado el recelo, ni la inquietud, cuando ello se liga al recuerdo de consignas genéricas permanentes como la de que "para derrocar al poder político es siempre necesario, ante todo, crear la opinión pública y trabajar en el terreno ideológico" y que, con este fin, hay que "afianzar el frente de lucha para arrebatar a la burguesía y al imperialismo el control de los medios de comunicación masiva" y operar una "vertebración de la información alrededor de un eje para hacer posible la creación de una forma de pensar de las masas que corresponda a un estilo de vida, único y coherente", a un "mensaje que apunte a crear y transmitir un nuevo orden de valores".

Intimamente ligado con este tema está la reserva expresa hecha al Informe Mac Bride por el miembro soviético de la Comisión, Sergei Losev, Director General de la Agencia TASS, en relación con el punto concreto de la abolición de la censura, manifestando que esta cuestión, así como la del libre acceso a las fuentes de información no oficiales y, en definitiva, todo lo referente al control discrecional de la información, "corresponde a la legislación nacional de cada país y debe resolverse en el marco jurídico nacional, tomando en consideración sus propios intereses".

3. La postura de los países occidentales —manifestada desde el planteamiento mismo del problema a través de los sucesivos debates—

parte de la idea de que está en presencia de cuestiones extremadamente delicadas y complejas, que afectan a conceptos esenciales de orden filosófico, ideológico y político. Esta complejidad hace que el tema haya de abordarse con especial cuidado, huyendo en absoluto de todo planteamiento unilateral y demagógico, porque "pocas decisiones tomadas en nombre de un pueblo, sea cual fuere, afectan más a su filosofía política subyacente que las que tocan a la propiedad y el control de sus redes de información".

En ningún momento han puesto en duda los países del mundo libre el hecho evidente de la existencia de disparidades y desequilibrios, e incluso de "dependencias históricas", en el campo de la información y de la ineludible exigencia de corregirlos. El Pr. Elie Abel, miembro norteamericano de la Comisión Mac Bride, afirmó continuamente que la tarea consiste en estudiar la forma que han de adoptar las inevitables transformaciones, y decidir quién habrá de asumir la responsabilidad de las mismas, en virtud de qué principios y con qué fines. Y que, penetrando en el fondo de la cuestión, se hace patente que la situación actual está irremediamente ligada al ritmo desigual del desarrollo económico general y deriva fundamentalmente de la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y materiales de que disponen los países en desarrollo. El problema es básicamente de orden estructural y el remedio, por tanto, debe buscarse a través de un esfuerzo de solidaridad de carácter técnico y financiero, con la adopción de medidas adecuadas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, para "mejorar la situación de los países que aún son prisioneros de una pobreza tradicional"; a través de "un esfuerzo internacional masivo para aumentar la capacidad de comunicación a todos los niveles". En cierta medida, se hace constar que ese esfuerzo se viene realizando por medio de acciones de cooperación bilateral o multilateral que habrán de intensificarse para reducir progresivamente las disparidades que existen. En esta línea, el Pr. Elie Abel concluía que, para cumplir esta tarea, es más aconsejable "concentrarse en las perspectivas de futuro que en el análisis agresivo de la herencia de un pasado colonial".

En todo caso, el punto de partida indeclinable de la postura de estos países es la afirmación de la libertad de información como derecho fundamental del ser humano, que no puede limitarse, restringirse ni subordinarse a ningún tipo de reglamentación que desborde lo dispuesto en las Declaraciones y Convenios internacionales sobre la materia; la libertad de información y, en consecuencia, el libre acceso

a las diversas fuentes son elementos constitutivos de una sociedad democrática libre y pluralista; el papel del Estado ha de limitarse a crear las condiciones y ofrecer las infraestructuras necesarias para el ejercicio de estos derechos.

De aquí el rechazo a cuanto pueda suponer intervención del Estado en lo que afecta al contenido de los mensajes o suponer imposición de su propio criterio sobre hechos y situaciones. De aquí también la oposición decidida a toda presión sobre los profesionales de la información, sea a través de medidas de control sea de la más difusa, pero igualmente llena de riesgos —y que constituye uno de los puntos sustanciales de la nueva ordenación propuesta de su sujeción a reglas o Códigos de conducta que especifiquen y definan sus funciones, sus derechos y sus obligaciones. De aquí, finalmente, el recelo de que la finalidad del preconizado "nuevo orden" consista en "consagrar la tutela de los medios de comunicación por los Gobiernos y en poner trabas a la libertad de expresión".

A lo largo de todo el proceso de elaboración del Informe Mac Bride o de las sucesivas Declaraciones sobre el tema se habían venido denunciando los peligros de que se acusase una tendencia a "querer dictar a los medios de comunicación su línea de conducta" y a justificar "una intervención de los Estados en la obtención, tratamiento y difusión de las informaciones"; y se había llegado a afirmar que, tras las formulaciones propugnadas, se escondía "un ataque contra la libertad de prensa". La postura ha seguido manteniéndose cuando, a través del PIDC, se ha pasado al terreno de las aplicaciones prácticas, y se ha manifestado en muy diversos escenarios y en muy distintas formas.

A estas tesis se han adherido sin reservas Asociaciones profesionales relevantes, que subrayan el peligro implícito de otorgar a los Estados una intervención excesiva "en un terreno donde debe prevalecer la libertad". Un punto especialmente significativo de este movimiento de ideas fue la reunión de Talloires, a que hemos hecho referencia ya anteriormente, que congregó en Asamblea Mundial a los representantes de numerosos países y virtualmente a todos los del mundo occidental, y se hizo eco de las inquietudes suscitadas por los peligros latentes tras el esquema conceptual del "nuevo orden" apoyados por la UNESCO y las actividades del PIDC. Como conclusión de la reunión, se redactó una dura Declaración Programática en la que, tras afirmar la creencia en la libre información y la circulación de las ideas como esencial para la comprensión mutua y la paz mun-

dial, se consideraba que "las restricciones del libre movimiento de las noticias y de la información son contrarias a los intereses de la comprensión internacional y suponen una violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Constitución de la UNESCO, del Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, y una contradicción de la Carta de las Naciones Unidas". Y concluía mostrando su preocupación por el hecho de que "exista una creciente tendencia, dentro de muchos países o en el seno de Organismos internacionales, a colocar los intereses gubernamentales por encima de los del individuo, particularmente en lo que se refiere a la información".

Recapitulando todo lo anteriormente dicho, la posición de las democracias occidentales y de los países de su entorno ideológico puede resumirse en dos puntos: la afirmación incontestable de una línea de principio basada en el valor inalienable de la libertad y el reconocimiento de la existencia de una situación desequilibrada en el mundo de la información a nivel internacional, a la que hay que dar una respuesta "práctica y constructiva". El camino para ello es orillar las cuestiones político-filosóficas más espinosas, que propician el enfrentamiento de sistemas dispares, y tratar de encontrar fórmulas de solución para aquellas otras de naturaleza menos controvertida, sobre las cuales pueden buscarse elementos de consenso y es más fácil, por tanto, llegar a un acuerdo: por ejemplo, las relativas a los tráficos postales internacionales, a las tarifas de telecomunicaciones, al acceso universal a los servicios de satélites, a las transferencias de tecnología, a la asistencia financiera o al apoyo en materia de formación profesional. En todos estos terrenos se manifiesta la mejor disposición para coadyuvar con la ayuda técnica y económica necesaria para la solución de los problemas del desarrollo informativo, pero sin admitir, en línea de principio, la pérdida de control sobre los fondos que se aporten a estos fines y de la facultad de decisión de los Estados donantes sobre la aplicación concreta de los mismos. En consecuencia, la postura del grupo occidental se orienta, en cuanto a la financiación —y frente al establecimiento de mecanismos multilaterales, propiciado por los países en desarrollo—, hacia fórmulas bilaterales de país a país o a la puesta en marcha de un plan de asistencia técnica, financiera y profesional, dependiente de una entidad internacional existente o de nueva creación, al margen de la UNESCO, con participación de instituciones públicas y privadas.

IV. CONCLUSIÓN

Hasta aquí el esbozo del proceso de elaboración del llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación", de las líneas generales de su contenido y del debate ideológico y conceptual en torno al mismo. En estos momentos, el futuro de este intento de dar solución a problemas planteados a nivel internacional en el mundo de la información es evidentemente incierto. El abandono de la UNESCO por parte de los Estados Unidos de América, del Reino Unido y de Singapur, la actitud reticente de muchos otros países y la crítica generalizada a unos determinados modos de actuación —uno de cuyos puntos esenciales es el de la orientación de estos Programas— ha puesto a la Organización al borde de la crisis, cuya superación requiere, sin duda, decisivas rectificaciones.

En consecuencia, ha de ser motivo de ponderada reflexión hasta qué punto debe evitarse que una causa noble, una aspiración justa, una reivindicación legítima, se convierta en un instrumento propiciador de enfrentamientos, al darle un sentido unilateralmente agresivo, que convierte un elemento de la dialéctica Norte-Sur en un importante factor operativo —y en un sector clave como el de la información y la comunicación— en la "estrategia global" del conflicto Este-Oeste.

EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO *

José de Jesús CASTELLANOS LÓPEZ
(México)

El derecho a la información en México nació ligado a la política y ha sufrido los avatares de la misma. Ligado al proyecto de un partido y vinculado con él, ha carecido de claridad y doctrina sólida, por lo que no ha pasado de ser una declaración, en el texto parchado del artículo 6o. de la Constitución y que, en la forma como se le ha planteado, no podrá ir más allá de lo que se le ha esbozado, sin que se puedan extraer de él sus potencialidades; pero, gracias a Dios, sin que la autoridad pueda utilizarlo como pretexto para incrementar su ya excesivo control sobre los medios de comunicación social.

El concepto de Derecho a la información surge a la vida pública en el texto del "Plan Básico de Gobierno 1976-1982", dado a conocer por el PRI el 25 de septiembre de 1975, integrante de las tesis que sustentó Jesús Reyes Heróles, se le vinculó, por tanto, al Estado Social de Derecho¹ que pretendía implantar, mediante sucesivas reformas constitucionales que se han continuado hasta nuestros días.

Eminentemente declarativo, el Plan señalaba que su objetivo era ensanchar las libertades y derechos del hombre, mediante un papel activo del Estado,

para proteger a los mexicanos de la utilización abusiva y enajenadora de los medios modernos de comunicación de masas y para conciliar la propiedad privada de algunos de los medios de comunicación con el carácter eminentemente social de ésta: es decir, implica el reconocimiento del derecho a la información que todas las personas tienen en las modernas sociedades.²

* Trabajo presentado en el *Seminario de Derecho de la Información*, cit., el 8 de abril de 1987.

¹ Partido Revolucionario Institucional, *Plan de Gobierno 1976-1982* (México, PRI, 25 de septiembre de 1975), p. 8.

² *Ibid.*, p. 10.

Paternalista y todo, esta primera expresión parecería reconocer que los titulares del derecho a la información son todas las personas, aunque sería resultado de la sociedad moderna y no algo inherente a la naturaleza de las mismas.

Sin embargo, ya con este documento se inician las confusiones, pues lo mismo asienta que este derecho se refiere a los hombres como receptores de información, que pasa a sustentarlo en la necesidad que los ciudadanos tienen en él para una mejor participación democrática, por lo que se le concibe como un "instrumento de desarrollo político y social". Por ello se le ligó como algo relacionado con "la expresión de los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones de científicos, profesionales y de artistas, las agrupaciones sociales, y, en general, entre todos los mexicanos".³

Estos planteamientos provocaron que el Derecho a la información naciera ligado, sin más justificación, a la reforma política que pusiera en marcha el Presidente José López Portillo en 1977. Escondida entre otras, la adición propuesta al artículo 6o. de la Constitución se justificó de la siguiente manera:

También se hace necesario garantizar en forma equitativa a los partidos políticos nacionales la disposición de los medios que les permitan difundir con amplitud sus principios, tesis y programas, así como los análisis y opiniones que formulen respecto de los problemas de la sociedad. Para este fin se estima conveniente establecer como prerrogativa de los partidos su acceso permanente a la radio y la televisión, sin restringirlo a los periodos electorales.

Esta prerrogativa de los partidos tiene el propósito de dar vigencia en forma más efectiva al derecho a la información, que mediante esta iniciativa se incorpora al artículo 6o., que será básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad.

Siendo los partidos políticos entidades fundamentales en la acción e ideología y política, el ejercicio de su derecho a difundir sus ideas en los medios de comunicación social se traducirá en el mayor respeto al pluralismo ideológico y cobrará plenitud la libertad de expresión y su correlativo derecho a la información.⁴

El Presidente proponía agregar una frase al artículo 6o. constitucional que declaraba: "el derecho a la información será garantizado por

³ *Cfr. Ibid.*, pp. 11 y 12.

⁴ *Reforma Política*, (México, Comisión Federal Electoral, 1978), Tomo III, p. 12.

el Estado". Tan breve señalamiento anticipaba problemas y, en cierto modo así lo reconoció el dictamen de las comisiones, al señalar que "lo escueto de la expresión... puede originar la crítica de que no se precisa lo que debe entenderse por derecho a la información, ni a quién corresponde su titularidad, ni los medios legales que hará valer el Estado para hacerlo respetar".

Pero ello se justificaba con la explicación de que la característica esencial de la Constitución debe ser su máxima brevedad; y que, "en rigor jurídico, sólo le corresponde el enunciado y principios de las normas imperativas cuyas formas de operatividad serán objeto y materia de la ley reglamentaria respectiva".⁵ No se aclaró, sin embargo, si la ley de referencia era la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, que complementaba la reforma política, o haría falta una distinta para ello. Por lo pronto, los partidos políticos se apresuraron a ampararse en los beneficios crematísticos y que en especie les auguraba el poder acceder a los medios de comunicación de manera gratuita y de obtener recursos para producir su prensa política, con papel y subsidios gubernamentales. Por ello la adición fue aprobada por unanimidad.

En el dictamen respectivo se insinuaba entonces que el sujeto protegido era el receptor de la información, a quien se trataba de salvar de la "manipulación informativa".

En el debate de esta reforma constitucional afloraron ya las diversas concepciones. Ramón Garcilita Partida, del PAN, califica a ésta como un derecho individual y confunde —como muchos lo hacen todavía— el derecho a la información, con el derecho de información.⁶ A su vez, el priísta Eduardo Andrade afirmaría que se trata de "un derecho público colectivo", que completa y moderniza el relativo a la libertad individual de expresión. Advierte que son derechos de una naturaleza sustancialmente diferente. No se trata, dice, de una garantía individual, sino de un derecho del cual es titular toda la sociedad, "que se exigen a través del Estado para hacer posible la democracia".⁷

El debate continúa y Jorge Garabito, del PAN, acepta que este derecho garantiza simultáneamente los derechos de la sociedad y los del individuo.⁸ A su vez, en las filas del PPS, Marcela Lombardo dice que es una garantía del ciudadano y, luego, que es una "garantía social". Esta idea de que se trata de una garantía social y un derecho social es

⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 43.

⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁸ *Ibid.*, p. 49.

recogida por el priísta Manuel Villafuerte Mijangos⁹ y, finalmente, por su correligionario Carlos Ortiz Tejeda, quien en una amplia exposición pretendió puntualizar lo que debería entenderse por este derecho.

Ortiz Tejeda priísta empieza por hacer de la información, conforme la teoría marxista, un instrumento de dominio y opresión, determinado por intereses clasistas que responden siempre a los de quien detenta los medios de comunicación. Por tanto, dice debe concebirse en el contexto de la "verdadera, la única y real contienda: la lucha de clases". Luego inicia un galimatías en donde empieza por afirmar que la información es "un derecho fundamental de la persona", para, luego, declarar que el derecho a la información es de la sociedad, es un derecho social.¹⁰

Mientras la frase ya señalada no tuvo más consecuencia que las prerrogativas que se otorgaron a los partidos políticos en el contexto de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales en sus artículos 48 y 49, la adición no inquietó a la sociedad mexicana. Fue hasta que el licenciado Jesús Reyes Heróles anunció ante los radiodifusores del país la inminente reglamentación de este derecho, cuando se abrió un debate nacional sobre el mismo.

Se intentó en primer lugar, que la discusión sobre el tema se hiciera en el seno de la Comisión Federal Electoral, idea que fue rechazada por la mayoría, considerando que dicho cuerpo carecía de facultades para conocer el tema. La renuncia del licenciado Reyes Heróles a la Secretaría de Gobernación facilitó las cosas, pues rápidamente se produjo el olvido sobre el tema. Sin embargo, en 1979 el licenciado Luis M. Farías, líder de la mayoría en la Cámara de Diputados, propuso se abrieran una serie de audiencias públicas para analizar la naturaleza de ese derecho. Este debate continúa abierto pues la Cámara nunca llegó a una conclusión definitiva y las ponencias, lejos de aclarar el tema, lo volvieron más confuso, tanto por la superficialidad de muchas exposiciones, como por las dificultades conceptuales y prácticas que la frase aludida planteaba. La diversidad de criterios se manifestó también en diferentes voceros del sector público.

Uno de los problemas radica en el herencia liberal de la Constitución de 1917, que fue determinante para que se incluyeran en el primer capítulo de la Carta Fundamental, las garantías individuales como salvaguarda de los derechos fundamentales y la protección de su ejercicio. Cabe anotar aquí de entrada, que dígase lo que se diga, el Constituyen-

⁹ *Ibid.*, pp. 64 y 65.

¹⁰ *Cfr. Ibid.*, pp. 66 a 72

te de 1917 no pretendió crear derechos, sino la garantía de los mismos, tal como han señalado nuestros tribunales. Por tanto, es falsa la tesis que dice que el artículo 1o. otorga derechos y que, por tanto, no existen derechos anteriores y superiores a los concedidos por la sociedad.¹¹

Por lo tanto, los artículos 6o. y 7o., en los que se plantean las libertades de expresión y de prensa, pretenden garantizar el derecho a las libertades de, en tanto que la adición del Presidente López Portillo es un cambio radical, pues no pretende garantizar la libertad, sino la información misma.

Esto nos lleva, de entrada, al extendido problema de la confusión entre libertad y derecho. Para el individualismo, la libertad implica un acto de abstención del Estado; en cambio, para los colectivistas, la libertad "socializada" abarca derechos de la colectividad y no del hombre, por lo que demanda la intervención del Estado. Se trata de un malabarismo intelectual que justifica el traslado del centro de gravedad de la libertad de lo individual a lo social, como ocurre con Jesús Reyes Heróles.¹² Es así como el derecho a la información empieza a interpretarse como un "derecho social".

Nos encontramos, de pronto, como ha anotado Ignacio Burgoa, con que un artículo que pretende garantizar un derecho individual, la libertad de expresión, agrega simultáneamente una garantía social que implicaría una contradicción, pues mientras la primera establece un límite a la acción gubernamental, la nueva adición sustenta una intervención de la autoridad en el círculo de las relaciones privadas, para dominar en el futuro la vida de las personas.¹³

No sólo entrarían en conflicto las diversas expresiones y contenidos del artículo 6o., sino que al aplicarse a los medios de comunicación choca con lo señalado en el artículo 7o. Las garantías individuales aludidas establecen las libertades para expresarse y publicar, lo mismo por escrito que a través de otros medios. La garantía social, en cambio, implicaría a la facultad de utilizar la ley "como instrumento para obligar o para prohibir, para convenir o para autorizar, para concertar, o para estimular, o para tantas cosas", según expresión del licenciado López Portillo.¹⁴

¹¹ *Cfr.* Tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Informe 1978, pp. 95 y 98.

¹² Reyes Heróles, Jesús, *Discurso ante la Cámara Nacional de la Industria del Radio y la Televisión*, el 3 de octubre de 1978.

¹³ *Cfr.* Burgoa, Ignacio, (México, Porrúa, 1979, Decimasegunda Edición), pp. 688 a 698.

¹⁴ *Conferencia de Prensa* del 19 de junio de 1976.

Hay, pues, diferentes concepciones jurídicas que, por el momento no parecen conciliables.

La determinación de quién es el sujeto de este derecho no es menos dificultosa que lo anteriormente señalado.

Para Jesús Reyes Heróles —autor de la iniciativa que reformó la Constitución— se trata de un derecho de la sociedad frente al Estado y de la sociedad frente a todo ser humano, y a la inversa, del hombre frente a la sociedad. Es, dice, un derecho correlativo al de la libertad de expresión.¹⁵

Sin embargo, su sucesor, Enrique Olivares Santana, afirmaba ante el mismo auditorio de radiodifusores, una nueva versión. Se trata, dijo, de "una doble garantía constitucional: el derecho a informar, que constituye una garantía individual... y el derecho a ser informado, como garantía social..."¹⁶

Esta confusión, fundamental, fue reconocida implícitamente por Luis M. Fariás, en los términos con que en 1979 propuso a la Cámara de Diputados la realización de las audiencias públicas necesarias para debatir este tema ante una comisión especial. Entonces afirmó que debemos reconocer, sin embargo, que ha quedado no sólo sin reglamentación, sino aun sin definición lo que es ese nobilísimo derecho en el texto constitucional".

No sólo está pendiente de definir en qué consiste dicho derecho, sino, también, quién es su titular: la sociedad o las personas. Mi punto de vista es que se trata de un derecho humano fundamental y universal, cuyo titular son las personas, no la sociedad.

Si los hombres son los sujetos de este derecho, nos encontramos, entonces, ante una acción individual que deben realizar los particulares, aunque para ello tengan que organizar medios subsidiarios que los complementen y amplíen las fronteras de la información posible y concreta a la cual pueden acceder. No es, por tanto, un servicio público como pretenden algunos. En todo caso, los medios de comunicación dan un servicio al público.

Tampoco se ha definido cuál es el objeto de este derecho. ¿Acaso son los debates políticos de los partidos, su ideología, sus acciones o sus puntos de vista? ¿Son los hechos, las ideas y las opiniones? Todo queda sin respuesta. No hay punto de referencia, a menos que quera-

¹⁵ Discurso del 3 de octubre de 1978.

¹⁶ Olivares Santana, Enrique, *Discurso en la Cámara Nacional de la Industria del Radio y la Televisión*, el 7 de junio de 1979.

mos hacer de la información, como Ortiz Tejeda y Armando Mattelart, un instrumento de la lucha de clases y de la revolución.¹⁷

Finalmente queda por definir y señalar el contenido de este derecho.

Ni la legislación ni los aportes de los mexicanos han logrado profundizar y dar solidez a este derecho que, sin duda, aparece fuera de contexto y como un parche en nuestra Constitución. Por ello, Ignacio Burgoa ha sugerido que mejor se le tome como una expresión declarativa y se olvide el intento de reglamentar el derecho a la información.

Traducir el derecho a la información en derecho de la información no es tarea fácil, ni por la indeterminación conceptual del mismo, así como de sus consecuencias, ni por la cobertura que debería abarcar una legislación que pretendiera agotar el tema. Se corre el peligro de terminar por reducir este derecho y caer en una casuística aberrante, por un lado e insuficiente por otro.

La profesión jurídica del Derecho a la información en México implica una reforma constitucional para dar coherencia y unidad a los artículos 6o. y 7o.

Por otra parte, no se trataría de reglamentar el derecho a la información en cuanto tal, sino de buscar formas jurídicas que lo hagan posible. El ideal es alcanzar la justicia en los actos informativos, en donde la ley aparezca como un instrumento auxiliar en la realización de lo que acertadamente se ha denominado la "justicia informativa".

Hay que salvar, también la innegable tentación de utilizar la ley contra la información, limitándola o impidiéndola. El derecho de la información en cuanto tal, sino de buscar formas jurídicas que lo hagan trario. Sin embargo, mucho me temo que la idea de convertir a este derecho en social, para entrometer al Estado en este asunto —y sin duda nuestros gobernantes sienten que ellos son el Estado—, esconde propósitos de control, ampliando los que ya en la práctica operan, a pesar de la formal consagración de un sistema de libertades.

Existe, sin duda, un reto. La visión de la información como un derecho, más que una libertad, aunque la implique, abre amplios horizontes enriquecedores de la relación informativa. Sin embargo, se impone la prudencia en la búsqueda del punto de vista. Recordemos los riesgos que representa el monopolio de un partido político como detentador de las fuentes formales del derecho.

Es necesario evitar, además, una enumeración infinita de situaciones que no abarcarían las variables de un proceso tan dinámico como es la

¹⁷ Cfr. Mattelart, Armand, *La Comunicación Masiva en el Proceso de Liberación*, (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Argentina Editores, S. A., 1976).

información misma, porque, como ha advertido Juan Benyto, son diversas las esferas de responsabilidad en el acto informativo: "Hay una responsabilidad moral que encuentra encuadramiento en la ética profesional, y una responsabilidad jurídica que la ley atiende de un modo objetivo tomando en cuenta la culpa posible".¹⁸

Eventos como éste son necesarios para abordar un tema tan complejo y ambicioso como apasionante. Los investigadores, juristas e informadores, debemos trabajar juntos para distinguir unas responsabilidades de otras y evitar que la ley pretenda juzgar la responsabilidad ética o política, pues de lo contrario daríamos cabida al estado totalitario.

Lo he dicho antes y lo reitero ahora. Para alcanzar un desarrollo jurídico del derecho a la información, o sea un derecho de la información, necesitamos una evolución prudente, gradual, abierta, flexible y general, a partir de la legislación vigente. Distinguir libertad y derecho, entendiendo la primera como condición para el ejercicio del segundo.

Requerimos estructuras jurídicas

basadas en el principio de subsidiariedad, por el cual lo que por sí solo el individuo no alcanza, lo va logrando en comunidad a través de distintos cuerpos sociales, de menor a mayor, hasta alcanzar los coronamientos del Estado, e incluso en cierto modo, de la comunidad de Estados. Sin que el superior ahogue la justa libertad de los inferiores sino que la estimule, complete y armonice,

como ha señalado el tratadista Juan Vallet de Goytisolo.¹⁹

Este desarrollo requiere una incursión seria en el camino del autocontrol informativo, que nos permita de manera simultánea, por un lado, profundizar en la naturaleza del acto informativo, y por otro, en el estudio e implicaciones del derecho a la información y, finalmente, en el desarrollo de actos informativos justos para contraponerlos a los injustos. En este terreno los códigos de ética profesional son un importante auxiliar, pues no sólo actúan como norma de conducta profesional, sino que se pueden traducir en norma de la profesión misma, con expresiones sociales.

Estos códigos de ética son valiosos auxiliares en la documentación de los derechos y deberes de los titulares del derecho a la información

¹⁸ Beneyto, Juan, *Ordenamiento Jurídico de la Información* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961), p. 272.

¹⁹ Vallet de Goytisolo, Juan, *Algo sobre temas de hoy* (Madrid, Speiro, 1972), p. 62.

y de las relaciones informativas que generan. Se convierten además, en una normativa procesal o sustantiva, nacida "praeter legem", al margen de la ley, pero no contra la ley, enriqueciendo un derecho profesional. De esta manera, estos códigos y su aplicación se convierten en fuente creadora de derecho, como ha señalado el profesor Desantes.²⁰

Hay que recordar lo dicho por el jurista Enrique Álvarez del Castillo:

Es fundamental colocar al hombre, en toda su dignidad, por encima y como rector de tales realidades, no podemos permitir que se impongan y esclavicen al hombre. Solo el derecho es capaz de imponer la conducta debida. De ahí pues la necesidad de reconocer que el derecho es más grande que las fuentes formales del derecho y, consecuentemente, que el derecho no puede constreñirse a la actividad formalmente legislativa del estado, porque el derecho es también más amplio que las normas positivas del derecho y, en todo caso, se encuentra obligado a sancionarlo. Es evidente, además, que las relaciones sociales en general, y las relaciones de las clases sociales internas y externas, en particular, constituyen la génesis del derecho. Inclusive la mayor parte de las veces, tales relaciones contienen en sí mismas su propio proceso de reglamentación. El derecho positivo se formaliza cuando las relaciones sociales adquieren coherencia, objetividad, generalidad y conciencia ideológica.²¹

Queda pues, pendiente, ante las contradicciones e indefiniciones de nuestros ordenamientos jurídicos, la clarificación del Derecho a la Información en nuestro orden constitucional. Recordemos que, mientras tanto, han surgido intentos por limitar la información mediante la ley, como ocurrió con las reformas a los códigos Penal y Civil de 1982. En el primero, con la frustrada intención de establecer el delito de "deslealtad", que haría imposible la investigación y divulgación de la realidad en la Administración Pública, y, en el segundo, el delito de daño moral, con el cual se quería anular la crítica y la disidencia. Ciertamente el derecho demanda el auxilio del poder para imponer lo justo coactivamente, para impedir el desorden y la anarquía. Pero también requerimos el orden del amor, para impedir que sea arbitrario y destruya a la persona, masificándola. Sólo de esta manera y más allá de la ley, podremos hacer del Derecho el arte de lo bueno y de lo justo, como un modo de ser de todos y no sólo en tanto expresión escrita, pero inaplicada.

²⁰ Desantes, José María, *El Autocontrol de la Actividad Informativa*, (Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1973), p. 21.

²¹ Cámara de Diputados, L. Legislatura, *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano* (México, Manuel Porria, 1979), Tomo I, pp. 119 y 120.

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN AMÉRICA LATINA *

Héctor DÁVALOS HENRÍQUEZ
(México)

Con la única excepción de Cuba, todas las Repúblicas americanas —cualquiera que haya sido su antecedente colonizador— proclaman en sus respectivas Constituciones la Libertad de Prensa.

El origen de esta declaración constitucional para proteger la facultad de toda persona física o moral de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, es común. De la declaración de derechos del Estado de Virginia (artículo 12) sobre la libertad de prensa, hay un paso muy breve a la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 de los revolucionarios franceses, (artículo 11) que luego remacha la Primera enmienda de la legislatura norteamericana que establece que "El Congreso no aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa" y que revalida para los reinos del imperio español la Constitución de Cádiz de 1812 garantizando la libertad de prensa y prohibiendo la censura previa (artículo 131 fracción XXIV y 371).

Cupo a la República de Haití el honor de ser el primer país del Nuevo Mundo que protege esta libertad ciudadana en su Carta Constitucional de 1806 (la tercera en la historia del país), que en su artículo 26 reconoce ampliamente la libertad de expresión.

Este origen histórico común de las Constituciones americanas, especialmente en las llamadas garantías individuales o personales, explica la similitud del contenido de sus textos. Todas ellas proclaman: a) la inviolabilidad de la libertad de pensar, escribir y publicar; b) la prohibición de la censura previa y c) las limitaciones a dicha libertad, también coincidentemente son de tres clases: I. Para defender la seguridad e integridad del Estado. II. Para preservar la moral y las buenas costumbres y, III. Para proteger el honor, buena fama y la intimidad de los particulares.

* Verdadas en el *Seminario de Derecho de la Información*, cit., el 9 de abril de 1987.

En algunas constituciones, la mexicana entre ellas, se establece adicionalmente la inembargabilidad de las imprentas como instrumento de los delitos llamados de prensa, así como la inimputabilidad de esos mismos delitos a los obreros de los talleres de imprenta y a los distribuidores de las publicaciones.

Después de casi un siglo en que la agitada historia de nuestras repúblicas modifica, en ocasiones substancialmente, la trayectoria de la prensa libre y de su régimen jurídico, todos sus gobiernos coinciden nuevamente en una declaración en la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y la Paz, celebrada aquí en México en 1945. En este instrumento internacional, llamado también Carta de Chapultepec, se asienta la recomendación de que las repúblicas del Continente "reconozcan la obligación esencial que tienen de garantizar a sus pueblos el acceso libre e imparcial a las fuentes de información" y que "al aceptar el principio del libre acceso de todos a las fuentes, hagan todo lo posible para lograr que, al organizarse un orden jurídico en el mundo, se establezca el principio de la libre transmisión y recepción de informaciones, de palabra o por escrito, publicadas en el libro o en la prensa, difundidas por la radio o divulgadas por cualquier otro medio, bajo la debida responsabilidad y sin necesidad de previa censura..."

No escapará a la percepción del ilustrado auditorio que en la Declaración de Chapultepec se estaba sembrando la semilla de lo que posteriormente se ha llamado Derecho a la Información, cuyo contenido trasciende a la mera garantía de poder pensar, escribir y publicar libremente, porque como se verá a continuación, el Derecho a la Información, según precisa la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en la llamada Carta de San José, artículo 13 y que en buena parte se basa en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, comprende en realidad siete derechos: a) a no ser molestado a causa de las opiniones, b) a investigar informaciones, c) a investigar opiniones, d) a recibir informaciones, e) a recibir opiniones, f) a difundir informaciones y, g) a difundir opiniones.

Como contrapartida de este derecho individual de todos los ciudadanos de los países signatarios, los gobiernos están obligados no sólo a respetar esos derechos, sino además, a crear las condiciones necesarias para que esas libertades puedan ejercitarse.

Citábamos al iniciar esta charla la excepcional posición de la nueva Constitución de Cuba, ante este derecho a la información y a la salvaguarda de los de libertad de pensamiento, prensa y expresión.

El artículo 52 de la Constitución de la República de Cuba establece que "se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y de prensa; sin embargo, siguiendo modelo soviético, condiciona el reconocimiento de ambas libertades a que se ejerciten "conforme a los fines de la sociedad socialista", lo cual constituye en el fondo la negación de ambas libertades porque en su esencia ambas surgen de la libertad de disentir y si la ley suprema establece que no es posible pensar y expresarse si no es dentro del cartabón de la sociedad socialista, no hay tampoco posibilidad de pensar y expresarse de diferente manera, esto es: de disentir.

Para que no quepa duda alguna de su limitante, el propio artículo 52 en su parte final señala que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva, son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada.

Cierra el cerco sobre las libertades de prensa, información y opinión en Cuba el artículo 108 del Código Penal Cubano que impone sanciones de cárcel a: I. Quienes inciten contra el orden social, la solidaridad internacional o el Estado socialista mediante la propaganda oral o escrita o en cualquier otra forma. II. A quien confeccione, distribuya o posea propaganda de dicho carácter y, III. Al que difunda noticias falsas o predicciones maliciosas tendentes a causar alarma o descontento en la población o desorden público. Los anteriores delitos se agravan si para su ejecución se utilizan medios de comunicación masiva y también hay sanciones para quienes permitan la utilización de esos medios, a los que se considera como coautores de los anteriores delitos.

Para la mejor comprensión del estado que guarda la tutela jurídica al derecho de información y a las libertades de pensamiento, expresión y publicación, debemos fijar algunos parámetros. Hay países en donde para imponer controles sobre los medios de comunicación y hacer nugatorios los derechos de los ciudadanos a informarse, opinar y transmitir informaciones y opiniones libremente a sus semejantes, los gobiernos han creado estados jurídicos de excepción como es el caso de Chile, Nicaragua, Surinam Haití (hasta la vigencia de la recién votada Constitución) y Paraguay. Hay otros, en que la garantía legal al derecho de información y a las libertades inherentes está vigente, pero existe una proliferación de controles de los medios de comunicación que en ocasiones equivale al desconocimiento de esas garantías jurídicas. El catálogo de ese tipo de "censura indirecta" como ha dado llamarse, es amplio y variado. En éste deben incluirse las amenazas de represalias oficiales bajo leyes nacionales de seguridad o códigos de prensa punitivos, las amenazas de retirar los derechos de publicación o transmisión

o los regímenes legales de concesión o licencia previa para la operación de los medios de comunicación; las presiones gubernamentales sobre las facilidades de telecomunicación de los medios, sobre la distribución o producción de materias primas o insumos indispensables como el papel para periódicos o sobre la concesión de permisos y divisas extranjeras para la adquisición de esos mismos insumos, refacciones o equipo; la distribución de los anuncios oficiales de manera discriminatoria para los medios que no son adictos, rehúsan el sometimiento u observan una actitud crítica. El catálogo se ha enriquecido con nuevas medidas de control que han aplicado algunos gobiernos bajo la capa de que están cumpliendo con el "Nuevo Orden Informativo Mundial", promovido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (UNESCO), entre las que se cuentan la llamada colegiación forzosa de los periodistas o requisitos previos insalvables como la obtención de permisos oficiales para el ejercicio individual del periodismo o la pertenencia a una agrupación profesional; el registro de periodistas extranjeros, la necesaria obtención de permisos, documentación para el viaje a determinadas zonas o el acceso a determinadas fuentes de información en países donde hay violencia generalizada bajo el pretexto de la protección de los propios profesionales de los medios de comunicación, asimismo otras legislaturas nacionales amenazan con legislar sobre el impreciso derecho de rectificación o réplica sin tomar en cuenta los argumentos de los profesionales de la comunicación. Todo ello equivale a la restricción del derecho a la información y a la compulsión de las libertades de opinión, publicación y expresión, hechos inicuos de cuya comisión no hay gobierno en este continente, no importa cuán democrático sea, que esté libre de reproche.

Volvamos al examen de lo que ocurre en los países en donde las leyes de excepción han dejado sin vigencia el derecho de información y la garantía de las libertades de opinión, expresión y publicación. En Paraguay, sin duda la dictadura más antigua del Continente, el gobierno ha implantado el Estado de Emergencia y la suspensión de garantías desde 1954. Cada seis meses, para guardar la forma de la limitación temporal al imperio de la Constitución, el Ejecutivo envía al Congreso nuevos decretos que prorrogan el estado de emergencia, la suspensión de las garantías constitucionales y le permiten imponer su voluntad de manera autocrática. Ha sido de esta manera como cerró hace tres años el único periódico diario independiente, el ABC-Color, de Asunción, que fue "clausurado indefinidamente por una orden administrativa, contra la que no existe ningún recurso legal, ya que aun la Corte Suprema

de la Nación se declaró incompetente para intervenir en un juicio de garantías constitucional promovido por los editores del diario. El acosamiento contra otros medios de comunicación no adictos al régimen, los ha llevado al cierre, se trata de la Radio Caritas y Radio Ñanduti, con lo que en el país no existe ya periódico, radioemisora o televisora alguna que no sea del gobierno.

Algo similar ocurre en Surinam, en donde el único periódico no oficial fue cerrado hace dos años; en Nicaragua tras de la vigencia por tres años de una ley de emergencia que impuso la censura previa al diario La Prensa de Managua, con base en esa misma ley se decretó administrativamente su clausura por tiempo indefinido. El 10 de enero de este año, el régimen sandinista promulgó una nueva Constitución Política, uno de cuyos artículos garantiza la libertad de prensa y prohíbe la censura previa. Pocas horas después de que se promulgó la Carta Magna el presidente Ortega emitió un nuevo decreto que extiende por un año más la vieja ley de emergencia que deja sin vigencia las garantías y derechos básicos de los ciudadanos. En ese breve paréntesis de vigencia constitucional, los editores de La Prensa, quisieron volver a publicar el diario, pero la Dirección de Comunicación del Ministerio del Interior se opuso a ello aduciendo que "por orden superior", la edición del rotativo sigue suspendida.

En Haití, hasta hace algunas semanas estaban todavía vigentes leyes reglamentarias restrictivas de la garantía constitucional de las libertades de prensa y expresión. Cuanto recurso legal se interpuso en contra de esta aberración jurídica, fue desechado sin explicación. Existen leves esperanzas de que la situación mejore paulatinamente conforme se promulgue la nueva Constitución, que fue refrendada por toda la ciudadanía el antepasado domingo.

En Chile, desde 1973 impera un Estado de Excepción que en tres o cuatro ocasiones se ha reforzado con la imposición de un Estado de Emergencia y una Emergencia militar, para dejar sin efecto la vigencia de la Constitución y de la vida institucional. Se han clausurado publicaciones, se ha llevado a juicio ante tribunales castrenses a periodistas, se ha sometido a los medios a censura previa y rigen decretos militares que impiden que se difundan informaciones sobre actividades de partidos políticos no autorizados o sobre hechos de violencia política o de terrorismo. El gobierno mantiene una ley que le da derecho a otorgar o negar el permiso a nuevas publicaciones o radiodifusoras y a dictar órdenes de clausura en contra de otras, por violaciones a las ordenanzas militares del estado de excepción.

Recientemente se han registrado dos hechos positivos; el primero fue el levantamiento de la orden de clausura en contra de cinco publicaciones, el otro es la autorización para que se edite el diario independiente La Época, que ya está en circulación, y otra autorización para el diario Fortín Mapocho que, después de tres años de lucha ante los tribunales, obtuvo la protección legal en contra de la orden castrense de imponer su circulación.

De subterfugios legales similares se valieron los regímenes castrenses que gobernaron recientemente en Argentina, Uruguay y Brasil. Afortunadamente en esos países se ha restablecido la vigencia constitucional, aunque también es cierto que en los dos primeros países no han sido abolidas las leyes y decretos opresivos que no tienen aplicación pero permanecen vigentes.

Quiero mencionar a ustedes un caso ya resuelto, pero que significa una innovación en el catálogo de ataques al derecho de información. Se trata de la implantación en el Perú del plan Inca, complicado programa calendario de nacionalizaciones que incluía los medios de comunicación. El plan que instrumentó el presidente Velasco Alvarado en 1974 tuvo como punto de partida un decreto de "incautación por causas de utilidad pública" de ocho diarios de la ciudad de Lima de propiedad particular. Otros fundamentos legales de la medida lo fueron la ley de Prensa de 1969; la ley de Industrias y la Ley del Periodista de 1970; la ley general de Telecomunicaciones de 1971 y una nueva Ley de Prensa de 1974.

Esta ley establecía que solamente podía ejercerse la crítica en los medios de comunicación masiva "de acuerdo a puntos de vista ideológicos comprendidos dentro de los parámetros de la revolución peruana". Comentan los periodistas peruanos que vivieron ese momento, que la etiqueta de prensa parametrada, no tardó en constituirse en la burla favorita del público.

El gobierno militar además invocó el apoyo teórico del modelo de comunicación de los estudios de UNESCO para justificar la medida.

El decreto expropiatorio de los ocho periódicos estableció que éstos deberían entregarse a "los sectores organizados de la sociedad" y que hasta que dichos sectores no estuvieran organizados, el gobierno actuaría en substitución de los mismos. Fue así como El Comercio y su filial vespertino, pararon en manos de los campesinos; La Prensa fue entregada a las organizaciones obreras; El Correo a las asociaciones de profesionistas; Ojo a los trabajadores de "la cultura y las bellas artes"; Última Hora a los sindicatos de empleados de la Banca, el Comercio y

la Hotelería; Expreso y Extra, a los maestros. El decreto no incluyó a la prensa no diaria ni a la que se publicaba fuera de Lima y cuya circulación no llegaba a los 20 mil ejemplares.

Algunos años antes las empresas emisoras de radio y televisión ya habían sido declaradas para los efectos legales "empresas asociadas del Estado".

El fracaso del plan nacionalizador de los medios de comunicación fue estrepitoso. Los periódicos manejados por los sectores sociales fueron a la quiebra y para salvarlos el gobierno tuvo que subsidiarlos. Finalmente, casi diez años después del expolio, fueron restituidos a sus legítimos propietarios.

La costosa experiencia peruana ha dejado en claro que el afán de los gobiernos populistas de segmentar la sociedad y los intereses del público por decreto, no es factible. Tampoco lo es crear publicaciones si no obedecen a los requerimientos de una auténtica pluralidad.

Habíamos señalado anteriormente que en el Continente, el llamado Nuevo Orden Mundial de la Información propuesto por UNESCO, ha dado base a los gobiernos de casi todos los países, incluso aquellos de auténtica tradición democrática, para que experimente nuevas argucias para controlar a los medios de información.

Sin entrar a analizar el fondo de las políticas derivadas de ese Nuevo Orden, quisiera solamente asentar que el examen del desequilibrio informativo realizado por los técnicos de UNESCO y de manera muy especial por la llamada Comisión McBride es profundo y su diagnóstico en lo general es acertado. En cambio, sus conclusiones, las soluciones propuestas, son discutibles en su mayoría y algunas francamente inaceptables desde la posición de quienes propugnamos por la defensa de los Derechos Humanos.

Una de las derivaciones de ese Nuevo Orden Informativo de UNESCO es la creación de agencias informativas internacionales, tras de las cuales están abierta o solapadamente algunos de los gobiernos de la región. El rechazo por parte de los medios de comunicación independientes a estos servicios, ha sido generalizado. Tales agencias informativas no han podido convencer a los posibles suscriptores de que en el material que se proporcione habrá una perfecta distinción entre lo que es mera información y lo que es publicidad y propaganda de los Estados que financian el proyecto. De continuar el rechazo, el fracaso de las agencias oficiales de información es de esperarse. Lo que habría de temerse es que algunos gobiernos ante esta situación prohibieran u obstaculizaran la operación de las agencias noticiosas independientes o que

declararan obligatorio el uso de material de las entidades gubernamentales por parte de todos los medios o de alguna otra manera presionen a éstos para la utilización de los repudiados servicios.

Quizá uno de los cargos más graves que puedan hacerse a los documentos que propugnan el Nuevo Orden Mundial de Información es la ambigüedad de sus términos que se prestan a arbitrarias interpretaciones de los gobiernos miembros de UNESCO. Un ejemplo de ello es la exégesis que han realizado varios y que ha traído como consecuencia la proliferación de leyes que determinan la forzosa inscripción a un colegio o agrupación profesional o la obtención de una licencia oficial para el ejercicio profesional del periodismo.

Actualmente existen leyes que vuelven obligatoria la colegiación de los periodistas en Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

El tribunal supremo de la República Dominicana en la última semana del presente mes, habrá de dictar sentencia en un recurso presentado por los propietarios y editores de ese país en el que solicitan se declare la inconstitucionalidad de la ley de Colegiación, ya que es opuesta a las garantías de libertad de prensa y de asociación que garantiza la Carta Magna de la República.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, con fecha 15 de noviembre de 1985, emitió una opinión unánime en el sentido de que "la colegiación obligatoria de periodistas en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta opinión fue solicitada por el gobierno de Costa Rica para justificar la validez de la ley número 44220 de 22 de septiembre de 1969, llamada también Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica.

De entre las consideraciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quisiera destacar tres de ellas que seguramente formarán la doctrina jurídica de los países del Continente sobre los Colegios de Periodistas y sobre el Derecho de Información: La primera de ellas asienta que "el ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión; el periodista profesional no es, ni puede ser otra cosa, que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado".

La segunda es que "las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones, no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente en perjuicio de los no colegiados el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta".

La tercera consideración y no menos importante, es que los argumentos acerca de que "la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales y que tienen su fundamento en la consecución del bien común no son de atenderse, porque el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho de la expresión lo que la favorece"; por ello, concluye "resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto".

Motivo de futuros y largos debates serán seguramente las leyes que se están promoviendo en algunos países, Argentina el primero de ellos, para garantizar el llamado derecho de Réplica.

El artículo 14 de la Declaración de San José señala que "toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión... tiene derecho a efectuar por el mismo medio de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

No debe soslayarse que este artículo pretende garantizar el derecho a la buena fama y el derecho de disentir de todo ser humano. Sin embargo resulta atemorizador que las primeras leyes que se han dictado sobre la materia no han hecho la distinción jurídica entre lo que es la réplica, rectificación o respuesta. Algunos instrumentos legales como la llamada Ley de Prensa, de México, de abril de 1917, en su artículo 27 establece la obligación de los periódicos a publicar gratuitamente las respuestas no sólo de los que resultan ofendidos por una publicación sino aun los que se sienten "aludidos" lo cual es un evidente exceso.

Tengo el sincero convencimiento de que los lectores de periódicos tienen las armas para defenderse solos y eficazmente de la prensa que miente o que le ofende. El castigo para el periódico que no satisface los requerimientos del lector es el repudio.

El juicio, la sentencia condenatoria y su ejecución, son sumarísimas. El lector al decidir no comprar un periódico se convierte en ofendido, juez y verdugo y no requiere de ayuda para desempeñar esos tres papeles en defensa de sus intereses.

Comentario aparte merece cuanto se haga por la protección de la honra, el buen nombre y el uso de la imagen de las personas. Como hombre de derecho, debo considerar muy conveniente cuanto se haga en ese sentido; sin embargo no puedo dejar de anotar que en la vida real, la protección de la intimidad y la buena fama han sido invocados frivolamente por personas que habitualmente viven del escándalo o llevan una vida en la que es punto menos que imposible hacer una separación entre lo que se considera de dominio público y lo que es el círculo de la intimidad, que debe ser protegida de la intromisión.

Cito como antecedente doctrinario la decisión del magistrado juez del Juzgado de primera instancia número 14 de la ciudad de Madrid, de fecha 30 de julio de 1986 que desestimó la demanda presentada por María del Mar Martínez Bordiu, nieta del generalísimo Francisco Franco, en contra de la publicación semanal "La Revista" a la que acusó, invocando en su protección la Ley Orgánica 1/82, de supuesta lesión a su honor, intimidad y propia imagen. El juzgador sentó la tesis de que "el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen dependen también de la actitud del personaje".

Quedaría igualmente por resolver en las futuras legislaciones sobre este derecho a la intimidad, al buen nombre y a la réplica, el alcance del mismo en el caso de los funcionarios que han sido criticados con motivo del desempeño de sus tareas específicas. Una sobreprotección resultaría de funestas consecuencias para el ejercicio del derecho a la información.

No quisiera concluir esta plática sin llamar la atención de todos ustedes del peligro que entraña en contra del Derecho de Información la existencia de limitantes tan imprecisos que existen en todas las legislaciones de los países del Continente como los del "Orden Público", "Moral Pública", "Buenas Costumbres", "Honor", "Buena Fama" y que han sido ya frecuentemente utilizadas por los gobiernos para amedrentar a los medios de comunicación.

Hay una dificultad intrínseca para la fijación de los límites de esos conceptos, porque se basan en apreciaciones que cambian con el tiempo, con la circunstancia geográfica y por la dinámica diferente de cada una de las sociedades.

Los regímenes castrenses de facto que gobernaron Brasil recientemente, invocaron para imponer la censura a muchos medios razones de índole moral.

Otra limitante que amenaza al ejercicio de la libertad de información en el Continente es el marbete de "Información Secreta" que se impone a datos, cifras y aun a decisiones para vedar el acceso a ellos de los ciudadanos. El primer punto de mi crítica se endereza hacia quien legítimamente debe determinar la calidad de "secreto" de documentos o informes para abstraerlos al dominio público, la segunda, qué condiciones de espacio y tiempo deben limitar ese acceso general y cuáles son los requisitos generales e invariables que deben observarse antes de hacer tal declaratoria. A este respecto la Suprema Corte de los Estados Unidos falló en el caso llamado del Informe MacNamara, relativa a documentos del Pentágono, que "el periodo del secreto no es absoluto, por el contrario, debe determinarse y pasado cierto tiempo, los documentos que en algún momento se consideraron secretos deben conocerse públicamente".

La libertad de información sigue siendo compulsada frecuentemente en el Continente. Su imperio continúa siendo una gran esperanza para todos los individuos. Alcanzarlo y cimentarlo es un reto al que nos enfrentamos todos. No existe sino un sólo camino para hacerlo, garantizar mediante leyes protectoras y ejercerlo con una actitud crítica, auto-crítica y permanentemente vigilante.

Más grave aún que el silenciamiento de los medios por la clausura o la censura, que el sometimiento de los mismos mediante las presiones legales, administrativas o económicas, son las situaciones de hecho deleznable, como es el asesinato de periodistas, que se han multiplicado en los últimos meses en varios países, entre ellos Chile, Colombia y México. La impunidad de esos crímenes, por la ineficacia y complicidad de las autoridades, es un estímulo a que se sigan perpetrando. El repudio general a los autores y la condena a quienes los soslayan o protegen es el arma más eficaz para comenzar a combatirlos.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS *

José Ma. DESANTES-GUANTER
(España)

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Origen histórico.* III. *Naturaleza jurídica.* IV. *Denominaciones.* V. *Enumeración abierta.* VI. *Carácter jurídico.* VII. *Protección.* VIII. *El problema de la libertad.* IX. *Significado de una confrontación.* X. *Reconstrucción del grupo normativo fundamental de los derechos humanos.* XI. *Los derechos humanos, ilimitables por la ley positiva.* XII. *La coordinación de los derechos humanos.* XIII. *El principio de personalidad.* XIV. *El principio de comunidad.* XV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Un tema de derechos humanos ha de tratarse con unos claros presupuestos doctrinales; no puede abordarse desde una posición neutral, que resultaría objetivamente ficticia. Todos los elementos caracterizadores de tales derechos, desde su nomenclatura hasta su fundamentación, están condicionados por unas ideologías subyacentes que hacen expresar conceptos iguales con palabras distintas y categorías diversas con vocablos idénticos.¹ La confusión es una nota dominante de su teoría y su práctica en el momento actual. Nadie niega hoy los derechos humanos; pero cada autor los entiende a su modo. En las declaraciones, pactos, tratados o constituciones están presentes; y, sin embargo, la aplicación

* Estudio presentado en el *Seminario del Derecho de la Información*, cit., el 6 de abril de 1987.

¹ "Tanto se ha escrito en los últimos tiempos sobre los derechos humanos, que debe uno preguntarse si cualquier otra cosa que se diga sobre ellos puede ser de alguna utilidad. Pero lo cierto es que, pese a la abundancia de materiales bibliográficos, las principales cuestiones teóricas y prácticas ligadas a la temática de los derechos humanos siguen abiertas, sin que sobre las mismas exista acuerdo pacífico de general aceptación". Pérez Luño, A. E., *Introducción* al volumen colectivo *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979, pág. 78. De aquí la "necesidad actual de la fundamentación" que defiende Herrera Flores, J., *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*, en "Revista de Estudios Políticos", 45, 1985, especialmente en pp. 191 a 193.

de sus normas constituye, a menudo, una flagrante violación de los mismos. La ineficacia total de los derechos proclamados se encuentra en demasiados ordenamientos estatales vigentes.² Para encontrar ejemplos de la desvirtuación de algunos de ellos, no es necesario salir de nuestras fronteras.³

El tratamiento de los derechos humanos, en su conjunto o de alguno en especial, requiere, para su completa clarificación, más que definir,⁴ definirse por alguna de las tendencias en liza, siempre que éstas sean consecuentes con sus principios y no intenten adoptar pretendidas posiciones sincréticas, imposibles entre ideas inconciliables.⁵

² La satisfacción de los derechos humanos "ofrece dificultades muy serias, debidas en gran parte al contraste entre la universalidad de tales derechos y el particularismo de las instituciones nacionales o locales en las que los Derechos se integran". Cassin, R., *Los derechos del hombre y el método comparado*, en "Información Jurídica", 298, 1968, pág. 77. El mismo Cassin, autor de la Declaración de 1948, se refiere, en la pág. 79 del trabajo, a la "dictadura del proletariado obrero y campesino de Rusia, a partir de 1917". La bibliografía acerca del tema es numerosa. Véase, como ejemplo, la que cito en mi libro *El autocontrol de la actividad informativa*, Madrid, 1973, págs. 22 y 23; y, en relación concreta con la Información, Revesz, L., *Ley y arbitrariedad en la prensa soviética*, Pamplona, 1977 y bibliografía que cita.

³ "Es la nuestra... una época en la que las declaraciones constitucionales de derechos y libertades, tanto las nuevas como las antiguas, son constantemente violadas". Duchacek, I. D., *Derechos y libertades en el mundo actual*, Madrid, 1976, pág. 15. Piénsese, entre nosotros, en la Ley de despenalización del aborto, con relación al derecho a la vida; en la LODE, con relación al derecho a la educación; en las disposiciones que han "expropiado" derechos adquiridos sin indemnización, como la rebaja de la edad de jubilación, la reducción o supresión de derechos pasivos, la desaparición de cuerpos de funcionarios, etcétera; sin contar desprecios más o menos a la información en el Estatuto de la RTVE, etcétera, etcétera. Acerca de la edad de graves al derecho a la intimidad y a la vida privada en las leyes fiscales, al derecho jubilación de los jueces, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986 y la acertada crítica de Garrido Falla, F., *Pero... ¿existen derechos adquiridos?*, en "ABC" del 31 de agosto de 1986, p. 43.

⁴ Aparte de que hay varias clases de definiciones, no todas fundamentantes, la definición viene a cerrar un concepto *hic et nunc*, lo que —como se verá en las páginas siguientes— no procede al tratar de los derechos humanos. Sobre la definición, véase Dubislav, W., *Die Definition*, 3ª ed., Leipzig, 1931, especialmente su primer capítulo; y mi libro *Fundamentos del Derecho de la Información*, Madrid, 1977, pp. 105-106.

⁵ Los autores sincréticos se titulan a sí mismos sostenedores de las "tesis realistas" por lo que hay que cuidar su caracterización y utilización, que no tiene nada que ver con el realismo clásico de los autores iusnaturalistas, ni con las actuales tendencias realistas de la Ciencia jurídica, especialmente alemanas, que fundan el Derecho en *Die natur der Sache*: véase los autores que cita Serrano Villafane, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Madrid, 1967, pp. 257 a 266. En la p. 265 cita las siguientes palabras de Villey "la naturaleza de las cosas constituye la fuente principal del Derecho".

II. ORIGEN HISTÓRICO

Los llamados derechos humanos, tal como aquí los vamos a entender,⁶ se encuentran en las obras precursoras de un conjunto de autores griegos y romanos que dejan preparadas, sin sospecharlo, las ideas que servirán de base a las construcciones cristianas.⁷ Porque la consideración de los hombres como hijos de Dios es el único soplo capaz de encender la llama en aquellos rescoldos y constituir la idea fundamentante de los derechos humanos.⁸ Naturalmente, las doctrinas agnósticas negarán esta génesis;⁹ que admiten, sin embargo, autores neutrales.¹⁰ Unos y otros datarán el origen de los derechos humanos en el iusnaturalismo racionalista, en la Ilustración y en los procesos revolucionarios. No se debe negar a cada uno de estos acontecimientos históricos su papel en la presencia actual de estos derechos y el impulso para su desa-

⁶ Veremos que se acepta esta denominación como coincidente y generalizada, siempre que se consideren como tales los derechos naturales. En conjunto es aplicable a los derechos naturales lo que afirma, con respecto al Derecho Natural, Pérez Luño, A. E., en su trabajo *El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje*, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, t. II, Valencia, 1977, pp. 187 y 205.

⁷ Cfr., Oestreich, G., *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlin, 1968, pp. 15 y ss.; Strauss, L., *Natural Right and History*, Chicago, 1953.

⁸ Además de ser el punto de vista que aquí se mantiene, véase Rommen, H., *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munich, 1947; Battaglia, F., *Estudios de teoría del Estado*, Bolonia, 1966, pp. 158 y ss.; Lanchance, L., *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, 1979, especialmente Prólogo y Capítulos IV y V; Cotta, S., *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, 1974, pp. 107 a 116. "Considerar lo religioso como incompatible con lo 'humano' resulta tan 'teocrático' como querer juridizar el propio credo sin argumento racional alguno". Ollero, A., *Para una teoría "jurídica" de los derechos humanos*, en "Revista de Estudios Políticos", 35, 1983, pp. 103 a 122. Hervada, X., en la *Introducción* al libro de Juan Pablo II, que se cita en la nota 13, desarrolla en profundidad la idea.

⁹ Por todos, Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, especialmente pp. 25 a 46.

¹⁰ Cfr., Rivero, J., *Les libertés publiques, 1. Les droits de l'homme*, Paris, 1973, pp. 10-11. Entre nosotros una figura tan poco sospechosa como Joaquín Costa dice: "El Derecho, que tiene su fundamento en Dios, según nos lo anticipa un piadoso presentimiento, por Dios ha sido y es declarado en perpetua revelación al hombre, en su razón, y solo cuando se ha desoído el dictamen de esta voz interior y se ha suplantado por individuales interpretaciones de otras creídas revelaciones, escritas o tradicionales, es cuando se ha caído en errores profundos, de los cuales no ha despertado la humanidad sino con el fragor de las revoluciones", *La vida del Derecho*, 2ª edición, Zaragoza, 1982, p. 64. Véase el *Prólogo para esta nueva edición* de Lacruz Berdejo, J. L., p. 19; y Vallet de Goytisolo, J., *Liberalismo y iusnaturalismo en Joaquín Costa*, en "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", 2, 1986, pp. 31 a 42.

rrollo. Pero, por su radicación y por su naturaleza jurídica, es el pensamiento católico el que los ha descubierto y configurado en su esencia y en su contenido material;¹¹ las demás fuerzas históricas han influido tan sólo en aspectos circunstanciales. Desde el Evangelio¹² a las Encíclicas y últimos documentos pastorales de Juan Pablo II¹³ se advierte esta línea fundamentadora, que alcanzó una de sus cumbres en los teólogos-juristas españoles del Siglo de Oro.¹⁴ Sabido es que derechos de perfil tan moderno como el derecho a la información encuentra su primer enunciado, en cuanto tal derecho, en el *ius communicationis* de Francisco de Vitoria.¹⁵

¹¹ No sólo la evolución de los derechos humanos se debe a movimientos ideológicos, sino a otras circunstancias y acontecimientos históricos que han permitido, facilitado o acelerado la evidencia de su razón de ser. Cassin, o.c., p. 77, califica a la Guerra mundial de 1939 a 1945 de "cruzada victoriosa de los derechos del hombre". "Esta cruzada —agrega— fue, además, el punto de partida de un inmenso movimiento constructivo que responde a las aspiraciones y a las necesidades de los pueblos de la tierra, de día en día más numerosas". La constante nervatura de la evolución tiene, sin embargo, su razón de ser en la unidad del Derecho natural: véase Lachance, L., o.c., pp. 124 a 147.

¹² Véase Blázquez, N., *Los derechos del hombre*, Madrid, 1980, pp. 27 a 30. Los autores protestantes son los que con más desenfado proclaman el origen evangélico del Derecho natural. Así, por ejemplo, Wolf, E., *Rechtsgedanke und biblische Weisungen*, Karlsruhe, 1949, pp. 31 y ss.

¹³ Véase el libro *Juan Pablo II y los derechos humanos*, 2ª edición, Pamplona, 1982, y la *Introducción* debida a Hervada, X., pp. 11 a 59. La historia intermedia puede verse en Blázquez, N., o.c., pp. 27 a 41. Específicamente en Carro, V.-D., *Derechos y deberes del hombre*, Madrid, 1954; Sierra Bravo, R., *Doctrina social y económica de los Padres de la Iglesia*, Madrid, 1967; García López, J., *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1979. Rivero, J., o. y l.c.

¹⁴ Por todos, Carro, V., *Los derechos del hombre de carácter espiritual según Vitoria y los teólogos juristas españoles del siglo XVI*, en "Anales de la Asociación Francisco de Vitoria", IX, 1948-1949, pp. 69 y ss.; Difernan, B., *El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI*, El Escorial, s.d.; Corts Grau, J., *Los juristas clásicos españoles*, Madrid, 1948; id., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1960, pp. 305 a 399; Hoeffner, J., *La ética colonial española del Siglo de Oro*, Madrid, 1957; Brufau Prats, J., *La aportación de Domingo de Soto a la doctrina de los derechos del hombre y las posiciones de Bartolomé de las Casas*, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, 1977, t. I, pp. 51 a 70.

¹⁵ Véase Sánchez de la Torre, A., *Lo "ius communicationis" valore giuridico fondamentale*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", enero-abril, 1964, pp. 306 a 307; y mis trabajos *El "ius communicationis" de Francisco de Vitoria y los satélites de difusión directa*, en "Atlántida", 47, 1970, pp. 471-489, y *El "ius communicationis" de Francisco de Vitoria*, en el libro *La información como derecho*, Madrid, 1974, pp. 317 a 336.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Esta localización histórica del origen de los derechos humanos permite definirse acerca de su naturaleza, es decir, de la especial fisonomía que legitima su ejercicio. Dos son las tendencias principales acerca de esta cuestión difícilmente conciliables, a pesar de los esfuerzos de algunos autores.¹⁶

La positivista, según la cual los derechos humanos existen en tanto en cuanto están concedidos por la ley, principalmente por la ley constitucional.¹⁷ Es la ley, por tanto, la que determina su nacimiento, esfera de actuación de sus titulares y límites de ejercicio. Admite gradaciones, algunas de ellas que llevan insensiblemente al totalitarismo, como la que entiende que, al conceder los derechos humanos, los poderes públicos se autolimitan, lo que lleva implícita la idea de que solamente el Estado es titular de tales derechos, relegando al hombre a un papel pasivo y residual que depende tan solo de lo que le transfiera el poder estatal y en tanto mantenga esta transferencia.¹⁸

¹⁶ Por ejemplo Sánchez de la Torre, A., *Comentario al Fuero de los Españoles*, Madrid, 1975, pp. 5 y ss., considera que la positivación es como la culminación de la vigencia, siempre que, además, arraiguen en la conciencia y cultura sociales. Considera que la positivación es necesaria para la eficacia y protección Messner, J., *Das Naturrecht*, 5ª edición, Munich, 1966, pp. 386 y ss.

¹⁷ Véase Müller, F., *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969, pp. 41 y ss.; Ramm, Th., *Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat*, en "Juristenzeitung", 1972, pp. 137 y ss.; Colliard, C. A., *Libertés publiques*, 5ª edición, París, 1975; pp. 14 y ss.; Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales. I. Teoría General*, Madrid, 1973, pp. 93 y ss.

¹⁸ La idea de autolimitación, aunque pretende ser un correctivo al autoritarismo del Estado, viene a reconocer implícitamente que a éste corresponden todos los poderes. En último término, le subyace una concepción totalitaria del Estado. Su nula validez para fundamentar los derechos humanos aparece cuando se observa que muchos de ellos nada tienen que ver con la tensión entre el poder estatal y el individual, como el derecho a la paz o a la descolonización; y que la materia de los derechos humanos ha trascendido del derecho positivo estatal, dada la igualdad natural de los hombres. La mal llamada "internacionalización" de los derechos humanos no es solamente la de su reconocimiento, sino también la de su protección jurisdiccional: véase, por todos, Obieta Chalbaud, J. A., *Derecho internacional de la persona humana*, Bilbao, 1971; Mosler, H., y colaboradores, *Grundrechtsschutz in Europa*, Berlin, 1977; Gangi, M., *International Protection of Human Rights*, Paris, 1962. Los derechos humanos no son nacionales, ni internacionales, sino universales, competen a toda la Humanidad y a cada uno de sus miembros. Una variante de la teoría de la autolimitación que atenúa sus consecuencias consiste en pensar que el respeto a los derechos fundamentales supone una limitación impuesta por la soberanía popular a sus propios órganos. Así Pérez Luño, A. E., o.c., p. 27. Los derechos humanos no sólo no suponen autolimitación, sino que no pueden suponer mera limitación extrínseca del Poder: si ha de existir orden, el Poder ha de ser jurídico

La otra gran corriente es la iusnaturalista, conforme a la cual los derechos humanos radican en la naturaleza del hombre, titular de los mismos en cuanto que son necesarios para existir conforme a su sustancia personal.¹⁹ Los derechos humanos son así anteriores a la ley, son la medida de la justicia de la ley, que no puede contradecir su específica naturaleza. El Estado no los concede. Lo más que puede hacer es reconocerlos y regularlos, sin desvirtuarlos.²⁰ Pero rigen incluso sin su reconocimiento; y, también, a pesar de su regulación insuficiente o desacertada. No dependen del poder público, sino de la naturaleza del hombre mismo. Y son los hombres los que, antes que la ley positiva, van obteniendo su perfil racionalmente, a medida que avanzan sus conocimientos y que la evolución histórica, el progreso técnico y el desarrollo cultural crean, por una parte, nuevas necesidades y posibilidades existenciales y descubren racionalmente, por otra, mejores maneras de satisfacerlas de un modo eficaz.²¹

o estar legitimado por su ejercicio que consiste, precisamente, en respetar, defender y promover los derechos humanos, lo que afecta al Poder de manera intrínseca.

¹⁹ La importancia y significado del adjetivo "natural", en Graneris, G., *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1973, pp. 56 y ss. El concepto existencial de los derechos o el Derecho que tiene como meta la realización de los fines existenciales del hombre, en Messner, J., *Das Naturrecht*, cit., pp. 39 a 48.

²⁰ Ese parece ser el sentido en que se expresa la Constitución española en el párrafo 1 del Artículo 53, según el cual "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades". Sobre el "contenido esencial" véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 de 4 de abril, 32/1981 de 28 de julio y 13/1984 de 3 de febrero; todas ellas pueden resumirse en la siguiente frase de la primera: "entendemos por 'contenido esencial' aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga". González Pérez, J., en el artículo *El respeto a los jueces*, publicado en "ABC" del 11 de septiembre de 1986, p. 28, habla del "derecho de resistencia ante una norma que, por infringir crasa y evidentemente principios inmutables de justicia, carece de obligatoriedad, por correcto que hubiera sido el procedimiento formal de su elaboración y la actuación procesal del juez al aplicarla".

²¹ "... Los llamados derechos fundamentales de la persona humana son anteriores al ejercicio de nuestras facultades e independientes de ellas, ya que, por el mero hecho de existir, hay cosas que nos están ya destinadas por el Creador a través de la Naturaleza como nuestras. El ejercicio de esos derechos que nos son dispensados por la naturaleza es imperfecto mientras las facultades racionales no alcanzan la suficiente madurez de desarrollo cuando se deterioran. En ambos casos esos derechos son garantizados en la medida en que nos son reconocidos y respetados por los demás". Blázquez, N., o.c., p. 96. "Para establecer los principios de un derecho humano basta con recurrir a la naturaleza y a la razón, sin que la confianza en ésta dispense, cuando se pasa al plano de las realizaciones, de invocar el auxilio de Dios".

IV. DENOMINACIONES

La confusión producida por el distinto enfoque conceptual se traduce en sus denominaciones²² que, pretendiendo huir de la expresión derechos naturales, va concediéndoles diversos nombres en los distintos ordenamientos y autores: derechos del hombre,²³ derechos del ciudadano,²⁴ derechos públicos subjetivos,²⁵ derechos fundamentales,²⁶ libertades públicas y derechos humanos. Dejando aparte el llamarles libertad —cuyo tema será analizado seguidamente—, la denominación derechos humanos, aunque no es caracterizadora, porque todos los derechos son del hombre y para el hombre,²⁷ es una solución de compromiso, es la que establece la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948²⁸ y la que, por su referencia a lo humano, está más cerca de la denominación propia que sería la de derechos naturales. Es, por tanto, aceptable la expresión derechos humanos, siempre que se entienda por tales los que están postulados por la naturaleza personal y social del hombre, bien sea esa exigencia evidente,

Lachance, L., o.c., p. 26. "Por muy decisivo que sea el papel de la ley en el proceso de positivación del derecho, no puede llegar a identificarse derecho *proprio vigore* y texto legal". Ollero, A., o.c., p. 113. "... *nam legis scriptura jus quidem naturale continet, sed non instituit: non enim habet robur ex lege, sed ex natura*". Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2ª 2ª, q. 60, a.5.

²² "No se cuenta con un consenso real que elimine las discrepancias, sino con una equivocidad de lenguaje capaz de encubrir las". Ollero, A., o.c., pp. 103 a 122.

²³ La denominación *derechos del hombre* no es la más correcta, dada la distinción ético-jurídica entre actos del hombre y actos humanos. Menos correcta todavía es la expresión *derechos individuales*, dado que individuo no es solamente la persona humana.

²⁴ *Derechos del ciudadano* parece dar a entender una sola dimensión de los derechos humanos: la que tiene por su situación de ciudadanía en una organización política. Los derechos humanos se refieren al hombre en todas sus posibles situaciones y relaciones jurídicas.

²⁵ *Derechos públicos subjetivos* es una denominación técnica obtenida por extrapolación de la noción de derecho subjetivo. Su nacimiento va, sin embargo, unido a una idea positivista radical: se consideran creación exclusiva de la ley estatal. "La óptica de los derechos públicos subjetivos, al mismo tiempo que dota a los derechos humanos de una fuerza jurídica directa y de una operatividad jurisdiccional inmediata, llega a desvirtuar su carácter natural y su funcionalidad jurídica pre-positiva". Castro Cid, B., de, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1982, p. 24.

²⁶ *Derechos fundamentales* supone una versión constitucional positivista pues, en la práctica, se toma como equivalente la denominación a la de derechos constitucionales. Esta contaminación es la que la hace usualmente desaconsejable, aunque haya que considerar que los derechos naturales son fundamentales para la persona humana.

²⁷ Es conocido el aforismo romano *Omne ius causa hominum constitutum sit*. Véase Lachance, L., o.c., pp. 174 a 193.

²⁸ *Vid.* Castro Cid, B. de, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1982, pp. 25 y 26.

como en el derecho a la vida, bien hayan sido producto de una elaboración racional que ha ido deduciéndolos de los derechos evidentes o de los ya deducidos con anterioridad,²⁹ como ocurre con el derecho a la información.

V. ENUMERACIÓN ABIERTA

Esta sucesión de hallazgos en la cantera de la naturaleza del hombre plantea la cuestión de que el elenco de derechos humanos ha de ser necesariamente abierto. Las declaraciones, pactos, convenciones, tratados, constituciones, normas legislativas, van estableciendo cuadros de derechos reconocidos; pero no es posible considerarlos como *numerus clausus*.³⁰ Por muy extensa que resulte su relación,³¹ siempre se adver-

²⁹ Esta deducción sucesiva y la consiguiente toma de conciencia por parte de los hombres "ha surgido gracias a las nuevas facilidades ofrecidas por los descubrimientos científicos y técnicos prodigiosos que contribuyen al alargamiento de la vida, a su confort, a la difusión de la instrucción, a la emancipación de viejas servidumbres, a la práctica de las libertades y a la comunicación casi inmediata de los hechos, de las ideas y de la información", Cassin, o.c., pp. 77 y 78. Aparte de la importancia que el autor da a la información como promotora del conocimiento de los derechos y de la conciencia de su titularidad, lo que expone Cassin son motivaciones por las que los derechos han ido descubriéndose. El factor del descubrimiento es, sin embargo, la razón humana. Dios ha dejado las grandes verdades científicas —incluso las teológicas— al trabajo racional de los hombres a partir de unos primeros principios y de las verdades reveladas. El esfuerzo del hombre va descubriéndolas en todos los órdenes, incluso en el jurídico: "El conocimiento propiamente racional se refiere inmediatamente a las conclusiones inferibles de los primeros principios en cuanto deducidas". Blázquez, N., o.c., p. 90. Véase también Perelman, C., *Le raisonnement et le déraisonnable en droit au dela du positivisme juridique*, Paris, 1984; y Lachance, L., o.c., a lo largo de todo el libro.

³⁰ Uno de los problemas de las Comunidades europeas en relación con los derechos humanos ha sido, por una parte, la necesidad de catalogarlos y, por otra, la de no cerrar el catálogo a nuevos derechos. Véase Bernhart, R., *Problèmes liés à l'établissement d'un catalogue des droits fondamentaux pour les Communautés européennes*, en el volumen *La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne*, Luxemburgo, 1976, pp. 19 a 73. Véase la evolución de las ideas sobre los derechos humanos en las Instituciones de la Comunidad en el Informe de la Comisión al Parlamento europeo de 4 de febrero de 1976 en las primeras páginas de este mismo volumen. Es interesante, en las pp. 8 a 10, la evolución de las ideas en la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades. En general, Fernández Tomás, A. F., *La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): Un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*, en "Revista de Instituciones Europeas", 3, 1985, pp. 701-721.

³¹ La enumeración que hace, por ejemplo, Castro Cid, B. de, en o.c., pp. 225 a 230, a pesar de lo nutrida, es incompleta. De aquí que se tienda a su clasificación sistemática, como hace el mismo autor en *Dimensión científica de los derechos del hombre*, en el volumen colectivo citado, *Los derechos humanos*, pp. 119 a 151, si-

tirá alguno nuevo en cuanto surja una nueva necesidad o posibilidad humanas;³² o por una simple modulación de los ya existentes.³³ La doctrina, la jurisprudencia, los usos sociales, irán decantando sucesivamente derechos y esculpiendo sus perfiles.³⁴ Las mismas normas legales, aun cuando no se lo propongan y no los nominen, dejan implícitos algunos de estos derechos en la retícula de sus textos.³⁵

VI. CARÁCTER JURÍDICO

La consideración como *numerus apertus* de los derechos humanos no significa que su carácter se va difuminando a medida que aparecen, se generalizan o aumenta su número.³⁶ La encarnadura jurídica de los de-

guiendo el criterio de las llamadas "familias de derechos" que propuso Cassin, o.c., p. 78. Véase distintos criterios de clasificación en Moix Martínez, M., *Nuevas perspectivas de la justicia clásica*, Madrid, 1968, pp. 669 a 675, con una abundante bibliografía sobre el tema. Como tales derechos naturales, no hay diferencia entre los que la Constitución regula en las Secciones 1ª, 2ª y 3ª del Capítulo Segundo del Título I. Si acaso, los llamados "principios" son "derechos" menos claros en el proceso de deducción del legislador. "La distinción entre 'derecho' y 'principio' es poco afortunada", Ollero, A., o.c., p. 155. Puede verse otros derechos diseminados en el texto constitucional, como el del artículo 105, b) que, con el reconocido en el artículo 46, se deducen del derecho a la información. Véase Castells Arteché, J. M., *El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública*, en "Revista vasca de Administración Pública", 10, 1984, pp. 149 y 150 y autores que cita.

³² La necesidad, por ejemplo, de proteger la naturaleza frente a los peligros que supone para su conservación la técnica ha producido los derechos que podemos llamar ecológicos, como los reconocidos en el artículo 45 de nuestra Constitución.

³³ El derecho a la documentación, reconocido en los artículos 46 y 105, b) de nuestra Constitución se deduce directamente del derecho a la información. En casos como éste el derecho generador y el generado se enriquecen recíprocamente en cuanto a las posibilidades de estudio de su naturaleza.

³⁴ La doctrina ha deducido que en nuestra Constitución se protege el derecho a la paz, como se ve en la nota siguiente o el derecho a la documentación como modulación del derecho a la información, como se ve en la nota anterior. La jurisprudencia ha ido matizando los derechos sociales; y, en concreto, los laborales han sido producto, en gran parte, de los usos y costumbres.

³⁵ Sobre el derecho a la paz, véase, por ejemplo, Pérez Luño, A. E., *La Paz como valor constitucional*, en "Poder Judicial", 12, 1984, pp. 101 a 104; Ruiz Miguel, A., *¿Tenemos derecho a la paz?*, en "Anuario de Derechos Humanos", 3, 1985, pp. 397 a 435; Soriano, R., *La paz y la Constitución española de 1978*, en "Revista de Estudios Políticos", 45, 1985, pp. 93 a 123. Lewald, W., *Das Recht der Völker auf Frieden*, en "Neue juristische Wochenschrift", 6, 1986, pp. 638 y ss.

³⁶ Hervada, X., en la *Introducción* citada, pp. 37 y 38 dice: "Más de una vez, a lo largo de estos años en los que vengo dedicando especial atención al derecho natural, me he tropezado con personas que preguntan dónde pueden encontrar una lista de las cosas que son de derecho natural. Mi respuesta suele desconcertarles: Esa lista está en el hombre, mira lo que es el hombre y allí encontrarás lo que es de derecho natural". Los derechos humanos, en cuanto derechos naturales, participan

rechos humanos se ha puesto en duda, precisamente, cuando los autores más o menos influidos por el positivismo han advertido la preexistencia real de los derechos a su reconocimiento legal. La explicación que han dado a este fenómeno patente ha sido que los llamados derechos humanos no positivados son únicamente la proyección de unas ideas éticas.³⁷ Los que extreman su positivismo hasta reconocer tan sólo la ley estatal como fuente poética del derecho, consideran incluso los derechos reconocidos en los documentos internacionales como recomendaciones o compromisos simplemente morales.³⁸ La internacionalización de los derechos es, precisamente, un obstáculo real a estos planteamientos normativistas. El iusnaturalismo jurídico parte de la idea de que todo lo jurídico es ético. Pero no confunde *vis morale* con *vis jurídica*, ni fuerza jurídica con fuerza legal. Los hombres ejercitamos mucho derecho *extra legem*; y existen fuentes de creación distintas a la ley.³⁹ Por otra parte, la coactividad es elemento circunstancial del de-

de la insondabilidad del hombre. Véase, por ejemplo, el derecho a conducir caracterizado como derecho natural secundario en Cano Tello, C. A., *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho a conducir*, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor Corts Grau*, t. I, Valencia, 1977, pp. 71 a 80.

³⁷ En algunos casos el refugio se busca en la misma moral cristiana, que es moral natural: Ripert, G., *Les forces creatrices du droit*, Paris, 1955, que invoca a Dabin, Cuhe, Leclercq, Le Fur, etcétera. Pero, en otros, la negación de los derechos como naturales produce un vacío legitimador que se pretende llenar con normas y principios éticos, lo que —en el mejor de los supuestos— no haría sino remontar los primeros principios a nivel moral. Lo que ya exigiría un nuevo descenso al nivel jurídico. Por normas y principios éticos no se entienden los de la moral natural, sino los que ha generado la clase, sea para defensa de su posición, sea para la conquista revolucionaria de posiciones de poder. Así Bloch, E., o.c., pp. 233 a 245, quien, sin embargo, dice que como sucedáneo del fundamento "se ofreció la justicia ese histrión al menos en dos rutas: la jurídica y la moral". "Esta situación no debe desanimar de la búsqueda de un planteamiento de los 'derechos humanos como realidad propiamente 'jurídica'; una teoría que no se limite a considerarlos una sustancia 'moral' embrionaria o una mentira jurídica piadosa", Ollero, A., o.c., p. 103.

³⁸ El estudio científico-jurídico ha ido desmontando tales puntos de vista: "Contra la puesta en práctica de los derechos humanos y las libertades fundamentales no cabe alegar el artículo 2º, apartado 7º de la Carta, que deja a salvo de toda intervención de la O.N.U. (fuera de la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII de la Carta) "los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados". Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos*, Madrid, 1977, p. 29. En el mismo sentido Verdross, A., *Derecho internacional público*, Madrid, 1963, p. 505. Véase los tres volúmenes publicados por UNESCO, Paris, 1984, bajo el título *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. La resistencia a la supranacionalización se mantiene. Así, Bossuyt, J. M., *Human rights and non-intervention in domestic matters*, en "International Commission of Jurists Review", 35, 1985, pp. 45 a 52.

³⁹ Fundamentalmente, los llamados "principios generales del Derecho". Los principios, tratados de manera magistral en nuestra doctrina civil, sobre todo en Castro

recho, que coopera a su eficacia; pero no es elemento esencial del mismo.⁴⁰ Desde estos postulados puede afirmarse que, entre el campo puramente ético y el de la ley positiva, hay muchos supuestos en los que la eficacia jurídica es, al menos, asintótica.⁴¹ Los obstáculos que

y Bravo, F. de, *Derecho civil de España*, 3ª edición, Madrid, 1955, pp. 448 a 485, se ha pretendido reducirlos a principios técnicos en la doctrina administrativa: García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, en "Revista de Administración Pública", 40, 1963, pp. 18 a 222. En el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas están mostrándose conforme a su propia naturaleza y resolviendo los problemas teóricos y prácticos que presenta la peculiaridad jurídica de la Comunidad y su estado jurídico viatorio: véase, por todos, Pescatore, P., *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, en "Cahiers de droit européenne", 1968, pp. 629 y ss. La negación de normas meta-estatales vinculantes supone la negación fáctica de todo el ordenamiento jurídico positivo, conforme a la idea de Morelli, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milán, 1974, pp. 5-7.

⁴⁰ La coacción no parece elemento esencial del Derecho; ni siquiera del Derecho positivo: recuérdese la categoría de las *leges imperfectae* del Derecho romano. Aparte del porcentaje elevado de normas que el hombre cumple en su vida sin ser coaccionado, la *manus militaris* no siempre acompaña a las normas positivadas: piénsese en el ordenamiento jurídico de las Comunidades europeas, como ejemplo elocuente. Otra cosa es la coactividad o posibilidad de que, en un momento dado, se establezca o se emplee la coacción. Pero, aun ésta, como simple posibilidad que es, no parece elemento esencial, sino accidental del Derecho. La esencia del Derecho es la realización de la Justicia y ésta se realiza sin coacción las más de las veces. Véase lo dubitativo que el tema deja a los mejores juristas, en Castro y Bravo, F. de, o.c., pp. 55 a 58; y Corts Grau, J., *Curso de Derecho natural*, 2ª edición, Madrid, 1959, pp. 253-256. Lachance, L., o.c., pp. 90-91, distingue, con Santo Tomás, en la norma jurídica, su *vis directiva* y su *vis coactiva*. La primera es imperativa, la segunda se configura "como elemento secundario y extrínseco". El Derecho es "un principio de libertad: su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional: la coacción es un factor accidental de la vida del derecho, pero no entra en él como un elemento componente", Costa, J., *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Zaragoza, 1984, p. 83.

⁴¹ Véase Graneris, G., o.c. pp. 73 y ss. "Los 'derechos' humanos son tan 'jurídicos' como los 'derechos' subjetivos respaldados por un texto legal". Ollero, A., o.c., p. 111. La posición contraria en Peces-Barba, G., *Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*, en *Filosofía y Derecho*, t. II, cit., que, en su conjunto, pp. 105 a 125, defiende el que llama "modelo dualista"; no negación de los derechos naturales, pero necesidad de su positivación por el Poder. En su p. 106 afirma: "Sólo si el Poder respalda el Derecho (*sic*) éste tiene efectividad. Pensar en esa *efectividad espontánea de las normas de Derecho Natural*, es como pensar en la desaparición del Estado y en una especie de vuelta al Estado de Naturaleza. Es un idealismo, en el fondo anarquista, y por supuesto, no podemos basar en él un concepto adecuado de los derechos fundamentales, como Derecho". Entre otras cosas, cabe objetar al párrafo: a) la confusión de Derecho objetivo y derecho subjetivo; b) el equívoco juego de palabras entre Derecho Natural y Estado de Naturaleza; c) que la vigencia de los derechos naturales no supone la desaparición del Estado, sino la afirmación de un Estado legítimo en cuanto los reconozca y los proteja, lo haga o no a través de la ley; d) precisamente en eso consiste el respaldo del Poder al Derecho, no en que solamente haya Derecho si lo respalda el Poder; e) no es compatible la idea de

el derecho humano encuentra para su efectividad plena, no le restan fuerza jurídica; antes al contrario, puede observarse que se le oponen porque han de frenar con valladares políticos la *vis* expansiva que todo lo humano tiene y su tendencia natural a realizarse.⁴² Alguno de los derechos humanos hoy indiscutidos, han conocido una lucha secular para su reconocimiento y protección.⁴³ Y no tenían menos carácter jurídico al principio de la lucha por su eficacia que cuanto ésta se ha conseguido más o menos plenamente.

VII. PROTECCIÓN

Que la consecución plena de los derechos humanos exija unas garantías que debe ofrecer el ordenamiento es innegable. Pero, desde el momento en que el derecho existe, es protegible y garantizable. No existe el derecho tan solo porque está protegido y garantizado. Será protegido y garantizado si el poder público es consciente de que debe proveer a la satisfacción de las necesidades de los hombres, a la consecución de sus

derecho —y, por supuesto, la de Derecho— con el anarquismo; f) por el contrario, un Poder que no respeta el Derecho y los derechos naturales oculta su anarquismo bajo disfraz de discrecionalidad, lo defiende con la fuerza y lo convierte en norma legal total. Es decir, totalitaria.

⁴² Aunque "el nacimiento del derecho es siempre como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento", "El derecho, preciso es concederlo, se desenvuelve sin necesidad de investigaciones, inconscientemente, empleando la palabra que se ha introducido, orgánicamente, intrínsecamente, como el lenguaje", Ihering, R. von, *La lucha por el derecho*, Madrid, 1921, pp. 16 y 9, respectivamente. Analógicamente, "el derecho natural se acompaña de todas las formas de sanción susceptibles de ser aplicadas espontáneamente, sin el recurso a la fuerza del cual dispone el poder público. El violador del derecho natural se ve perjudicado en su integridad moral, en su dignidad, en su honor y en su reputación", Lachance, L., o.c., p. 93. En contra de esta realización natural se ha dicho: "Así pues, la ley natural o de la razón ha operado como fuente literaria, pero no directa, del Derecho. Es una creación de la ciencia del Derecho y de la filosofía. No es fuente del Derecho en mayor grado que las enseñanzas de los pandectistas o de los comentaristas de las normas legales modernas. El hecho de que haya sido un fermento poderosísimo en la evolución de las ideas jurídicas no la convierte en un código a los artículos del cual pueden acudir los jueces en la administración de justicia". Vinogradoff, P., *Introducción al Derecho*, 2ª edición, México, 1957, p. 171. La ciencia jurídica ha "descubierto", no ha "creado" la ley natural. Por eso la ciencia jurídica, no sólo es ciencia de las normas, sino en su papel de "descubridora" ciencia normativa.

⁴³ "La idea del derecho encierra una antítesis que nace de estas ideas, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo". "En este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición". Ihering, R. von, o.c., pp. 2 y 18, respectivamente. A lo largo del libro el autor sostiene el deber de luchar contra la injusticia y la idea de que la lucha por el derecho ya es derecho.

posibilidades y a promover los medios de satisfacerlas.⁴⁴ Promoción en la que la misma comunidad habrá precedido al poder que la rige, al agruparse en su seno todos aquellos titulares actuales o potenciales de derechos.⁴⁵ Las fórmulas de protección o garantía pueden ser diferentes según el momento histórico y el carácter de los ordenamientos.⁴⁶ Pero esta variedad de medios no hace más que confirmar de nuevo la razón de ser de los fines: los derechos naturales que, a su vez, son medios para la plena realización del hombre.

VIII. EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD

Entre las denominaciones catalogadas hemos leído la de libertades públicas. El impulso político revolucionario, que indudablemente recibieron los derechos humanos, borró de la mente de los hombres su auténtico perfil jurídico y llevó a considerarlos libertades y a denominarlos así. En su propio origen, sin embargo, se encuentra la debilidad de la noción de libertad con respecto a la de derecho. La carencia de libertades del llamado Antiguo Régimen se pretendió resolver limitando los poderes del Estado y dejando a los individuos —en la misma medida— unos campos de actuación. La concepción lleva implícita su condena desde el momento en que se parte de la idea de que el poder público llena toda la posible actividad jurídica y que, solamente la autorrestricción de esa posibilidad de actuar, puede dar ámbito de actuación a la

⁴⁴ Por todos, véase Cascajo Castro, J. L., *El problema de la protección de los derechos humanos*, en el volumen colectivo citado *Los derechos humanos*, pp. 261 a 298.

⁴⁵ El resultado de esta agrupación son los *grupos sociales*, que, con más o menos consciencia por parte de sus redactores, reconoce y promueve el artículo 9.2 de la Constitución, con reflejo en el artículo 20.3 en relación con el derecho a la información. Véase mi trabajo *La participación de los grupos sociales en las campañas electorales*, pp. 121 a 134 del volumen colectivo *Participación, Govern i Oposició*, Barcelona, 1983. Blázquez, N., en o.c., p. 104, dice "De la sociedad como fruto de la indigencia nacen los grupos humanos como *unidades sociales*. El grupo humano es un todo integrado por las partes, las cuales son también *humanas*. En realidad, la humanidad del todo social auténtico es la suma de la humanidad de las partes que lo integran. En este sentido el grupo social puede ser también sujeto de derechos por analogía y por *derivación* respecto del individuo. Sustancialmente no pueden ser derechos de especie diferente a los de los individuos humanos que lo integran. Se trata de los mismos derechos individuales *conjuntos*".

⁴⁶ Véase el Capítulo Cuarto del Título I de la Constitución que, con la rúbrica *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales* comprende los artículos 53 y 54; la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril del defensor del pueblo; entre otras.

libertad individual.⁴⁷ Cuando se advierte que los derechos humanos van más allá de una presión sobre los límites de actuación de las potestades públicas, o se reducen al campo en que éstas les permiten actuar, es decir, no les basta las llamadas libertades-resistencia, lo intenta subsanar con unas llamadas libertades-participación, cuyo par de términos resultan, en gran medida, antagónicos. La libertad, por su eco demagógico, ha sido izada como enseña democrática cuando, por llevar en su seno el germen de su debilidad, ha sido frágil y hasta frustrada con una cierta lógica inmanente: el poder que la da, la limita o la deniega. Si el poder no es capaz de restringir el libre albedrío y la libertad interna del hombre, sí lo es de cercenar las libertades que trascienden al exterior, sobre todo si se las titula libertades públicas. En la misma denominación está el peligro.⁴⁸ La historia nos muestra que todo proceso revolucionario ha terminado con la eliminación de las libertades. Todo totalitarismo se autojustifica en una llamada Revolución, sea del tipo que sea. Y, si la libertad es pública, es todavía más vulnerable por el poder que se proclama a sí mismo revolucionario.

En el iusnaturalismo encuentra la libertad su máximo sentido y posibilidad de realización. Uno de los derechos naturales primarios destacados por los iusnaturalistas, no por otras escuelas, es el derecho a la libertad.⁴⁹ Con el honor o la intimidad, el derecho a la libertad es tan evidente como el derecho a la vida, cuando de la vida del hombre se trata. No existe una relación de libertades artificiosa o convencional.⁵⁰

⁴⁷ Como doctrinas extremas, tan falsa es la autolimitación del Estado cuanto la del enfrentamiento del hombre con el Estado, *the man versus the State*. Así Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 190 y ss.; y crítica en Forsthoff, E., *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1987, pp. 259 y ss.

⁴⁸ La palabra públicas priva de su valor al sustantivo libertades. La libertad, radicada en el hombre es una y única. El calificarla como pública abre al Estado la puerta para invadirla porque la *res publica* es cosa del Estado. Marias, J., *La libertad en juego*, en "ABC" de 4-VI-86, p. 3 describe los tres pasos que se dan para tal invasión: primero dejando a los ciudadanos con escasos recursos, aumentando los impuestos; segundo, presionando a los profesionales liberales económica y, sobre todo, jurídicamente; tercero, pasando las competencias fácticamente de las manos del Estado a las del Partido en el poder, que asume la gestión del Estado, ni siquiera por sus afiliados, sino por el aparato directivo.

⁴⁹ Véase, como ejemplo, Corts Grau, J., o.c., pp. 295-297: "...cabe decir que el hombre, no sólo tiene, sino que es libertad, que el dejar de ser libre implicaría un dejar de ser hombre" (p. 296). "La libertad es una dimensión del ser y, por tanto, se asienta en el ser; no es antes la libertad que el ser, sino al revés". Hervada, X., *Introducción*, cit., p. 50.

⁵⁰ "La libertad por sí misma no interesa a nadie: interesa como condición para nuestra actividad y camino hacia nuestros fines. Pedir libertad, si no supiéramos para qué, sería un grito vano". Corts Grau, J., o.c., p. 206. Aquí la cuestión se plantea de un modo positivo, a diferencia de la conocida pregunta de Lenin: "Li-

sino una libertad radical que compete al hombre como dueño y responsable de sus actos. Y es esta posición central del derecho a la libertad la que hace que se proyecte en todos los demás derechos. Si la vida es presupuesto indispensable para el ejercicio de cada uno de los derechos, lo es también la libertad. Los derechos se ejercen vitalmente, su ejercicio es la suprema prueba de una vida plena.⁵¹ Los derechos se ejercen libremente y la falta de libertad en su ejercicio supone su negación o su limitación externa. La libertad es, pues, como la infraestructura de todos los derechos humanos, como aquello que, igual que la vida, todos ellos tienen de común. La libertad no es, pues, otra cosa que el modo de ejercitar los derechos para que este ejercicio sea tal.⁵² Si no soy libre para ejercitar el derecho a la información, no lo estoy realizando. Estaré, como mucho, difundiendo una apariencia de información que, en el orden de las causas, está totalmente vacía.⁵³ Si es necesaria la libertad para la eficacia del derecho, es necesario el derecho para que pueda hablarse de libertad. La oposición libertad-libertinaje no es más que una manera de confeccionar una frase correcta; pero no señala los límites entre una y otra. El libertinaje habrá que entenderlo como el ejercicio antijurídico de la libertad.

Esta consideración modal de la libertad no sólo no le resta fuerza, sino que la potencia. En primer lugar, porque sitúa a la libertad como un derecho básico y común al ejercicio de todos los derechos. En segundo, porque, unida modalmente a cada uno de ellos, adquiere, además de la fuerza genérica de todo derecho humano, la específica que

bertad, ¿para qué?". Una enumeración de libertades *a priori* es ociosa: toda la actuación del hombre requiere libertad.

⁵¹ La tendencia a la protección del derecho de las personas fallecidas se entiende como protección a su memoria o proyección de su personalidad, que interesa sobre todo a su familia. Vid. Stein, A., *Der Schutz von Ansehen und Geheimsphäre Verstorbener*, en "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", 1, 1986, pp. 7 a 18. Véase los artículos 4.2, 4.3, 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

⁵² "La libertad se fundamenta en los derechos, no los derechos en la libertad". Messner, J., *Das Naturrecht*, cit., p. 434. "En una aparente paradoja, ley y libertad se funden", Hervada, X., *Introducción*, cit., p. 50. "Los 'derechos' son, por definición, libertades *ajustadas* y no campos de arbitrariedad mutuamente excluyentes", Ollero, A., o.c., p. 117. Lo que explica que haya podido decirse, con razón, que "la libertad de uno puede permanecer junto a la libertad de todos los demás", Kant, E., *Introducción a la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, 1956, p. 315. Nuestra Constitución acierta cuando, por dos veces, utiliza el adverbio de modo *libremente* para referirse al ejercicio del derecho a la información en los apartados a) y b) del párrafo 1 del Artículo 20.

⁵³ Sobre las causas en la información, véase Brajnovic, L., *El ámbito científico de la información*, Pamplona, 1979, en todas sus páginas y, en especial, 56 a 58.

le da la razón de ser del derecho al que contribuye a realizar. La libertad así entendida, desde el punto de vista jurídico, tiene una potencia humana de que carece en el campo político, en la idea revolucionaria o en la positivista. La libertad, derecho sustantivo, es el modo libre o la manera de ejercitar libremente todo derecho humano. En su sentido adjetivo o adverbial está su fuerza. Desde esta noción, la libertad es tan ilimitable como el derecho; y encuentra la razón de su ejercicio en el del derecho al que sirve de sustrato humano, además de en su misma naturaleza de derecho. Su ejercicio será legítimo en la medida en que lo sea el derecho que libremente realiza.

IX. SIGNIFICADO DE UNA CONFRONTACIÓN

Es lícito preguntarse por qué, si el derecho a la información es uno de tantos derechos humanos, lo segregamos del conjunto para cotejarlo con los demás, conforme al título de la Ponencia. Las respuestas a esta cuestión pueden ser varias, asociables acumulativamente. Lo mismo podría haberse hecho con otro derecho cualquiera y es consecuente que aquí, en esta ocasión, se trate un problema informativo y se destaque, de los demás derechos el derecho a la información. La segregación, por otra parte, es posible porque cada uno de los derechos humanos tiene su concreta individuación potencial, sea por los elementos personales, por los reales o por los del contenido de facultades de que consta, todos ellos determinantes de su naturaleza o determinados por ella. Es oportuno detenerse, brevemente, en la individualidad del derecho a la información.

Todo derecho y, por tanto, todo derecho humano tiene un significado relacional, como lo tiene la justicia⁵⁴ que se realiza, precisamente, por la efectividad de los derechos. Si alguien es titular de un derecho es porque alguien tiene, correlativamente, el deber o la obligación de satisfacerlo, incluido el deber de no obstaculizarlo. Este esquema personal puede multiplicarse por muchos factores subjetivos, mancomunada o solidariamente, pero siempre existirá una referencia individual en los extremos deuda-crédito, derecho-deber.⁵⁵ No ocurre de modo distinto en el derecho a la información. Mas es necesario tener en cuenta unas

⁵⁴ Justicia "es la capacidad de vivir en la verdad con el prójimo". "La justicia es el modo de conducta (*habitus*) según el cual un hombre, movido por una voluntad constante e inalterable, da a cada cual su derecho". Pieper, J., *Las virtudes fundamentales*, Madrid, 1976, pp. 18 y 87, respectivamente. La segunda definición está tomada de la *Summa Theologica* de Santo Tomás de Aquino, 2^a-2^a, q. 58, a. 1.

⁵⁵ Véase Lachance, L., o.c., pp. 180 a 193.

peculiaridades conformes con su naturaleza o, lo que es lo mismo, por sus características legitimadoras.

a) Por sus elementos personales, el derecho a la información tiene un titular universal, lo que no puede afirmarse de todos los derechos humanos, como el de asociación por ejemplo.⁵⁶ El hombre ejercerá o no su derecho a la información; lo ejercerá consciente o inconscientemente; disfrutará, incluso, de él sin hacer nada por obtenerlo; pero toda persona física —y, por extensión, la jurídica— es sujeto titular del derecho a la información, incluso los profesionales de la información y las empresas informativas⁵⁷ que, normalmente, son los obligados por el deber de informar o de satisfacer el derecho a la información del sujeto universal. Hay, por tanto, en el derecho a la información, además de un sujeto acreedor, un sujeto deudor, lo que no ocurre con otros derechos humanos, como el citado de asociación. Los elementos personales del derecho a la información presentan así dos peculiaridades: la titularidad universal y la existencia de uno o varios sujetos deudores o sujetos titulares del deber de informar.

b) La característica concreta del elemento real del derecho a la información viene dada por el mismo objeto del derecho:⁵⁸ la información. Además de las peculiaridades objetivas de la información, ha de tomarse ésta en su doble sentido de *agere* y de *facere*,⁵⁹ de actuación informativa y de mensaje o producto mentefacturado de tal actuación informativa. Producto que, a su vez, es necesario manufacturar para incorporarlo a un soporte que, en tanto en cuanto vehicula un mensaje,

⁵⁶ El derecho de asociación se toma como ejemplo por su naturaleza fundamentalmente comunitaria, lo que le aproxima al derecho a la información. Para ejercitar el derecho de asociación es necesaria, por ejemplo, capacidad de obrar, que no necesita quien ejercita el derecho a la información.

⁵⁷ El profesional es, a la vez, sujeto universal en cuanto hombre y sujeto cualificado en cuanto informador. "No hay entre los profesionales de los medios de masas y el público una dicotomía que los enfrente, ni siquiera que los separe: los periodistas son también público y han salido de él", Iribarren, J., *Ética de la Información*, Madrid, 1982, p. 30. Del mismo modo, el empresario informativo, sea persona física o jurídica. El que esté en *positio* concreta de acreedor o deudor dependerá de cada relación jurídica informativa.

⁵⁸ "El objeto... constituye así el fundamento, la causa y la medida del poder moral del individuo" en que consiste el derecho, Lachance, L., o.c., p. 188.

⁵⁹ En el *facere* interesa el *factum*, el resultado, prescindiendo de la actividad. Por ejemplo, en la crítica artística. En el *agere*, el *actum*, el acto mismo que lleva al resultado. Por ejemplo, en la actividad política en el sentido amplio de comunitaria. En el *facere* interesa el fin, no los medios. En el *agere* el fin no justifica los medios. Véase Palacios, L. E., *Filosofía del saber*, Madrid, 1962, pp. 326-328. La diferencia es el fundamento del libro del mismo autor *La prudencia política*, 3^a edición, Madrid, 1957.

se convierte en medio. El derecho a la información es derecho, conjuntamente, a la actuación informativa, al mensaje y al medio. Actuación de un sujeto y medio resultantes son instrumentos necesarios y suficientes para la obtención del mensaje. De ahí que, a pesar de que la etimología del término información hace alusión al *actum*, al proceso de poner en forma, se haya tomado como más propio el significado que le hace equivalente al *factum*, al mensaje o resultado del proceso. Mensaje que, como ha quedado dicho, constituye —incorporado o no al soporte— una mentefactura. Y, por tanto, es objeto de otro derecho del que es titular el que tiene el deber de informar, a título originario o derivativo, en la totalidad de sus facultades o solamente en la que le es nuclear, que es la facultad de difundir;⁶⁰ y, aun ésta, en general o en relación a un medio, o, más individualizadamente todavía, en relación a una concreta emisión, edición o exhibición del medio.⁶¹ De todo ello resulta que la información es, por su propia naturaleza, doblemente relacional porque es objeto de dos derechos simultánea y necesariamente. Derechos que, en último término, son coincidentes;⁶² pero sitúan a los sujetos de la relación en dos *positiones*, al menos aparentemente, distintas: el derecho a la información y el derecho *sobre* la información, que permite satisfacer el primero.⁶³ El derecho sobre la información no es de titularidad personificada universal; el derecho a la información, sí. Sin embargo, el ejercicio del primero, por los procedimientos técnicos que dependen de cada medio, satisface todos y cada uno de los derechos a la información de cada sujeto universal. No olvidemos que, si bien el régimen de una relación jurídica viene presidido por el principio general que la rige, su naturaleza viene determi-

⁶⁰ La definición de difusión en relación con la facultad de difundir en mi trabajo *El delito previsto en el artículo 365 del proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, en "Cuadernos de Trabajo de la Convención de Asesores Jurídicos", 1, 1982, pp. 7 a 11.

⁶¹ *Ibid*: Emitir, editar y exhibir son las tres formas posibles de difundir, conforme a la naturaleza de los medios.

⁶² Véase mi tratamiento del tema en *La información como derecho*, Madrid, 1974, pp. 94 a 123; y en *El público y la Información*, Ponencia en la XXXIV Semana Social de España celebrada en Segovia en 1986, en prensa.

⁶³ Véase la complementariedad de los dos párrafos del artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

nada por su objeto.⁶⁴ Y el objeto —la información, en nuestro caso— convierte al derecho a la información en el más relacional posible de los derechos humanos. Lo que significa, por una parte, que establece vínculos innumerables e innumerados puesto que, a medida que crecen cuantitativamente, son menos determinados y menos determinables. Por otra, que el derecho a la información, relacional por la excelencia de su objeto, aunque de titularidad personal como cualquier otro, no afecta al hombre como individuo aislada o personalmente considerado, sino a la dimensión social o comunitaria del hombre. Es un derecho externo, cortical, periférico.⁶⁵ Es como la argamasa que integra al hombre en la comunidad, con todas sus consecuencias.⁶⁶

c) También es posible diferenciar el derecho a la información por su contenido. Otros derechos constan de una sola facultad, que llena la satisfacción de todo el derecho. Si acaso, puede considerarse negativamente como tal la facultad de no ejercitarlo. El derecho de asociación, de nuevo, equivale a la facultad de asociarse y, si se quiere, a la facultades, que pueden ejercitarse separada o conjuntamente y que, de no asociarse.⁶⁷ Pero el derecho a la información se integra por tres como se sabe, son la de investigar, la de recibir y la de difundir. En otros lugares están descritas y analizadas,⁶⁸ lo que no es posible hacer aquí. Baste la constancia de que las tres facultades existen y la de que, como también ha sido ya estudiado, se ejercitan ora directamente, ora por delegación tácita en los expertos y en las organizaciones informativas.⁶⁹ Lo que da una doble radicación al deber troncal de informar y, correlativamente, ofrece una doble garantía al derecho a la información. Las tres facultades son, por tanto, ejercitables; y, de hecho, las

⁶⁴ Véase mis *Fundamentos del Derecho de la Información*, cit., pp. 206 a 210. La relación jurídico-informativa ha sido admitida por la doctrina. Véase Fernández-Miranda y Campoamor, A., *Artículo 20. Libertad de expresión y derecho a la información*, en la Obra colectiva *Constitución española de 1978*, dirigida por Alzaga, O., tomo II, Madrid, 1984, especialmente pp. 502 a 506.

⁶⁵ Veremos la trascendencia que este carácter tiene para armonizar los distintos derechos humanos.

⁶⁶ La relación comunidad-comunicación, véase en González Casanova, J. A., *Comunidad humana y comunidad política*, Madrid, 1968.

⁶⁷ Esto contradice la pretendida diferencia entre "derechos" y "principios" basada en que éstos últimos constituyen "derechos-prestación". El derecho a la información requiere la prestación del *debitum* y es un derecho por su naturaleza y por su localización en la Constitución, consecuente con ella.

⁶⁸ Sobre todo en mi libro *La información como derecho*, cit., pp. 72 a 94.

⁶⁹ Véase mi trabajo, *La cláusula de conciencia desde la perspectiva profesional*, en "Persona y Derecho", IV, 1977, pp. 16 a 28 y mi Ponencia, citada, *El público y la información*.

tres se ejercitan, variando tan sólo el modo directo o delegado de hacerlas realidad. En cuanto a la eficacia de la pluralidad de facultades que integran el derecho a la información, éste es también universal.

Quizás es la nota más rotunda de la universalidad la que, precisamente, destaca a la información, como derecho humano, de los demás derechos. Universalidad del sujeto, universalidad de las relaciones que impone el objeto, universalidad de los medios que faciliten tales relaciones, universalidad de las facultades obtenidas por análisis del derecho a la información. Podría decirse que, incluso el sujeto del deber de informar, es universal desde el momento en que realiza el derecho del sujeto universal por mandato tácito de éste.⁷⁰ La enorme fuerza expansiva de tal universalidad viene a explicar la especial coexistencia del derecho a la información con los demás derechos humanos y es una de las causas de que aquí se destaque tal concordancia desde el sesgo del derecho a la información.

No todo lo que pueda decirse del derecho que estudiamos en relación con los otros derechos humanos sería aplicable a la individuación de otro cualesquier derecho humano en relación con los demás, incluido en este colectivo el derecho a la información. Algunas de las conclusiones a que pueda llegarse son, empero, recíprocas y, por tanto válidas para cualquier derecho humano o natural.

X. RECONSTRUCCIÓN DEL GRUPO NORMATIVO FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la información es un derecho humano concreto, derecho secundario, derivado u obtenido por deducción de los derechos primarios. Como tal, va a ser objeto de confrontación —no de enfrentamiento— con los demás derechos humanos. En cuanto derecho humano, participa de todos los caracteres naturales que, hasta ahora, se han definido. Puede, por la misma razón, servir de pauta para entroncar estos caracteres naturales con aquellos otros que hayan sido positivados.

Sea cualquiera el punto de vista que se adopte y, a mayor abundamiento, el que aquí se sustenta acerca de la naturalidad humana de los derechos, no cabe duda de que el derecho a la información está "reco-

⁷⁰ Lo que ocurre, en realidad, es que en el proceso informativo en general solamente cabe hablar de sujeto, medio y mensaje. La diferencia entre sujeto emisor y sujeto receptor no puede establecerse de modo general, sino en relación con cada acto informativo concreto. No existen sujetos receptores, ni emisores por axioma.

nocido" y no "concedido" en la Constitución española de 1978. A mayor abundamiento, en el artículo 20, se ordena su protección,⁷¹ lo que es incompatible no sólo con las injerencias, restricciones o limitaciones del derecho, sino también con un comportamiento indiferente con respecto a él por parte de los poderes públicos o de aquéllos que tienen el poder de informar, porque tienen el deber de informar o, como se ha dicho acertadamente, el poder de servir a la información.⁷²

Reconocer el derecho supone considerarlo preexistente al reconocimiento por la ley positiva. Preexistencia que, más que cronológica, es normativa: la naturaleza del derecho es medida de la ley. La ley, incluso constitucional, que regula un derecho humano tiene el carácter de *mensura mensurata*. Aunque se haya dicho lo contrario,⁷³ el reconocimiento legal o constitucional de un derecho es una prueba adversa al positivismo jurídico. Pero no es la única. En concreto, nuestra Constitución niega prácticamente el positivismo a través de varios expedientes de sus propios preceptos. En cuanto ordena salvaguardar siempre el "contenido esencial" de los derechos humanos.⁷⁴ En cuanto integra nuestro ordenamiento con fuentes distintas de la ley positiva estatal.⁷⁵ En cuanto ensancha los elementos personales eficientes de las fuentes: la fuerza social promotora y la *auctoritas* que la promulga.⁷⁶ Y en

⁷¹ En efecto, el artículo 20 comienza con las palabras "Se reconocen y protegen los derechos". El precepto sintoniza con el párrafo 2 del artículo 9 que, con carácter general, establece:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

⁷² Véase Nieto Tamargo, A., *La información: el poder de servir*, Conferencia inaugural en las XXIV Semanas Sociales, citadas, en prensa.

⁷³ Se afirma, por ejemplo, que si los derechos humanos "no forman parte del Derecho positivo, no son derechos auténticos alegables ante los Tribunales en caso de infracción". Peces-Barba, G., *Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*, cit., p. 119 y el conjunto del trabajo.

⁷⁴ Artículo 53.1 de la Constitución. Véase lo dicho en la nota 20 de este trabajo.

⁷⁵ Por ejemplo, artículo 96: Tratados y convenios internacionales. La remisión del artículo 149.1.8ª a la legislación civil da valor constitucional al Título preliminar del Código civil que, además de la ley y de la costumbre, en su artículo 1.1., determina que son fuentes del ordenamiento jurídico español los principios generales del derecho, no solo como fuente subsidiaria de la ley y la costumbre, sino según el artículo 1.4., con el carácter de informadores del ordenamiento jurídico.

⁷⁶ Artículo 93 que previó, por ejemplo, la integración en las Comunidades Europeas:

cuanto que establece unos elementos literales interpretativos —y, por tanto, integradores— textualmente distintos a la ley positiva.⁷⁷ El artículo 20 de la Constitución resulta así, como otros del Título I, un texto dirigido a reconocer el derecho humano a la información, más que a definir y regular el mismo. Ni siquiera incoa su regulación en cuanto precepto positivo del mayor rango legal, sino en cuanto que es la norma en la cual se reconoce solemne y preceptivamente por nuestro Ordenamiento jurídico que existe un derecho humano. Constituye, en suma, una especie de remisión a la naturaleza del derecho como norma insita en el mismo.

Tal reconocimiento supone, empero, bastante más que las invocaciones o las remisiones constitucionales expresas a otros elementos normativos. La preexistencia de un derecho humano natural al reconocimiento legal positivo, declara de una manera implícita que el derecho está por encima de la ley. No es el precepto legal el que configura el derecho, sino el derecho el que ha de prefigurar el régimen jurídico del derecho contenido en el grupo normativo que lo rija y la determinación de este mismo grupo normativo. Es la naturaleza del derecho —en su triple sentido de manera de ser, razón de ser y legitimación actuadora— la que marca los principios a que debe ajustarse su regulación positiva. Si la justicia consiste en la realización del derecho, hay que atender al derecho para que el ordenamiento no sea obstáculo a la justicia, lo que convertiría a la ley en corrupción de ley.⁷⁸ El tema no resulta nuevo en el panorama jurídico español. La ley, por ejemplo, de la Jurisdicción contencioso-administrativa “refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

⁷⁷ Artículo 10.2.:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁷⁸ “...non erit lex, sed legis corruptio”, Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, 1^a, 2^{ae}, q. 95, a. 3. Véase Corts Grau, J., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1960, pp. 245 a 247.

a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones”.⁷⁹ En cuanto institución, la Información tiene la misma naturaleza que en cuanto objeto de un derecho humano. Ya ha quedado dicho que el objeto individualiza los derechos y las relaciones jurídicas.⁸⁰ Por tanto, es esta naturaleza del objeto la que se impone a la ley en caso de deficiencia de ésta. Tal criterio realista pone en juego los principios generales del Derecho no escritos, pero informadores del derecho positivo, conforme depuró en primer lugar la doctrina y recogió después la misma ley positiva como un nuevo reconocimiento, conforme vimos.

En cuanto al derecho a la información se refiere es necesario, por tanto, atender al artículo 20 de la Constitución, como norma nuclear reconocedora; a los Tratados internacionales cualquiera que sea su denominación (Declaraciones, Convenios, Pactos, etcétera), como elementos textuales directamente normativos y como elementos interpretativos; a las fuentes promulgadas por competencias atribuidas a otros organismos supranacionales por el Estado; a la naturaleza del derecho a la información, genéricamente, como derecho humano natural y, específicamente, como dotado de sus elementos singulares; y, finalmente, a la naturaleza de la información misma que, como objeto, viene a cualificar el derecho a la información y las relaciones jurídicas informativas.⁸¹ Después, en cuanto estén de acuerdo con este frente normativo, las disposiciones legales estatales y, en su demarcación autonómicas.

El mismo método de integración del grupo normativo es necesario emplear con los demás derechos humanos cuando están reconocidos en la Constitución. Si no lo están, hay que comenzar la reconstrucción por el nivel de normas convencionales. Y, si tampoco en ellas existiera el reconocimiento, hay que partir de la misma naturaleza de cada derecho y de su objeto propio, lo que puede dar lugar a la aplicación de la analogía con otro derecho expresamente reconocido del cual se hayan obtenido por determinación o por conclusión.⁸²

⁷⁹ Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, Exposición de motivos, IV, 5.

⁸⁰ Véase nota 58.

⁸¹ Aquí se habla del derecho a la información como derecho humano. Las situaciones y relaciones jurídicas a que puede dar lugar su ejercicio pueden atraer normas de diversos tipos, conforme al planteamiento real de cada una. Véase el complejo problema de las fuentes en mi *Fundamentos del Derecho de la Información*, cit., pp. 448-489.

⁸² Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la documentación, como espe-

La construcción paralela del grupo normativo que conviene a cada derecho y, como consecuencia, del perfil del derecho mismo, facilita la confrontación de cada uno con la de todos los demás, tanto individualmente, cuanto en su conjunto genérico, como tales derechos humanos. La obtención de resultados, que significan soluciones a los problemas que plantea la coexistencia de derechos aparentemente contrapuestos en el mismo ordenamiento, es una prueba más favorable al iusnaturalismo jurídico en el sentido clásico de la palabra; a mayor abundamiento, cuanto que otros sistemas no son capaces de ofrecer a las cuestiones planteadas respuestas satisfactorias.⁸³ Los derechos humanos, que tienen unos titulares personales, no pueden convertirse en foco de discordias, promovidas ni incardinadas en ellos mismos, ni planteadas por factores externos a ellos. La concreción de los principios de concordia, si bien se consigue negativamente porque no la obstaculicen los elementos externos, ha de encontrarse, positivamente, en ellos mismos, en la realización de su propia naturaleza.

XI. LOS DERECHOS HUMANOS, ILIMITABLES POR LA LEY POSITIVA

Conviene insistir en que los derechos humanos, derechos naturales, en cuanto que son anteriores a la ley positiva, exigen que ésta se adapte a su naturaleza, constituyen la medida de su justicia o injusticia y no pueden ser limitados por la Ley formal, por ninguna disposición legal de rango inferior, ni por ningún acto del poder público o de la autonomía privada. Son ilimitables. Esta opinión no es, por supuesto, unánime.⁸⁴ En conjunto se opone a ella el sentimiento positivista, más o menos consciente, de la doctrina,⁸⁵ la política⁸⁶ y cierta jurisprudencia.⁸⁷

cie del derecho a la información. Véase mi libro *La documentación: naturaleza y régimen jurídico*, en prensa.

⁸³ Cuando los positivistas españoles critican, por ejemplo, las llamadas Leyes Fundamentales del Régimen anterior, ¿en qué pueden fundamentar su crítica? El Fuero de los Españoles, por ejemplo, fue tan ley positiva como la Constitución de 1978. Un iusnaturalista puede criticar tanto una como otra ley; los positivistas ninguna de las dos, por axioma.

⁸⁴ "Los juristas sabemos que no hay derechos ilimitados", González Pérez, J., *El haz y el envés de la libertad de expresión*, en "ABC" del 3-VII-86, p. 39. Aquí no se pone en duda esta afirmación; lo que se niega es que puedan ser limitados o limitables por la ley positiva, cuando son derechos naturales. La elisión que pueden sufrir conforme a su naturaleza o en coordinación con otros derechos naturales no es limitación, como se verá más adelante.

⁸⁵ Por ejemplo, Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, 1973, pp. 137 y ss.

⁸⁶ En el tema de los "límites políticos" incurre también la doctrina jurídica: por

No faltan en la legislación manifestaciones a favor de esta tendencia al carácter no limitable de los derechos humanos.⁸⁸ En otros casos, se considera que estos derechos son irrenunciables; en cambio, tanto el ámbito del derecho, cuanto su protección, se remiten a lo que disponga la ley positiva.⁸⁹ En el fondo, el problema es de solución fácil si, como he dicho, se considera la naturaleza de los derechos por encima de las leyes positivas, incluso de la Constitución. En nuestro caso, la propia Constitución "reconoce", no "crea", ni "concede" los derechos. La misma doctrina positivista, que hace equivalente reconocimiento y concesión, valora la Constitución vigente y, también, el conjunto de Leyes fundamentales del Régimen anterior, con lo que está apelando a criterios precedentes y superiores a los constitucionales.⁹⁰

Cierto que la misma Constitución, en su artículo 20, por ejemplo y precisamente, emplea el término "limitaciones". Pero, aparte de estar referido a la libertad y no al derecho, como ya ha sido expuesto, no es aceptable la expresión, por dos razones. La primera, porque cita como tales limitaciones otros derechos humanos, lo que es incompatible con la naturaleza misma del Derecho como ordenamiento jurídico, conforme a la explicación de las elisiones del derecho a la información, que veremos más adelante. La segunda, porque difiere la limitación a la ley positiva, lo que resulta inaceptable porque pone en manos de los poderes públicos la ineficacia de un derecho fundamental cuando el propio artículo, en consonancia con lo dispuesto, con carácter general, en el

ejemplo, Recaséns Siches, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 3ª edición, México, 1965, pp. 596 y ss.; incluso la de raíz iusnaturalista: Castán Tobeñas, J., *Los derechos del hombre*, Madrid, 1969, pp. 20 y ss. Los políticos hablan de "desfundamentalizar" los derechos humanos: Peces-Barba, G., *Socialismo y Estado de Derecho*, en el volumen colectivo *Socialismo es libertad*, Madrid, 1976, p. 124.

⁸⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/84 de 26 de noviembre de 1984, recaída en el Recurso de amparo núm. 575/83. En cambio, la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de julio de 1981 había afirmado que la "limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales".

⁸⁸ La Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por ejemplo, está toda ella radicada en la idea de que esta ilimitabilidad se presume.

⁸⁹ Es lo que ocurre con la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: artículos 1.3; 8.1; y 2.1, respectivamente.

⁹⁰ Con términos distintos a los aquí empleados, se ha dicho desde la doctrina constitucionalista que la Constitución es "la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde estas premisas valorativas desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional". Vega, P. de, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en "Revista de Estudios Políticos", 7, 1979, p. 95.

artículo 9.2, obliga a los poderes públicos a promover la eficacia del derecho a la información.⁹¹ Aparte de argumentos valorativos, el artículo 20 contiene una contradicción interna entre la frase preliminar de su apartado 1 y el texto y contenido del apartado 4.

Limitar es un verbo transitivo que dirige su acción, y hace sentirla, hacia algo. Lo que quiere decir que sus efectos no proceden del algo mismo, sino de un agente externo. "Poner límites a un terreno", primera acepción que señala el Diccionario de la Real Academia, que no difiere de las siguientes,⁹² significa un acto por el cual, de una manera artificiosa y desde fuera, se fija la mayor o menor extensión que el terreno tenga, a determinados efectos. Esta limitación externa, artificiosa, que puede ser justa o injusta, pero que no ofrece garantía alguna de respeto a los derechos humanos y a su eficacia, es la que repugna a la naturaleza genérica de estos derechos y, por supuesto, a la específica del derecho a la información. Como derecho relacional y externo que es, las "limitaciones" pueden afectarle más que a otros derechos. El derecho a pensar no puede limitarse por muchas leyes que se promulguen o por muchas coacciones que sufra el individuo pensante. La expresión de ese pensamiento, sí que es artificialmente limitable, tanto más cuanto más pública sea; y tanto más cuanto más difusión pueda potencialmente alcanzar.

Las limitaciones por agentes externos a los derechos naturales, incluso por agentes normativos, son científicamente inconcebibles, si científicamente se ha determinado la esencia de los derechos humanos como naturales. Cualquier limitación externa a ellos, aparte de la injusticia material que pueda o no suponer, es ya formalmente una injusticia, un atentado contra un derecho que corresponde al hombre por el hecho de ser hombre. Las limitaciones, entendidas en su propio sentido, son incompatibles con el Estado de Derecho.

XII. LA COORDINACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si los límites son algo procedente del exterior, los derechos humanos no pueden ser limitados puesto que nada existe que pueda sobreponerse,

⁹¹ La cuestión sería grave por cuanto no reduce la posibilidad limitativa solamente a la Ley formal, sino a toda disposición legal. La necesidad de que las normas que regulan derechos fundamentales sean precisamente Leyes orgánicas parece evitar este riesgo de interpretación amplia. Pero sabemos que se han limitado derechos fundamentales por Leyes ordinarias y por disposiciones legales de inferior rango normativo, incluso emanadas de las Comunidades autónomas: recordemos el Estatuto de la Radio, Televisión, etcétera.

⁹² *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª edición, t. II, Madrid, 1984, p. 834.

por axioma, a la naturaleza del hombre. Pero esta cualidad de ilimitables externamente, no significa que los derechos humanos puedan ser ejercitados sin medida, incluyendo en ella la atención a ciertas circunstancias. Ahora bien, esta medida no viene de fuera, sino que está insita en la propia naturaleza, genérica e individualizada, del derecho.

Cada derecho pertenece al hombre para algo, acorde con la naturaleza; y, en relación con su teleología, está estructurado.⁹³ Como medio, su estructura no puede ser utilizada en contra, ni en detrimento de su fin. Además, cada derecho tiene su objeto propio, que conviene a la naturaleza humana.

Y el ejercicio del derecho no puede llevar a destruir o desvirtuar su objeto, lo que supone su autodestrucción. El derecho a la vida no puede llevar a destruir la propia vida: el suicidio va contra el primario de los derechos humanos.

En el derecho a la información estas aseveraciones se prueban con facilidad.⁹⁴ El mensaje de hechos, por ejemplo, como objeto del derecho a la información, tiene como constitutivo la verdad porque es conforme a la naturaleza del hombre conocer la realidad como es.⁹⁵ Reflejar los hechos mintiendo es desinformar. De este modo se utiliza un medio informativo para un fin contrario a la información, se destruye el objeto mismo del derecho: el mensaje informativo. Prohibir la información falsa de hechos no significa limitar el derecho a la información, ni su ejercicio libre,⁹⁶ sino, por el contrario, promover la información

⁹³ "Los derechos humanos reposan sobre un fundamento rotundamente objetivo. El derecho solo puede legitimarse en la medida en que defienda el contenido esencial de lo 'humano', plasmado en el imperativo kantiano de que el hombre no debe ser nunca instrumentalizado como simple medio al servicio de otros objetos", Ollero, A., o.c., p. 104. El derecho es medio para el hombre; la ley medio para el derecho y también para la libertad en cuanto modo de ejercitar el derecho.

⁹⁴ El derecho a la información "encuentra un punto de equilibrio en que, sin perjuicio de llenarse plenamente de sentido en una sociedad libre, permite igualmente el ejercicio en plenitud de los restantes derechos fundamentales", González Pérez, J., o.c., p. 39. Cosa distinta es la consideración de que no hay derechos sin deberes "porque el derecho no es nunca mera afirmación de la existencia propia, sino también asunción (mutuamente condicionante y potenciadora) de la existencia ajena". Ollero, A., o.c., p. 109. En muchas ocasiones los derechos no son otra cosa que la manera de poder cumplir los deberes: esto ocurre en los deberes —y derechos— profesionales. De aquí que se hable indistintamente de derecho o deber referido al mismo objeto. Por ejemplo, se habla de deber de secreto profesional y de derecho al secreto profesional. El segundo es el instrumento para cumplir el primero.

⁹⁵ Véase mi libro *La verdad en la información*, Valladolid, 1976.

⁹⁶ El artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta, Ley 14/1966 de 18 de marzo, derogado por el Real Decreto-Ley 24/77 de 1º de abril, decía: "La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocidos en el artículo pri-

y el derecho que la tiene como objeto. Cuando una ley, un acto de los poderes públicos o un acto privado, como el que puede proceder de la actitud contestataria,⁹⁷ impiden la difusión o rectifican la información falsa e, incluso, la castigan,⁹⁸ en el caso de la ley formal, no están limitando el derecho a la información, ni la libertad de expresión, sino procurando que la información sea conforme a su naturaleza y a la naturaleza del hombre y, por tanto, promoviendo su derecho.⁹⁹ Este ejemplo podría, por supuesto, generalizarse para cada derecho conforme a su fin, a su naturaleza y a su objeto. Un derecho natural, legitimado por su naturaleza, no puede ir contra su propia razón legitimadora.

Pero si cada derecho tiene su propia naturaleza porque está radicado en la misma naturaleza humana, propio de esta última es que la persona sea titular de varios derechos, de muchos, de todos, aunque solamente ejercite los que esencial y existencialmente precise para realizarse como hombre. Y esto ocurre con todos y cada uno de los hombres. Cada hombre es titular —ejerciente o no— de todos los derechos humanos.¹⁰⁰ De aquí que la naturaleza humana, al paso de la historia, haya ido deduciendo derechos que, aun cuando incardinados en ella, no habían sido

mero, *no tendrá más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad...*

⁹⁷ La que llamo actitud contestataria se regula en España en la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo del derecho de rectificación, cuya denominación me parece impropia, y cuyo artículo 1 dice: "Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere *inexactos* y cuya divulgación pueda causarle perjuicio".

⁹⁸ El artículo 165-bis b) del Código Penal, conforme a la redacción de la Ley 3/1967 de 8 de abril, derogado por la Ley 23/1976 de 19 de julio castigaba "a los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante la publicación de noticias falsas...". El artículo 594 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales" de 17 de enero de 1980, que fue retirado del Congreso de los Diputados castigaba a "los que a sabiendas publicaren o difundieren noticias falsas que causaren alarma o perturbaciones del orden público, o daños a los intereses públicos o privados".

⁹⁹ Conforme al artículo 20.1. d) de la Constitución se reconoce y protege el derecho a comunicar o difundir libremente "información veraz" por cualquier medio de difusión. El sintagma "información veraz" no es correcto porque si por información se entiende comunicación de hechos, como entiende el texto comparado con el 20.1. a), constituye una redundancia. Si se refiere a todo tipo de información sería inaplicable, dado que la difusión de ideas y de opiniones nada tienen que ver con la verdad. En cualquier caso, queda claro que no se reconoce el derecho a difundir información falsa de hechos o noticias falsas, sencillamente porque tal derecho no existe.

¹⁰⁰ Santo Tomás perfecciona la definición de Ulpiano de justicia —*suum cuique tribuere*— por otra fórmula que deja más clara la personificación individual del derecho: *ius suum unicuique tribuit*, en *De virtutibus cardinalibus*, I, 2ª 2ª, q. 57.

necesarios antes existencialmente. También nos sirve como ejemplo el derecho a la información. De la espontánea libertad de expresión del mundo clásico hasta el derecho a la información contemporáneo hay un triple proceso paralelo de evolución: la universalización comunitaria humana; la tecnificación de los soportes; y el esfuerzo racional de los autores.¹⁰¹

Ahora bien, la naturaleza humana no puede contradecirse a sí misma. No puede postular derechos que perteneciendo al mismo hombre, se contrapongan, se anulen o se atenúen al ejercitarlos por sí o en concurrencia con los demás hombres, titulares como él de los mismos derechos, en virtud, precisamente, del derecho natural de igualdad o de no discriminación. En la misma naturaleza del hombre se da, por una parte, la imposible contraposición de sus derechos y, por otra, la compaginación de su ejercicio en concurrencia con el ejercicio por sus semejantes. La unidad de naturaleza, la complitud de derechos necesarios para alcanzar su fin y la armonización individual y comunitaria de los derechos humanos son tan naturales como los derechos mismos.

Si bien se observa, estas cualidades de la naturaleza humana tienen un cierto reflejo en el ordenamiento jurídico de cada comunidad. Si el Derecho está hecho para el hombre y el ordenamiento tiene como fin el orden en la comunidad de hombres, esta extrapolación desde el plano humano al técnico si no es necesaria, tampoco resulta extraña. En efecto, el ordenamiento jurídico es único, completo y congruente. No es cuestión de explicar aquí lo que significa cada una de estas cualidades, implícitas en su misma denominación.¹⁰² Se trata tan sólo de destacar la coincidencia, que si no es causal, tampoco es casual. Ciertamente que las tres cualidades se predicen del ordenamiento en cuanto conjunto sistemático de normas; no, como en el caso de la naturaleza humana, de derechos. Pero esta diferencia sería más aparente que real, si tuviésemos en cuenta que las normas regulan derechos y que serían contradictorias normas que regulasen contradictoriamente derechos, en contra del principio de congruencia del ordenamiento. Tratándose de derechos humanos las razones son, empero, más profundas. En primer lugar, los derechos naturales —como reiteradamente se ha insistido— son la medida de las leyes y no al contrario; con lo que, por principio,

¹⁰¹ Véase mi trabajo *Reflejos del desarrollo tecnológico comunicacional en el Derecho de la Información*, en el volumen colectivo *Reflexos do desenvolvimento tecnologico na Comunicação Social*, Maia, 1984, pp. 83 a 106.

¹⁰² Se han llamado "la aporía de la unidad" y "la aporía de la complitud" del ordenamiento jurídico. Villar Palasi, J. L., *Apuntes del Derecho administrativo*, tomo I. Madrid, 1974, pp. 27 a 30.

no pueden ellos mismos contraponerse en el ordenamiento. En segundo término, la depuración racional de los derechos humanos —y, por tanto, de su coordinación— es producto de la ciencia jurídica, que no es tan sólo ciencia de las normas, sino también ciencia normativa. Derechos humanos y doctrina jurídica que los perfila forman así parte del mismo ordenamiento, a nivel distinto de las normas positivas, pero con eficacia normal en el nivel de éstas.

La imposibilidad de conflicto entre derechos humanos y la necesaria coordinación de tales derechos es tan superior a la ley positiva como los derechos mismos que coordina.¹⁰³ Lo que significa dos consecuencias, que pueden darse simultáneamente. Que la ley positiva no puede ir contra tal coordinación. Y que la ley positiva puede regularla y, sobre todo, determinar algún elemento circunstancial necesario para que esta coordinación se produzca, como puede ser la delimitación del tiempo y lugar, que se da, por ejemplo, en la declaración de estados excepcionales.¹⁰⁴

Es conveniente hacer notar que el hecho de que el ejercicio conforme de los derechos humanos no se funde en limitaciones externas, ni en supuestos de coordinación establecidos en la ley positiva, sino en la misma naturaleza del hombre y, en consecuencia, de los derechos, tiene dos efectos de distinto sentido. Garantiza la eficacia —natural— de los derechos, evitando arbitrariedades a las que el poder tiende siempre, si

¹⁰³ A los juristas les ha repugnado siempre la idea de conflicto de derechos. Bonilla y San Martín, A., en *Concepto y teoría del Derecho*, Madrid, 1897, pp. 163 a 172, rechaza la denominación de "colisión de derechos" para sustituirla por "concurso de derechos", que ha de resolverse en favor de aquel "que mejores títulos presente". La solución que da para valorar los títulos está, empero, "en armonía con las necesidades del medio social dentro de cual tiene lugar el conflicto", lo que le hace incurrir en un cierto positivismo sociológico. González Pérez, en su artículo citado, propone la palabra *cohabitación* porque el derecho encuentre "un punto de equilibrio en que, sin perjuicio de llenarse plenamente de sentido en una sociedad libre, permite igualmente el ejercicio en plenitud de los demás derechos fundamentales". A lo que añade: "Ese vocablo —*cohabitar*— tiene tanta fuerza plástica que —pese a su evidente impropiedad— no he resistido la tentación de emplearlo para traducir a "roman paladino" lo que constituye el fondo argumental de este artículo: la necesidad de que el derecho de libre expresión (artículo 20 de la Constitución) reduzca su natural tendencia expansiva a fin de que otros derechos —también fundamentales— puedan desenvolverse adecuadamente, sin ver menoscabado eso que la Constitución llama su "contenido esencial", contenido mínimo que ni siquiera la ley puede invadir, y sin el que el derecho es literalmente nada". Prefiero la palabra "coordinación" que significa ordenación conjunta u ordenamiento dispuesto sistemáticamente.

¹⁰⁴ En las normas que declaran los estados de alarma, excepción y sitio hay que determinar las circunstancias de ámbito territorial y duración (artículos 6.2, 13.2 y 32.2, respectivamente de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio).

no tiene controles externos. Pero, en el fondo, suponen una regulación más severa del ejercicio —natural— de los derechos humanos, puesto que las medidas de coordinación tienen la misma fuerza que los propios derechos que coordina. El que la regulación sea más enérgica en relación con los propios derechos humanos no puede significar que sea más excluyente de la eficacia del derecho, sino más rígida, porque eficacia y coordinación son material y formalmente de la misma consistencia. Una y otra son tan naturales y racionales como el hombre y sus derechos humanos.

El problema está en señalar unos criterios, cuanto más generales y comprensivos mejor, que sirvan para regular en cada caso, la coordinación. Coordinación en la que, necesariamente, alguno de los derechos humanos concurrentes habrá de ceder en todo o en parte la intensidad de su ejercicio en favor de otro. Se trata, por tanto, de encontrar unos principios de preferencia de unos derechos sobre otros, conforme a unas reglas genéricas que sean aplicables al ejercicio del derecho a la información, que hemos singularizado. Criterios o principios que —en consonancia con el planteamiento estrictamente jurídico del tema—¹⁰⁵ han de ser jurídicos, lo que no significa negación de otros criterios o principios basados en fundamentos metajurídicos, como la función social de los derechos.¹⁰⁶ Por el contrario, podrá observarse una coincidencia de soluciones que quedan reforzadas por el sólido basamento del Derecho que es la realización de la justicia. Estos criterios, conforme a un proceso de depuración progresiva del pensamiento, pueden reducirse a dos, en consonancia con la doble vertiente de los derechos: titularidad personal y elemento relacional comunitario. Al primero llamaremos principio de personalidad; al segundo, principio de comunidad.

XIII. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

El hombre es persona, sustancia individual de naturaleza racional, entitativamente; y, como concreta consecuencia jurídica, centro de atribución de derechos, deberes, facultades, obligaciones y responsabilidades. La simplicidad entitativa de la persona se va convirtiendo en algo proporcionalmente complejo cuando va asumiendo todo el papel que le

¹⁰⁵ Si se impone "la búsqueda de un planteamiento de los derechos humanos como realidad propiamente jurídica", Ollero, A., o.c., p. 103, este planteamiento debe extenderse a todos los aspectos del tema.

¹⁰⁶ Por todos, véase el esfuerzo de Lecrec, J., *El Derecho y la Sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona, 1965, pp. 82 y ss.; y Hervada, X., en la *Introducción* citada, pp. 27 a 37.

corresponde en la vida jurídica. Una medida importante de la personalidad del hombre la ofrece la capacidad de unificar la completa variedad funcional de sus operaciones en el centro sustantivo de atribución que es su persona. La que se llama unidad de vida no es otra cosa que la proyección personal de su propio ser, que homogeneiza la variedad de actos, actitudes, relaciones y situaciones en que el hombre se presenta en el gran teatro del mundo, lo que hace recordar el origen semántico del vocablo "persona". Esta unificación personal no trasciende, por supuesto, a otros hombres que hay que entender que proyectan también su personalidad a sus múltiples funciones, entre ellas las jurídicas. Porque, en el plano de la personalidad, los hombres —y las mujeres— son, por naturaleza, iguales. Es en su aspecto operativo en el que se puede establecer prevalencias de unas funciones sobre otras, sin que se arrolle el principio de igualdad sustancial. En otras palabras, es en el ejercicio de los derechos humanos donde deberá operar un principio que establezca preferencias.

Ni las funciones, ni los derechos están igualmente próximos al núcleo de la personalidad, que actúa como centro alrededor del cual es posible alinearlos. Unos afectan más directamente a la sustancia individual que otros. Como es esta sustancia individual lo que iguala a los hombres, es posible establecer relaciones comparativas entre uno y otro derecho por su relativa distancia al núcleo personal. Puestos en coordinación derechos diferentes de dos o más sujetos, habrán de prevalecer aquellos que afecten más directamente a la personalidad sobre aquellos que estén más distantes de ella. De esta manera, el principio de personalidad se traduce en solución de prevalencia del derecho que esté más próximo al núcleo de la personalidad, sobre el que está más distante. El principio sirve así para armonizar el ejercicio del derecho a la información con otros derechos humanos: cederá ante los más próximos al núcleo de la personalidad, prevalecerá ante los más lejanos. Lo que impone, en cada supuesto concreto, determinar la proximidad o lejanía de dos derechos en su connotación personal, uno de ellos el derecho a la información.

Parece evidente que el derecho más próximo al núcleo de la personalidad es el derecho a la vida,¹⁰⁷ derecho el más primario y natural de todos puesto que, sin vida, no puede hablarse de que existan otros

¹⁰⁷ Véase Corts Grau, J., *Curso de Derecho Natural*, cit., pp. 271 a 288 y bibliografía que cita. De éste y de los demás derechos a que se alude en las notas siguientes puede verse numerosos textos en el libro citado *Juan Pablo II y los derechos humanos*.

derechos. Ahora bien, la vida del hombre no es una vida vegetal, ni animal, sino una vida digna: del derecho a la vida emana de manera inmediata el derecho a la dignidad personal que también se llama derecho al honor.¹⁰⁸ La vida del hombre, personalmente considerada, con su dignidad, implica un ámbito de vida interior en la que, sin entrar en detalles, se producen los conocimientos y las decisiones, se asumen los derechos y las responsabilidades: el ámbito al que llamamos intimidad.¹⁰⁹ Vida, honor e intimidad son los derechos más próximos al núcleo de la personalidad que prevalecen sobre los más alejados, uno de ellos el derecho a la información que tiene su sede en la superficie relacional del hombre. Cuando el artículo 20,4 de la Constitución cita el honor y la intimidad como prevalentes a la información se está refiriendo a los correspondientes derechos sobre los mismos, está presuponiendo el derecho a la vida y ha de considerarse —aparte las impropiedades de lenguaje— una norma justa. La cuestión ya no está tan clara en el supuesto del derecho a la propia imagen porque es un derecho humano de doble vertiente: personal y relacional. En consecuencia, aunque en principio prevalece sobre el derecho a la información, esta prevalencia puede variar *secundum quod*, conforme a determinadas circunstancias en las que hay razones suficientes, decantadas por la doctrina y la jurisprudencia y después atendidas por la ley, para anteponer el derecho a la información.¹¹⁰

¹⁰⁸ Véase Corts Grau, J., libro citado en la nota anterior y bibliografía en pp. 289 a 302. El mejor tratado acerca de la materia que nos ocupa es el de Soria, C., *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981.

¹⁰⁹ Sobre el tema de fondo, jurídicamente entendido, véase mi trabajo *Intimidad e información, derechos excluyentes*, en "Nuestro Tiempo", 213, 1971, pp. 15 a 31. Aunque considero válidas hoy las consideraciones y conclusiones del trabajo, no así el título que, de conformidad con mis conclusiones actuales, reflejadas en el texto, llamaría *derechos coordinados*. La aparición de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ha tenido consigo una floración de obras y comentarios que no siempre aciertan a determinar lo que debe entenderse por intimidad como objeto de un derecho, quizá porque tampoco la Ley lo presupone. El que me parece más completo y plantea problemas más actuales es el de Miguel Castaño, A., de *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad*, Madrid, 1983.

¹¹⁰ La doctrina señala como supuestos de prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen:

- a) la popularidad o notoriedad de la persona (artistas, deportistas, políticos, etcétera), incluso en caricatura.
- b) cuando la imagen aparece accidentalmente por exigencias de la información.
- c) la intervención de las personas en hechos de interés público o desarrollados en público (en una manifestación, por ejemplo).
- d) la utilización de la imagen con fines científicos, didácticos o culturales.

El principio de personalidad es absoluto. Las circunstancias que hacen variar la preferencia en el derecho a la propia imagen sobre el derecho a la información se refieren también a elementos inmanentes de uno y otro derecho, no a circunstancias objetivas externas. Lo mismo podría decirse del derecho a la vida privada en armonía con el informativo. En relación con los tres derechos nucleares de la personalidad —vida, honor, intimidad— la elisión del derecho a la información es, por decirlo así, automática y total. La coordinación con el derecho a la información en este caso encuentra su solución en la prevalencia absoluta sobre éste. No se trata de una regla general, como en el derecho a la propia imagen, sino de una regla universal, que no admite excepciones, ni variantes circunstanciales.

Otros derechos, en cambio, ceden ante el derecho a la información que, si bien es relacional, lo es con respecto a otras personas, no con respecto a bienes, como puede ser, por ejemplo, el derecho a la propiedad, en el que la relación con otras personas es de tipo negativo y excluyente *erga omnes*.

El nexo relacional está en el primero más próximo al núcleo personal porque relaciona de modo positivo a dos personas. La cuestión se ve claramente en todas las relaciones de dominio que supone la empresa informativa y que, en ningún caso, pueden prevalecer sobre el derecho a la información. Otra cosa sería que la información dañase, de un modo u otro, la propiedad porque aquí no operaría el principio de personalidad, sino el interno del derecho que prohíbe hacer el mal a otro: *alterum non laedere*.¹¹¹

e) la exposición pública y difundida de la imagen por necesidades de la Administración de Justicia.

Los apartados a) y c) están contemplados en el artículo 8.2., de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Puede pensarse en otros supuestos que habrá que ponderar en cada caso: la imagen de personas que se han extraviado o han desaparecido, por ejemplo.

Por imagen no hay que entender tan sólo la representación de la apariencia física (fotografía, retrato pictórico, caricatura, etcétera), sino también la grabación de voz y, según una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1982, el retrato literario.

¹¹¹ La frase es una de las partes de la conocida definición de justicia de Ulpiano. Como tal, forma parte de cualquier derecho el no lesionar a otro en su persona o intereses; por tanto forma parte de la estructura del mismo derecho. Franquear la barrera del *alterum non laedere* me parece el único supuesto posible de aplicación de la teoría del abuso del derecho a los derechos naturales. Da una posibilidad mayor de aplicación Gómez Torres, C. J., *El abuso de los derechos fundamentales*, en el volumen colectivo, citado, *Los derechos humanos*, pp. 301 a 332.

De nuevo es necesario citar un derecho humano especial, que es el derecho de autor. Más radicado personalmente que el derecho de propiedad —de ahí la improcedencia de llamarle propiedad intelectual—¹¹² tiene una doble vertiente: crematística y moral.¹¹³ En cuanto a la primera cede ante el derecho a la información: en cuanto a la segunda viene a ser la expresión, con todas sus consecuencias, de una de las facultades del derecho a la información: la facultad de difundir.¹¹⁴ Cuando las razones del autor son verdaderamente morales en el sentido de razones de conciencia, el derecho a la información cede ante el derecho de autor. En otro caso, el derecho a la información prevalece. Esto explica la doble batiente en que consisten los dos párrafos del artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, a que en otro lugar me he referido por extenso.¹¹⁵

XIV. EL PRINCIPIO DE COMUNIDAD

El hombre es una persona individual y, como tal, es titular de derechos naturales. Pero, sin perder tal cualidad, ni la titularidad de tales derechos, el hombre es un ser social, no sólo porque su indigencia le impide valerse por sí solo, sino también porque la comunidad de hombres es un bien recíprocamente enriquecedor. La comunidad enriquece al hom-

¹¹² Se impone la denominación de "derecho de autor", no sólo en la doctrina, sino en las leyes más modernas en la legislación comparada; la última la Ley francesa, 85-66 de 3 de julio de 1985 *relative aux droits d'auteur et aux droits voisins*. Nuestra vieja Ley de 1879 se llama "de propiedad intelectual" y lo mismo el Proyecto presentado a las últimas disueltas Cortes Generales que, por tanto, hay que volver a presentar. La confusión puede ser mayor en el futuro por cuanto como "propiedad intelectual" se está entendiendo la llamada "propiedad industrial", objeto de un derecho radicalmente distinto, excepto en su origen creativo como mentefactura, del derecho de autor.

¹¹³ La dimensión crematística no es esencial al derecho de autor, como puede comprobarse por su historia: los efectos económicos del derecho de autor son relativamente recientes —alguno tan reciente en la legislación comparada que está ausente en nuestro Derecho, como el que los franceses llaman *droit de suite* que, en correcto castellano hay que traducir por *laudemio*—, no esenciales y renunciabiles. Lo contrario ha de decirse de los derechos o facultades llamados tradicionalmente "morales", que son las facultades que esencialmente la constituyen, sea troncalmente, como la facultad de difusión, sea por deducción de ésta, como la facultad de arrepentimiento. Véase mi libro *La información como derecho*, cit., pp. 94 a 123.

¹¹⁴ La doctrina jurídica civil, en cuya sede se había tratado tradicionalmente el derecho de autor, va llegando a esta misma conclusión: Padellaro, G., *Il Diritto d'Autore: la Disciplina giuridica degli Strumenti di Comunicazione sociale*, Milán, 1972.

¹¹⁵ Véase nota 63 y obra citada en la nota 113.

bre individualmente considerado; pero la comunidad está constituida precisamente por los hombres a los que enriquece. Lo que indica que la comunidad no constituye la suma de los valores que aporta cada uno de los hombres que la constituyen, sino que a esta suma se le añade un incremento, un *quid novum* casi misterioso, pero real, que resulta de la conjunción comunitaria de las personas individuales.¹¹⁶ En relación con el Derecho y, más concretamente, con los derechos humanos se advierte claramente este valor añadido. La comunidad, rigurosamente hablando, no es titular de derechos.¹¹⁷ Son titulares tan sólo las personas que la constituyen. Pero cuando todas las personas son titulares de un mismo derecho, éste se potencia para cada uno de los componentes: tal es la única razón de ser de los grupos sociales no personificados a los que la Constitución cuasireconoce analógicamente derechos.¹¹⁸ Lo que aquí llamamos comunidad puede tener como sustrato un grupo social, pero es algo más por la razón de que los vínculos sociales llegan a tener una fuerza recíproca de cohesión mayor. Primero, porque hablamos de derechos naturales de los que son titulares todos y cada uno de los hombres; puede decirse que, cuando de derechos humanos se trata, sus titulares constituyen el grupo social más amplio posible: la Humanidad. Segundo, porque estamos refiriéndonos en concreto a un derecho humano que, sin dejar de ser personal, es el más comunitario de todos, dado que sin su objeto —la comunicación— no es posible la existencia de la comunidad. La Humanidad como grupo social integrado por titulares personales del derecho a la información no puede decirse que haya constituido de modo efectivo una comunidad hasta que, merced al progreso técnico, se ha universalizado la información.

Precisamente la necesidad y posibilidad de comunicarse vienen dadas por la dimensión social o comunitaria del hombre. De ahí que se haya podido decir que comunidad y comunicación son términos relativos: no hay comunicación sin comunidad, ni comunidad sin comunicación. El derecho a comunicarse, como sustrato del derecho a la información, tiene pues, no sólo un fundamento personal, sino también social. Y esto

¹¹⁶ "No debe decirse solamente que *estamos* en la sociedad, sino que por naturaleza *somos* sociedad: nos une una dimensión natural de nuestro propio ser". Harvard, X., *Introducción*, cit., p. 46.

¹¹⁷ "Sería tentador sostener que es la 'comunidad' el sujeto de la justicia, si no fuera porque es evidente que únicamente la persona, y por tanto, el individuo, puede ser justo en el riguroso sentido de la palabra". Pieper, J., *Las virtudes fundamentales*, Madrid, 1976, p. 21. De modo paralelo se podría hablar de los derechos si se tiene en cuenta que solamente la persona es capaz de cumplir los deberes.

¹¹⁸ Artículos 9.2 y 20.4. Véase la nota 45.

en un doble sentido: en cuanto que es necesario al hombre para contribuir a formar la comunidad; y en cuanto que es necesario a la comunidad para la mejor integración posible de los hombres que la componen.

La coordinación de los derechos del hombre en cuanto persona individual y la del hombre en cuanto ser social tienen así distinto sentido. En el primer caso se trata de coordinar derechos homogéneos de los que son titulares personas individualmente distintas, por definición. En el segundo, los derechos coordinados pertenecen también a personas diferentes, pero no son homogéneos: suponen aspectos distintos de unas mismas personas, según se las considere individualmente o en cuanto componentes de una comunidad. Las reglas de coordinación estarán teñidas por tal diferencia.

Hay derechos cuyo ejercicio no afecta a la comunidad o le afecta positivamente. Otros son imprescindibles para que la comunidad exista. El más importante, sin duda, es el derecho a la paz, no reconocido expresamente en nuestra Constitución, aunque la doctrina considera que implícitamente está en el cuadro de los derechos fundamentales constitucionales.¹¹⁹ El derecho a la paz para la comunidad desempeña una función análoga al derecho a la vida para la persona individual. La total inexistencia de paz supone la destrucción de la comunidad; la inexistencia parcial es como una enfermedad que la debilita, la consume y la hace proclive a la inexistencia total. La paz incluye la seguridad física y jurídica, el respeto a los derechos; en una palabra, el orden. Orden no provisional o sostenido artificialmente, orden no meramente superficial, sino orden mantenido y orden participativo por los espíritus de los hombres. El derecho a la paz, como otros derechos que afectan a la comunidad en su totalidad, es decir a todos y cada uno de los hombres que la componen, ha de prevalecer sobre el derecho individual y, por tanto, sobre el derecho a la información en su aspecto personal: si no hay paz, no hay comunidad; si no hay comunidad, no hay comunicación; si no hay comunicación, no es posible el ejercicio del derecho a la información. El derecho a la paz es, por tanto, presupuesto para el derecho a la información.

Pero ha quedado dicho que el derecho a la información es también un derecho social. Se podría hacer un recorrido inverso, desde el derecho a la información al derecho a la paz: la información propiamente dicha, entendida en su más riguroso sentido jurídico, contribuye a la paz. La limitación ajurídica o antijurídica del derecho a la información atenta contra la paz. Esto hace que la prevalencia de la paz sobre la in-

¹¹⁹ Véase la bibliografía citada en la nota 31.

formación no sea de carácter tan absoluto, en cualquier momento, como vimos que era la prevalencia del honor, por ejemplo. Y, en efecto, así es. Cuando el derecho a la paz es eficaz —es decir, cuando hay paz— el derecho a la información tiene la posibilidad de desarrollar toda su eficacia comunitaria. Cuando no hay paz, el ejercicio incondicionado del derecho a la información puede ser destructor de la comunidad. Una explicación gráfica de este fenómeno puede darse en los siguientes términos: cuando la paz está en peligro total o parcial, el derecho a la paz entra en una tensión tal que, en el ámbito del ordenamiento jurídico, comprime al derecho a la información, tanto más cuanto más patente y real sea el peligro.¹²⁰ El derecho a la información solamente es ejercitable en la medida en que favorezca, con la vuelta a la situación de paz, el mantenimiento de la comunidad; o, al menos, en la dosis en que sea indiferente. A medida que la paz se va recobrando y la tensión del derecho a la paz va cediendo, el derecho a la información sufre menor comprensión y va recuperando su dimensión jurídica normal.

El derecho a la paz no es, pues, absoluto en el sentido que hemos dicho que es el derecho a la vida: en cualquier circunstancia. Puede llegar a ser absoluto si la paz falta totalmente o si está en grave peligro; pero, aun en ese supuesto, el derecho a la información podrá y deberá ejercerse en tanto en cuanto favorezca la paz; y podrá ejercerse en cuanto que le sea indiferente. Su prevalencia o no sobre el derecho a la información y la medida relativa de tal prevalencia dependerán de las circunstancias que afectan a uno y otro derecho. Es una prevalencia *secundum quid*.¹²¹

Lo mismo que se dice del derecho a la paz como el más omnicompreensivo de la comunidad puede decirse de los derechos y deberes que le afectan, algunos de ellos ya institucionalizados por la frecuencia con que se producen, como el derecho a la seguridad física o jurídica, el derecho a la libre circulación o el derecho al secreto judicial según el tipo de procedimiento y las fases de que cada tipo se compone.¹²²

El derecho a la información está dotado, pues, de una cierta elasticidad, de tal modo que, cesada la causa de su comprensión, recupera las

¹²⁰ Las medidas a adoptar y la duración de las mismas en los estados excepcionales "serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad". Artículo 1.2., de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

¹²¹ El análisis de las medidas concretas en relación con el Derecho a la información, en los estados excepcionales, en los que peligra la paz puede verse en mi trabajo *La información en los estados de alarma, excepción y sitio*, en prensa.

¹²² Véase el tema en mi libro *La función de informar*, Pamplona, 1976, pp. 127 a 136.

dimensiones jurídicas de su ejercicio pacífico. Dimensiones que no pierden cuando la armonización no se da como resta de uno de los derechos a coordinar, sino como suma de ellos: en la medida en que el derecho a la información promueve y facilita el ejercicio de otro derecho, no sólo puede, sino que debe ejercitarse.

Precisamente en el deber de informar se incluye el deber de formar al hombre en su conciencia de titular de derechos humanos que tiene que ejercitar, reclamar y defender, entre ellos el propio derecho a la información.

XV. CONCLUSIÓN

La coordinación entre el derecho a la información y los demás derechos humanos, no sólo no es limitación, sino que, en la mayor parte de los casos, ni siquiera supone elisión, reducción, comprensión de su ejercicio. Si hay que parar mientes en estos supuestos restrictivos, se debe precisamente a su anormalidad, no sólo jurídica, sino estadística. La Medicina dedica mucho más espacio al estudio de la patología de la respiración que a la respiración misma en su estado normal; los hombres no nos damos cuenta que respiramos hasta que nos afecta alguna de estas anormalidades. *Mutatis mutandis*, es lo que ocurre con el derecho a la información. En un porcentaje muy elevado, aunque no esté exactamente cuantificado, su ejercicio es en apariencia indiferente al de los demás derechos, pero contribuye a la realización de los demás derechos. Tan sólo excepcionalmente, cuando surge una anomalía, hay que estudiar los efectos de la coordinación entre derechos humanos y, destacado entre ellos, del derecho a la información.

NORMAS MÍNIMAS EN LA ÉTICA DE LA ABOGACÍA

Carlos ARELLANO GARCÍA

La sujeción del abogado a normas de conducta ineludibles, orientadas hacia el bien, tiende a enaltecer y dignificar la profesión jurídica en la que se defiende el orden, la justicia, la seguridad, la paz, la vida, la libertad, el patrimonio, el bien común y la honra.

Ostentar el título de abogado obliga al acatamiento ineludible de normas de ética que regulan su conducta para protegerlo de la maledicencia y otorgarle la certeza de que su conciencia no se ha maculado.

Las reglas de conducta moral que rigen al abogado deben emitirse reiteradamente a las nuevas generaciones de profesionistas jurídicos para que no sucumban a los riesgos o tentaciones que pudieran desviarlas del camino recto.

Se han hecho valiosos intentos de resumir en normas mínimas los deberes deontológicos del abogado, por juristas de varios países, a saber:

De gran belleza interna y externa son los principios orientadores de la abogacía enunciados por el gran jurista uruguayo Eduardo J. Couture y que denomina "Mandamientos del Abogado" y cuyo texto es el siguiente:

1º *Estudia*. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.

2º *Piensa*. El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3º *Trabaja*. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4º *Lucha*. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.

5º *Sé leal*. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.

6º *Tolera*. Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.

7º *Ten paciencia*. El tiempo se vega de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8º *Ten fe*. Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino moral del Derecho; en la Paz, sustitutivo bondadoso de la Justicia, y, sobre todo, ten fe en la libertad sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.

9º *Olvida*. La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fuera cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10º. *Ama a tu profesión*. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

Con matices distintos, la brillante mentalidad del jurista hispano Ángel Ossorio y Gallardo concibió el "Decálogo del Abogado:"

- I. No pases por encima de un estado de tu conciencia.
- II. No afectes una convicción que no tengas.
- III. No te rindas ante la popularidad ni adules a la tiranía.
- IV. Piensa siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti.
- V. No procures nunca en los tribunales ser más que los magistrados, pero no consentas ser menos.
- VI. Ten fe en la razón, que es lo que, en general, prevalece.
- VII. Pon la moral por encima de las leyes.
- VIII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.
- IX. Procura la paz como el mayor de los triunfos.
- X. Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de tu saber.

En Argentina, el ex presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, doctor J. Honorio Silgueira, dedicó a un colega amigo el siguiente decálogo:

- 1) Trata de ser tan honesto como preparado en el ejercicio de tu profesión: tuyo será así el camino del éxito.
- 2) No engañes al cliente ni le hagas concebir vanas esperanzas. Háblale con franqueza, no le ocultes ninguno de tus pensamientos, dile toda la verdad.
- 3) No transijas ni con las malas causas, ni con los malos jueces, ni con los malos litigantes baldón para ellos.

4) Ten confianza en la justicia y fe en la rectitud de los magistrados. No te consueles en la derrota pensando mal de una y de los otros.

5) No hagas uso de la inmoralidad o injusticia de la ley sino cuando te lo exijan ineludiblemente la fuerza de las cosas o las necesidades imperiosas de la defensa.

6) Sé prudente, firme y culto en todos tus actos. No descendas nunca, ni para lanzar improperios o recoger inmundicias.

7) No juzgues mal de las intenciones o conducta del contrario, ni menoscabas la preparación de tus colegas, ni de nadie, sin tener motivo fundado para ello. Dignifica la profesión por todos los medios.

8) No cristalices tu conciencia en la rutina. Estudia y consulta siempre. Ten cuidado con el error, que es humano.

9) Ocupa útilmente tu tiempo. No suscribas escritos indebidos, ni acumules montañas de papeles en los juicios, ni uses delaciones o procedimientos maliciosos, que no te acarrearán sino deshonor o descrédito. Cuida tu título, acuérdate de que has jurado.

10) Empuja siempre dentro de tu oficio y en tu medida la obra de nuestra evolución sociológica. No olvides el precepto bíblico: "no sólo de pan vive el hombre".

El jurista brasileño Ruy Barbosa preparó las "tablas" de la ley del abogado:

"No desamparar la justicia, ni cortejarla. No faltarle en la fidelidad debida, ni negarle el consejo.

"No desertar de la legalidad hacia la violencia, ni cambiar el orden por la anarquía.

"No preferir poderosos a desvalidos, ni rehusar el patrocinio de éstos contra aquéllos.

"No servir a la justicia sin independencia, ni torcer la verdad ante el poder.

"No colaborar en persecuciones o atentados ni patrocinar la iniquidad o la inmoralidad.

"No rehusar la defensa de causas impopulares o peligrosas cuando ellas son justas. Allí donde pueda verificarse, aunque más no sea un adarme de justo derecho, no negar al afligido el consuelo con la imparcialidad de un juez de sentencia.

"No convertir el estrado en mostrador, ni el saber en mercancía.

"No mostrarse sumiso con los grandes, no arrogante con los misérrimos. Servir al opulento con altivez, y a los indigentes con caridad.

"Amar a la Patria, amar mucho al prójimo, guardar la fe en Dios, en la verdad y en el bien."

En México, me he permitido formular los *Postulados del Abogado* y les ha llamado "postulados" porque el postulado es una proposición cuya verdad se admite sin pruebas y es necesaria para servir de base en ulteriores razonamientos.

Los Postulados del Abogado son los siguientes:

I. *Actualiza permanentemente tus conocimientos.* El Derecho es dinámico, no debes empezar a desconocerlo. Quien se empolva, muere lentamente como profesionista. Realiza los esfuerzos necesarios para enterarte de los nuevos ordenamientos, de las reformas, de las adiciones, de la nueva jurisprudencia y participa en la tarea exegética.

II. *Capacítate a través de los estudios de Posgrado.* La vida es corta para alcanzar el conocimiento pleno, pero deberás expandir tus conocimientos a través de estudios de especialización, de maestría y de doctorado. Si no es posible, por lo menos ilústrate en las obras jurídicas.

III. *Proscribe la pereza.* Haz fructífera tu vida profesional cotidiana. Programa las tareas con tiempo suficiente. En particular, recuerda que eres un esclavo de los términos que para ti vencen un día antes. Que la lentitud de los asuntos no te sea imputable.

IV. *Cumple irrefragablemente tus deberes.* Si adquiriste algún compromiso, aun si es cuesta arriba, harás honor a él. No requieres de presiones, basta el dictado de tu conciencia. Eres libre para no adquirir obligaciones pero, asumidas, como abogado que eres, no puedes soslayar su acatamiento puntual.

V. *Rechaza las tentaciones.* No estás en venta. Tu capacidad y tu preparación pertenecen al bien. Ninguna moneda puede adquirir desviación alguna de tu rectilíneo camino. Puedes vivir modestamente y gozar de la retribución proporcionada y honesta. No sucumbirás a la corrupción. Tu rectitud no claudicará ni un ápice.

VI. *La austeridad es tu línea.* No estudiaste para hombre enriquecido. No acumularás riquezas materiales, la abundancia espiritual será tu meta. No exagerarás el cobro de tus honorarios.

VII. *Asume tu responsabilidad.* Se te han confiado elevados valores humanos y deberás rendir buenas cuentas a tus patrocinados. No darás ocasión al descuido. Esmérate en la eficacia de tus esfuerzos. Medita profundamente el planteamiento de los asuntos antes de someterlos al juzgador.

VIII. *Proporciona permanentemente servicio social.* Al lado de tus servicios remunerados guarda un lugar de honor para el servicio social. Devuelve al pueblo y a tu país algo del privilegio que recibiste como profesionista. Ayuda a los desvalidos.

IX. *Serás respetuoso al ejercer la profesión.* Te abstendrás del lenguaje denostante en tus escritos y en tus intervenciones verbales ante las autoridades, ante la parte contraria y ante tu cliente. No utilizarás fórmulas tortuosas o dilatorias. Repudiarás intransigentemente el cohecho y no violarás el secreto profesional.

X. *Dignifica tu profesión.* Deberás apegarte a los más exigentes principios jurídicos y éticos que rigen la abogacía. Que jamás te sea imputable el sufrimiento de persona alguna. Que nadie te reproche atentar contra los derechos del hombre.

REFLEXIONES PARA LOS ESTUDIANTES

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO

SUMARIO: *Proemio. I. Precisemos la meta. ¿Qué se pretende? II. Cualidades en el que estudia. III. El método, es decir "El camino". IV. Consideración final.*

Durante mi vida de magisterio y ejercicio profesional de la abogacía muchos estudiantes me han pedido que les sugiera algunas ideas para mejor aprovechar sus estudios. Los diálogos francos con esos estudiantes me impulsan a escribir estas notas dirigidas a todos aquellos que se dedican al estudio de las disciplinas o asignaturas que los prepare para servir a su comunidad.

Así como caminante es el que camina, estudiante es el que estudia, el que dedica una parte importante de su tiempo a estudiar una materia, asignatura o carrera. No basta estar inscrito en una escuela o universidad para ser estudiante, como se ha pretendido en nuestro medio ambiente.

I. PRECISEMOS LA META. ¿QUÉ SE PRETENDE?

Aprovechar mejor en el estudio, es la meta. Eso entraña problemas de fondo: 1) ¿Qué es estudio y 2) ¿Para qué estudiamos?, de ahí vendría: 3) ¿Cómo estudiar?

Muchos piensan que estudiar es leer, repasar, aprender conocimientos vertidos en un libro, unos apuntes entregados por profesores o tomados por estudiantes. Primer y funesto error. No. Estudiar (los latinos dirían "studere") quiere decir entregar su afición, de ahí: procurar conocer, no es lo mismo que memorizar. Es el laboreo por llegar a saber, a conocer, a calar a fondo (*callére* quizás: "hacer callo"), no un mero diletantismo. Eso requiere "Poner el alma" en penetrar un tema, una asignatura. Eso pide también empeñarse con interés en tal tema, en adquirir tales conocimientos.

En íntima conexión viene, la segunda pregunta: "para qué estudiamos." Muchos "estudiantes" ni siquiera se detienen a pensar en esto.

Estudiar para pasar un examen, para obtener un título, para hacer dinero, para lograr un puesto, pocos para saber y así ser útiles de verdad a la humanidad, para desentrañar secretos de la naturaleza, para mejorar la sociedad, el mundo en que vivimos. Y de la falta de un ideal nace la del interés y el método en el estudio. Lo único que importa es el convencionalismo social: si comprando el título tengo mi puesto, ¡qué me importa el mismo estudio!, ni siquiera memorizar, menos poner mi alma, mi afición, procurar las condiciones en que mi "estudio" rinda todo lo que debiera rendir: la meta ya la alcancé, "mi" meta.

Quien esto entienda, comprenderá las sabias reglas que un eminente doctor (no es lo mismo que médico), daba a los estudiantes, condensadas en los siguientes puntos que brevemente comentaré:

El estudiante para desarrollar su labor requiere un clima, un ambiente propicio que le permita tener la tranquilidad que exige la concentración de la mente con miras a obtener los mejores frutos del estudio. Por ello desde hace varios siglos, Bernardino de Siena en 1427 propuso a los estudiantes de Siena "Siete reglas" para ayudarles a hacerse hombres de provecho cuya síntesis y comentarios he tomado de la obra "Ilustrísimos Señores" escrita por don Albino Luciani.

II. CUALIDADES EN EL QUE ESTUDIA

Paso a exponer las siete reglas:

"Primera regla, el *aprecio*. Uno no llega nunca a estudiar en serio si primero no aprecia el estudio. No llega a formarse una cultura si antes no estima la cultura". Muchos jóvenes "en vez de leer libros, no hacen sino frotar el asiento". "Ama los libros, así entrarás en contacto con los grandes hombres del pasado", "les hablarás y ellos te responderán; te escucharán y tu les escucharás, y obtendrás de ello gran placer".

¿Qué será del estudiante que no estudia? "Será como un cerdo en la pocilga, que come, bebe y duerme". "Será un 'Don Nadie', que no hará nada en la vida". Los grandes maestros deben ser conocidos, porque "ser confidentes de grandes ideas, vale más que ser inventores de ideas mediocres". Decía Pascal: "Quien sube sobre los hombros de otro ve más lejos que él, aunque sea más pequeño."

"Segunda regla, *Saber retirarse*. Apartarse de lo que distrae (arrancarse), es indispensable si queremos penetrar en los conocimientos, en los temas: Ello pide renuncia: renuncia a 'amistades' que arrastran a la ligereza, no se diga nada de los vicios, ligereza en las lecturas, ligereza en las diversiones, ligereza en la vida: 'Vamos al cine, no seas

fresa'; 'vamos al vacilón, va a estar de ambiente'. Lecturas teñidas de esa misma ligereza o de inmoralidad, 'novelas mejor que textos'. El estudiar impone apartarse de ese ambiente, de esos criterios. Los grandes sabios que en el mundo han sido van por muy distintas sendas. Recordar, profundizar, asimilar las nociones. También los atletas deben abstenerse de muchas cosas. El estudiante tiene algo de atleta. 'La separación que aconseja el maestro medieval se refiere al rechazo de las malas compañías y de las malas lecturas, porque "un libertino echa a perder a todos. Una manzana podrida puesta junto a las sanas, corrompe a todas las demás".'

"Tercera regla, *tranquilidad*. Nuestra alma es como el agua. Cuando está tranquila, es como el agua remansada; pero cuando está removida, se enturbia". "Por tanto si se quiere aprender, profundizar y recordar hay que tranquilizar y dejar reposar la mente. ¿Cómo es posible llenar la cabeza de todos esos personajes de las novelas, del cine, de la televisión, de los deportes tan vivos, entrometidos y, a veces, envilecedores y contaminantes y luego pretender que recuerden, profundicen y asimilen las nociones de los libros de texto, que en comparación con aquellos carecen de vida e interés? La mente del estudiante requiere un vacío de silencio a su alrededor, para que pueda mantenerse tranquila y limpia. Un poco de silencio y oración en medio de tanto barullo cotidiano no hace daño a nadie". El gran genio de Aquino, en frase de Petitot, su biógrafo, "ya desde el principio era callado". Pero "cuando este buey dio un mugido", resonó y sigue pasmando a todo el mundo y cuando de algo dudaba, doblaba sus rodillas pidiendo a la Luz Indeficiente le iluminara.

"Cuarta regla, *orden*. Equilibrio, justo medio, tanto en las cosas del cuerpo como en las del espíritu". "¿Comer? Sí, pero ni poco ni mucho. Todos los extremos son malos, la vía del medio es la mejor. No pueden llevarse dos cargas: el estudio y el poco comer, el demasiado comer y el estudio, porque lo primero te consumirá y lo segundo te embotará el cerebro. ¿Dormir? También; pero ni poco ni mucho. . . , es mejor levantarse a tiempo con la mente sobria. No pongas la carreta delante de los bueyes. . . , mejor es poca ciencia, bien penetrada, que mucha y mal", o a la ligera.

"Quinta regla, *perseverancia*. La mosca apenas se posa sobre una flor, pasa voluble y agitada, a otra; el abejorro se detiene un poco más, pero le gusta hacer ruido con las alas; la abeja en cambio, silenciosa y trabajadora se detiene, liba a fondo el néctar, lo lleva a casa y nos regala la miel: Nada de estudiantes-mosca, nada de estudiantes-

abejorro; te gusta la fuerza de voluntad, tenaz y operativa, no te falta razón. La mayor desgracia de un joven estudiante, más que la poca memoria, es una voluntad débil".

"Su mayor fortuna, más que un gran talento, es una voluntad firme y tenaz", para ello es necesario el fuego de las grandes ideas y de los grandes ejemplos.

"Sexta regla, *discreción*. Lo cual quiere decir: no correr más de lo que te permitan tus piernas; no coger tortícolis de tanto mirar a metas demasiado altas; no comenzar demasiadas cosas a la vez; no pretender resultados de la noche a la mañana". "Quien mucho abarca poco aprieta". La gota horada la roca, no por violencia, sino cayendo muchas veces.

"Séptima regla, *delectación*, es decir estudiar con gusto. No se puede perseverar en el estudio si no se le saca un poco de gusto". Decíamos que el estudio por su raíz quiere decir afición, interés. "El gusto no se tiene al principio, sino que va llegando poco a poco. Al comenzar siempre hay algún obstáculo: la pereza, que hay que superar, ocupaciones agradables que nos atraen más, la dificultad de la materia. El gusto llega más tarde, como un premio por el esfuerzo".

III. EL MÉTODO, ES DECIR "EL CAMINO"

Una vez que el estudiante se ha sabido rodear del clima propicio para el desarrollo del estudio, se pregunta ¿cómo estudiar? Esta legítima pregunta que todo estudiante se ha hecho alguna vez en la vida, por desgracia no ha sido respondida en la mayoría de los casos ni en la escuela primaria, ni en las escuelas de estudios más elevados. Por ello consideramos de interés las presentes notas tomadas de las enseñanzas de los maestros de quienes he tenido el privilegio de ser alumno, en las diversas Universidades o escuelas en las cuales he estudiado.

Las enseñanzas del célebre profesor Maldonado constituyen una de las guías más certeras para el estudio. Los consejos que el maestro daba a sus alumnos son los siguientes:

1. Preleer.
2. Atender
3. Entender.
4. Preguntar.
5. Discutir.
6. Estudiar.

Expliquemos así sea someramente tales consejos:

1. El estudiante que desea sacar provecho de una clase debe enterarse del tema que va a tratar el maestro y por ello antes de asistir a la clase necesita leer lo que se ha escrito sobre el mismo. En esa forma tiene al menos una vista panorámica y si captó, la clase le servirá para esclarecer sus dudas.

La lectura presupone el conocimiento del idioma, del vocabulario usual o especializado del tema sobre el cual versa la dedicación de quien lee. Pretender leer un párrafo sin entender todas y cada una de las palabras contenidas en ese párrafo es malgastar el tiempo. Es como escuchar música sin contenido, como hablar sin transmitir un pensamiento, una idea. Una lectura apresurada es una lectura no asimilada, inútil. Junto al libro que se lee, en nuestro medio se requiere un diccionario, de lo contrario quien pretende estudiar saldrá frustrado en su intento de aprender.

2. Una vez en clase, el alumno debe fijar su atención en lo que enseña el profesor, con miras a entender su mensaje científico, pues de lo contrario la asistencia a la clase será estéril, semejante a la presencia de las sillas en el salón de clase.

3. La palabra es el signo de la idea. Las ideas son el contenido del mensaje que el maestro transmite al alumno y por ello es necesario que el alumno capte, entienda las enseñanzas del maestro. Si el alumno entendió los principios, teorías o doctrinas explicadas por el profesor, la enseñanza habrá logrado su finalidad, porque la enseñanza carece de sentido, si no existe un aprendizaje de la misma por parte de su destinatario, que es el auditorio o el alumno a quien dicha enseñanza se dirige. Si el alumno no entendió las ideas que se le expusieron, entonces deberá exponer sus dudas para que se le esclarezcan y por ello será necesario pasar al siguiente punto.

4. Preguntar es innato al ser humano, porque nadie nace sabiéndolo todo. El niño crece preguntando a sus padres y a los mayores sobre el mundo que le rodea. El adulto continúa preguntando y preguntándose sobre las grandes y pequeñas incógnitas de la vida. Los maestros versados en su especialidad ayudarán a despejar esas incógnitas o señalarán el sendero para satisfacer las dudas. Por ello el estudiante debe superar el temor a su ignorancia ante quienes pueden satisfacer sus inquietudes.

5. "De la discusión nace la luz", expresa un antiguo adagio. Muchas veces pensamos que conocemos un tema o que tenemos una opinión verdadera y fundada sobre algo. Vivimos en un mundo que todo lo cues-

tiona y que rechaza los valores que tradicionalmente nos han sido enseñados. Por eso la discusión se hace necesaria para confirmar nuestras verdades cuando el adversario no tenga mejores razones que las nuestras o para corregir nuestros errores cuando el adversario nos exponga sus argumentos con los que nos convenza de lo contrario de aquello que pensábamos verdadero y que es falso.

6. Finalmente, una vez que hemos preleído, atendido, entendido, preguntado y discutido, será necesario que nos entreguemos a los libros para repasar las verdades aprendidas, fijarlas en nuestra mente, y vivirlas, aplicándolas mediante la *sindéresis* a cada caso que se nos presente.

En el estudio del Derecho muchos estudiantes se contentan con aprender definiciones de las diversas figuras jurídicas que ocupan su atención, así como los artículos que regulan diversas conductas. Pienso que tal sistema impide al alumno obtener el fruto merecido de su esfuerzo. El Derecho debe estudiarse por instituciones cuya savia da vida a las definiciones y articula los "artículos" de las diversas leyes, que de otra manera se verían desarticuladas.

Por ello un viejo y querido maestro de filosofía, en su primera clase nos incitaba a que estudiáramos el índice del libro de texto para conocer institucionalmente la asignatura que durante todo el año escolar iba a absorber nuestro tiempo. Y es que el índice de un libro es como el mapa de un alpinista que orienta cuando se encuentra en medio de la espesura del bosque. Sin mapa, sin ese índice, el alumno se perderá en nociones vagas y artículos desarticulados.

Junto con esa vista inicial del conjunto, necesaria para no "ver los árboles y perder el bosque", será necesario ver cada paso la conexión, la estructuración de una parte con la anterior y la siguiente; precisar el punto y sentido exacto de cada paso, lo contrario lleva al extravío o a la fragmentación.

Son los anteriores, consejos de larga experiencia. No menos útil para profundizar, es hacer por escrito la síntesis de lo estudiado día a día. En efecto, el estudio pide asiduidad, constancia. El tesón es el mejor maestro, cuando se estudia con buen método. Pero el tiempo es factor imprescindible.

La sabia y fructífera administración del tiempo es una de las cosas más difíciles de nuestra época; para un mercantilista "time is money", el "tiempo es dinero"; para un cristiano el "tiempo es eternidad". Para un estudiante el tiempo es la época de sembrar; pero la siembra debe hacerse con prudencia, sin holgazanería y sin precipitada desespera-

ción, tomando en cuenta la frase evangélica "*Sufficit diei malitia sua*", a cada día le bastan sus problemas. El estudio nocturno prolongado con exceso impide al alumno aprovechar el día siguiente, pues quien duerme poco, amanece cansado. No faltaba razón a nuestros abuelos cuando nos aconsejaban que el día se hizo para trabajar y la noche para dormir.

Estudiar por más de dos horas consecutivas es antipedagógico, pues una mente cansada no puede asimilar lo mismo que una mente despejada. Es preciso saber alternar los tiempos de estudio con los descansos.

Cuando nos dedicamos a estudiar, debemos eliminar de nuestra mente la distracción; cuando nos entregamos a la diversión debemos hacer a un lado las preocupaciones del estudio; de lo contrario las dos cosas las realizaremos sin mayor fruto. "*Age quod agis*" aconsejaban los maestros latinos, haz lo que estás haciendo.

El trabajo intelectual debe desarrollarse durante todo el año para poder asimilar las ideas, que requieren reflexión. Quien pretende pasar un examen estudiando sólo al final del curso se expone a escuchar al maestro medieval que aconsejaba "*Oportet studuisse, non studere*" "Debiste haber estudiado, ya es tarde para comenzar a estudiar". "*Non scholae, sed vitae*:" debemos estudiar para la vida, no para pasar un examen.

El verdadero estudiante no se contenta con memorizar y repetir las enseñanzas del maestro. Siguiendo a Ortega y Gasset, el auténtico estudiante universitario, también y sobre todo investiga, porque la investigación profundiza los conocimientos adquiridos, los corrige o depura y amplía los horizontes del saber, porque "poca ciencia aleja de Dios, mucha ciencia a Él lleva", decía Eugenio Pacelli (alias Pío XII) cuya capacidad intelectual fue reconocida de todos.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Es grato observar que en las universidades americanas y alemanas no hay huelgas de estudiantes, ni de maestros. Ya que lo que mucho cuesta, inclusive económicamente, mucho se aprecia. El estudiante americano muchas veces por las presiones de los estudios se siente obligado a estudiar durante diez y doce horas al día. Por ello para muchos estudiantes la universidad constituye un "campo de concentración estudiantil", y sólo así se explica la razón de tantos "Premios Nóbel" a científicos de los Estados Unidos de América.

¿Queremos que México se supere, que sea digno de estima? Dotémoslo de buenos profesionistas. Pero no lo olvidemos, el estudiante de hoy es el profesionista, el dirigente de mañana.

En nuestros días en que la juventud se siente tan atraída por las novedades americanas, a veces no tan convincentes, como cine, costumbres, modas, música, deportes, vale la pena imitar algo que sí es convincente: su forma de trabajar, su dedicación. En esa forma logramos poner nuestro grano de arena para la construcción de ese gran edificio que es nuestra patria.

Una disciplina férrea se requiere para llevar a cabo un sistema de vida realmente de estudiante. Pero el dicho popular es muy cierto: "Lo que mucho vale, mucho cuesta". "Las grandes cosas no se improvisan". "Roma no se construyó en un día". "Ni se ganó Zamora en una hora". La carrera de Derecho, no es una carrera de velocidad, sino de reflexión, de meditación para madurar conceptos, instituciones, que exigen un estudio permanente y metódico, no improvisado, de los mismos. Ya el Poeta latino nos prevenía de los sacrificios que conllevan las grandes empresas: "El que anhela conquistar la ansiada meta en las carreras, desde niño tuvo que privarse de muchas cosas e imponerse cargas pesadas, tuvo que someterse a duras fatigas y debió abstenerse de los placeres". Parodiando a Horacio podemos decir que quien anhela vestir la Toga con honor, debe hacerse digno de ella, debe esforzarse desde estudiante para alcanzar esa meta. "Arriba siempre con renovado esfuerzo, así se llega a las estrellas", nos enseña Virgilio en la Eneida.

COMENTARIO SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO *

Silvio ZAVALA

Comprensible es que la Escuela Libre de Derecho haya resuelto incluir la rama de la Historia jurídica en la celebración del septuagésimo quinto aniversario de su fundación. Porque como lo explica bien su Rector don José Luis de la Peza: "A escasos años de la fundación de la Escuela Libre de Derecho, fue establecida en ella por vez primera en nuestro país, la cátedra de la Historia del Derecho. Fueron sin duda, añade, las enseñanzas impartidas por don Rafael Altamira y Crevea, en un ciclo de conferencias dictadas a fines del siglo pasado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, las que influyeron en los directivos de la Escuela, para establecer en ella, esa entonces novedosa disciplina como materia obligatoria en la formación de los abogados". Esta explicación es altamente satisfactoria para quien habla, como antiguo discípulo mexicano de don Rafael en su Cátedra de "Historia de las instituciones políticas y civiles de América", que desempeñó en la Universidad Central de Madrid, de 1914 hasta su jubilación en 1936. Yo asistía a esa cátedra en los años de 1931 a 1933, y luego seguí en contacto profesional y amistoso con Altamira hasta su venida a México en calidad de miembro de la emigración de intelectuales provocada por la Guerra Civil Española iniciada en ese propio año de 1936, habiendo fallecido en nuestra patria el primero de junio de 1951. Por cierto que, con apoyo de instituciones españolas y mexicanas será recordado mediante una Exposición de su obra, y un Simposio, en el próximo mes de octubre en esta ciudad de México. Aquí asimismo acaba de ser reeditada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la obra de Javier Malagón y del suscritor sobre *Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre*, México, 1986, que recoge la Bibliografía a partir de la p. 80 y ofrece

* Leído por su autor el 26 de agosto de 1987 en la Escuela Libre de Derecho con motivo de la *Presentación de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (Cfr. *RIJELD*, 11, p. 835 *in fine*).

atractivas ilustraciones. Lógico será, por lo dicho, que la Escuela Libre de Derecho, participe plenamente en esa próxima recordación.

Volviendo a la cátedra establecida en la Escuela Libre de Derecho, informa el Rector De la Peza que: "fue impartida primero por don Miguel S. Macedo, quien años atrás había asistido a las conferencias de Altamira y era autor de una obra que reseña la Historia del Derecho Penal. En la cátedra le siguió don Toribio Esquivel y Obregón a quien alguien ha llamado "el padre de la Historia del Derecho en México", pues su obra, hasta nuestros días, es la más importante de la bibliografía histórico-jurídica mexicana". Agreguemos por nuestra cuenta que sus "Prolegómenos a la historia constitucional de México" han sido objeto de edición, presentación y notas de José Luis Soberanes Fernández, en la Serie de publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1980. Que sus fundamentales "Apuntes para la Historia del Derecho en México" han aparecido de nuevo en dos tomos de la Editorial Porrúa, en 1984. Que su obra acerca de "México y los Estados Unidos ante el Derecho Internacional", con prólogo de Antonio Gómez Robledo, se ha incluido en el Archivo Histórico Diplomático Mexicano de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en 1985. Y que su conocido estudio sobre "Hernán Cortés y el Derecho Internacional en el siglo XVI" ha sido reeditado por la Editorial Porrúa, en 1985, con Presentación del suscrito y acompañado por mi propio ensayo relativo a "Hernán Cortés ante la justificación de su Conquista". Todo ello muestra elocuentemente que don Toribio no ha sido olvidado y que sus enseñanzas continúan al alcance de los cultivadores de la rama del Derecho a la que consagró su talento y su energía. A la muerte de Esquivel y Obregón en 1946, fue don Javier de Cervantes y Anaya, su digno sucesor en la Escuela Libre de Derecho, y le tocó ser también primer catedrático de esta materia en la Universidad Nacional Autónoma de México, según recuerda el Rector De la Peza, añadiendo que: "Bajo las enseñanzas de estos tres grandes maestros se formaron por más de cincuenta años varias generaciones de abogados, algunos de ellos también dedicados al estudio de la Historia del Derecho y que con sus trabajos han mantenido viva hasta hoy, la presencia de la Escuela Libre de Derecho en el ámbito de la investigación histórica". Ahora, como es sabido, imparte la Cátedra de Historia del Derecho en la Escuela, don Francisco de Icaza Dufour, quien ha participado asimismo en los Congresos de Historia del Derecho en México que se vienen celebrando en los últimos años, habiendo tenido lugar el Cuarto en la ciudad de Querétaro y se pro-

grama el Quinto en la Universidad de Guanajuato. Justo es aquí recordar cuánto debe esta última labor al apoyo prestado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y a la dedicación generosa del doctor Guillermo F. Margadant, de la doctora Beatriz Bernal y del doctor José Luis Soberanes, equipo diestro que tiene también a su cargo la Recordación de Altamira a la que antes me he referido.

Tiempo es ya de hablar de la extraordinaria obra patrocinada por la Escuela Libre de Derecho que hoy se presenta. Según sobria y atinadamente resume el Colofón de ella, al fin del tomo cuarto, se trata de lo siguiente: "Como una aportación a la difusión de obras de interés para la historia del derecho en México y en homenaje al Quinto Centenario del Descubrimiento de América que habrá de celebrarse el próximo 12 de octubre de 1992, se editó, por vez primera en América y en ocasión del LXXV aniversario de haberse fundado la Escuela Libre de Derecho, la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, facsímil en cuatro volúmenes de su versión príncipe, en Madrid: Por Julián de Paredes, año de 1681. La edición de un mil ejemplares en papel cultura AM de 75 gramos, terminó de imprimirse durante el mes de marzo de 1987 en la ciudad de México, al cuidado de Miguel Ángel Porrúa". El tomo primero lleva el prefacio del Rector de la Escuela Libre de Derecho, don José Luis de la Peza, firmado en la primavera de 1987. Los cuatro tomos de la *Recopilación* van acompañados de un quinto tomo de "Estudios histórico-jurídicos", coordinado por don Francisco de Icaza Dufour, con enjundiosa Presentación por don Jesús Rodríguez Gómez, y un Prefacio por el senador Andrés Henestrosa. La lista de los trabajos se inicia con el del profesor español don Alfonso García Gallo, sobre "Génesis y desarrollo del derecho indiano", siendo de notar que cupo a este maestro suceder a don Rafael Altamira en la cátedra de Madrid, en los años de 1944 a 1953, y que ha tenido a su cargo asimismo la de "Historia del Derecho Indiano" en la Sección de América de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid, de 1945 a 1981, año de su jubilación. Ahora se encuentra ésta a cargo del doctor José Manuel Pérez-Prendes, autor de un importante "Curso de Historia del Derecho Español" que abarca el Indiano, cap. 22, pp. 815 y ss., editado en Madrid en 1984, en su cuarta impresión. Mucho hay que decir acerca de la bella reproducción de la edición original de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, de 1681. También del volumen de los "Estudios histórico-jurídicos" antes mencionado. Tratemos de ir a lo substancial.

El Rector De la Peza informa que la Escuela tiene el propósito de publicar una serie de textos fundamentales en el estudio de las fuentes para el conocimiento de nuestro Derecho, que se inicia con la presente edición de la *Recopilación*, ya que es un lazo entrañable entre la vieja España y las Indias. Es obra fundamental para el conocimiento del Derecho hispano-americano, tanto por su vigencia en los siglos pasados, como por la influencia que ejerció en la legislación posterior, y en algunas costumbres hasta hoy conservadas. Su alcance se extendió a las Islas Filipinas y a buena porción de lo que ahora es Angloamérica. El Rector recuerda el largo esfuerzo que hizo posible la promulgación de la *Recopilación*, mencionando entre los precedentes la obra de Vasco de Puga (que ha sido objeto de una espléndida reedición en facsímil patrocinada por Condumex, en 1985) y la de Alonso de Zorita (igualmente editada con esmero en 1983 por la Secretaría de Hacienda de México, en facsímil, con Presentación por Jesús Silva Herzog Flores, y Noticia Bibliográfica del senador Antonio Martínez Báez; otro volumen de 1984 facilita la lectura, estando dedicada la edición de ambos tomos a conmemorar el V Centenario del Descubrimiento de América, como ahora la de la Escuela). En la reedición de Puga colaboramos doña Refugio González y el suscrito. En la de Zorita, el doctor Alfonso García-Gallo y la doctora Beatriz Bernal, con el cuidadoso trabajo de paleografía a cargo de la maestra María Elena Bribiesca Sumano. Todo ello representa un considerable esfuerzo mexicano para recordar dignamente tanto la historia del Derecho Indiano como el próximo V Centenario del descubrimiento colombino.

No pasa por alto el Rector De la Peza la cuestión de la aplicación del Código de las Indias, punto sobre el cual se detiene asimismo don Jesús Rodríguez Gómez, recordando que la ley 22, título I, libro II de la *Recopilación*, ordenaba que: "Los ministros y jueces obedezcan y no cumplan nuestras cédulas en que intervinieren los vicios de obrepción y subrepción, y en la primera ocasión nos avisen de las causas por que no lo hicieron". Se ocupó de ello en su tiempo Esquivel Obregón, recalcando el propósito de corregir el precepto legal a la vista de más amplia información y las circunstancias relacionadas con la distancia de los nuevos reinos, la novedad y variedad de las cosas y la frecuente contradicción de las informaciones. A su vez García Gallo, en reciente obra sobre "Los orígenes españoles de las instituciones americanas" (Madrid, 1987, p. XIII), comenta que la licencia que se encuentra en algunas leyes indianas de que en determinadas circunstancias, "la ley se obedezca y no se cumpla", no tiene el sentido que se le ha atribuido

de legitimar la inobservancia, sino que busca evitar los daños que puede causar una ley que acaso se dicta con deficiente conocimiento de la realidad, suspendiendo la aplicación en consecuencia. A su vez el distinguido jurista guatemalteco don Julio César Méndez Montenegro, al publicar los *Autos Acordados de la Audiencia de Guatemala, 1561-1807*, México, 1976, pp. 24 y ss., enfoca correctamente el problema al decir que: "Las distancias enormes que separaban a la Metrópoli de los territorios indianos, las dificultades de comunicación y las informaciones no siempre suficientes y diledignas, justificaban la existencia de aquel precepto que, en cierta manera, contribuía a flexibilizar el Derecho indiano" (p. 26).

Algo más puedo añadir por mi parte a lo anterior. Hace años debí a la sabiduría del historiador mexicano don Luis González Obregón, la consulta en el Archivo General de la Nación de México, del ramo llamado "General de Parte". En él, a partir de 1575, se conservaban los asientos diarios del gobierno virreinal aclarando el sentido de las resoluciones. Pronto me di cuenta de que, en comparación con las leyes dictadas en la metrópoli española a mayor distancia, los mandamientos del virrey representaban una fuente de derecho mucho más cercana a la aplicación. Mi estudio se concretó a las disposiciones relativas a la historia del trabajo indígena, pero ellas fueron tan abundantes que dieron origen a la edición de las *Fuentes* por el Fondo de Cultura Económica, 1939-1946, en ocho volúmenes, y otro adicional de *Ordenanzas*, por la Editorial Elede en 1947; con reedición de los nueve tomos por la Secretaría del Trabajo en 1980, cuando estaba a cargo del culto funcionario don Pedro Ojeda Paullada. Después he hallado mandamientos anteriores del primer virrey don Antonio de Mendoza y del segundo virrey don Luis de Velasco, que ya pueden consultarse y de los que hago uso en los volúmenes que El Colegio de México y el Colegio Nacional vienen publicando conjuntamente bajo el título de: "El servicio personal de los indios en la Nueva España", 1984-1985-1987.

Últimamente he advertido que se ha dado otro paso más de acercamiento al derecho vivido cotidianamente al darse a conocer los asientos del corregimiento de Toluca, por la maestra María Elena Bribiesca, en 1984, Gobierno del Estado de México; y del corregimiento de Cholula, por el maestro Cayetano Reyes, en 1973, I.N.A.H.-S.E.P. En ellos puede decirse que lo dispuesto y lo aplicado van de la mano y que el gran inconveniente de la distancia queda eliminado. Pero téngase presente que ese derecho vivido se encuentra cercano a los intereses de las partes (labradores, obrajeros, mineros, etcétera), que muestran un rea-

lismo a veces tirante, como suele ocurrir en las relaciones de trabajo y de pago en cualquier derecho. En esas circunstancias se aprecia mejor igualmente el esfuerzo de los religiosos y funcionarios que tratan de mejorar tales situaciones.

Otro elemento que me atrajo en la Presentación de don Jesús Rodríguez Gómez, se relaciona con su reconocimiento a la memoria de la reina Isabel la Católica por haber patrocinado el Descubrimiento de América y dejado en su testamento su ceñida recomendación para que los indios no reciban agravio en sus personas y bienes, y sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, se remedie. Une esa apreciación al hecho de que Isabel nació en Madrigal de las Altas Torres, como también don Vasco de Quiroga, cuya obra después de más de cuatro siglos es reverenciada férvidamente. Recuerda los nexos entre esa tierra castellana y la de Michoacán con la erección de un monumento a don Vasco en el Jardín de las Rosas, en Madrigal. ¡Qué nivel de jurista alcanzaba don Vasco! y cómo puede servir de ejemplo a quienes se acerquen al Derecho aun en nuestro tiempo, se desprende de dos episodios de su carrera de oidor, miembró de la Segunda Audiencia llegada a la ciudad de México a principios de 1531, que vamos a describir brevemente. Se le había encomendado que conociera de las causas de los indios que acudían al tribunal para pedir sus libertades. Don Vasco se asesoró de cuatro jueces de los mayores suyos que decían sus costumbres, y se les alababan las que se consideraban buenas y se corregían las malas. Quiroga influía en favor de la libertad de los indios. Fue una conducta inteligente y modesta que acercaba al juez español al acierto en vez de imponer la regla de un derecho que podía errar por desconocimiento intrínseco de los casos. Mas el juez español era asimismo cristiano y se indignaba cuando veía las caras de los indios marcadas con el hierro de los dueños. Se quejaba, en particular, de que en la Nueva Galicia se hacían esclavos hasta las mujeres con los hijos de teta de tres o cuatro meses a los pechos de las madres, y herrados todos con el hierro que dicen del Rey, casi tan grande como los carrillos de los niños, y los traen a vender a esta ciudad de México, en los ojos de esta Audiencia, como hatos de ovejas, a mi ver y creer, por lo que de ello sé, inocentísimos, que no hay corazón de carne cristiano a mi ver que lo sufra. A los indios condenados a las minas, siendo libres e inocentes, los venden y los compran, y los hierran en las caras por tales esclavos, y se les aran y escriben con los letreros de los nombres de cuantos los van comprando, unos de otros, de mano a mano. Y algunos hay que tienen tres y cuatro letreros, y unos vivos

y otros muertos, como ellos llaman los (letreros) borrados. De manera que la cara del hombre que fue criado a imagen de Dios, se ha tornado en esta tierra, por nuestros pecados, papel, no de necios, sino de codiciosos, que son peores que ellos y más perjudiciales. A quien venía a esta tierra para defender la libertad cristiana, le pesaba ese estado de cosas y pedía vehementemente su reforma. Todo esto me hace pensar que la Escuela Libre de Derecho podría honrar la memoria de don Vasco como sabio jurista español ligado profundamente a los orígenes de nuestra sociedad. Dedicarle una de las Salas de la Escuela, tener su imagen en pintura o escultura en ella, recordar sus enseñanzas, sería tan laudable como vemos que lo es la guarda del recuerdo de Francisco de Vitoria y de su obra en la Universidad de Salamanca.

Quisiera, por último, hacer mención de la notable lista de colaboradores que figura en el tomo de Estudios histórico-jurídicos, editado por la Escuela en acompañamiento de los cuatro tomos de la *Recopilación*.

Ya mencionamos al maestro español don Alfonso García-Gallo. En relación con Guillermo F. Margadant, agreguemos que se le debe un reciente "Panorama de la Historia Universal del Derecho", edición de Miguel Ángel Porrúa, México, 1983, obra que honraria a cualquier país en que se publicara por la amplitud y el fundamento de su temario. José Luis Soberanes se ocupa, como en ocasiones anteriores, de "la administración de justicia". Beatriz Bernal, ya recordada por su trabajo concerniente a la Recopilación de Zorita, se detiene a examinar "Los Comentaristas novohispanos a la Recopilación". María del Refugio González, recordada por su trabajo acerca de Vasco de Puga, aborda aquí con su esposo Roberto Moreno de los Arcos, "La minería en las Leyes de Indias". Fernando A. Vázquez Pando vuelve a tratar de "El derecho monetario en las Indias". Y perdóneseme que no pueda abarcar a todos los autores y temas porque rebasaría el tiempo del que prudentemente dispongo para cerrar estas palabras.

Solamente quisiera al terminar aplaudir la decisión de la Escuela cuando dedica su edición conmemorativa no sólo al LXXV Aniversario de su fundación, sino al mismo tiempo, a la conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América. Algunas alusiones a ello se encuentran en los textos aquí publicados del Rector De la Peza, de don Jesús Rodríguez Gómez y del senador Andrés Henestrosa. Por mi parte he dedicado al tema dos estudios, uno histórico y otro lingüístico, y llego en ellos a la conclusión de que el uso durante cinco siglos del término Descubrimiento es correcto y no requiere cambios ni adiciones. Al ver que la Escuela adopta la misma conclusión, me congratulo de

ello, y doy a sus autoridades mis más expresivas gracias por haberme concedido el honor de dirigir estas palabras al selecto auditorio aquí reunido para la presentación de la insigne obra que hemos comentado.

Ciudad de México, a 26 de agosto de 1987.

REFERENCIAS DEL CICLO ESCOLAR 1987/1988

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. *Calendario escolar*. II. *Nueva Junta directiva*. III. *Personal administrativo*. IV. *Personal del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. V. *Plan de estudios y profesorado*. VI. *Conferencias, mesas redondas, seminario y curso*. VII. *Actividades de la Sociedad de Alumnos*. VIII. *Publicaciones*. IX. *Biblioteca*. X. *Otros acontecimientos*. XI. *Apéndices*: 1. *Alumnos titulados y tesis presentadas en el ciclo 1987/1988*. 2. *Alumnos premiados en el ciclo 1987/1988*. 3. *Premio "Eduardo Trigueros Sarabia" 1986/1987*.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: jueves 3 de septiembre de 1987, 9:30 hrs.

Iniciación de los mismos: lunes 7 de septiembre de 1987.

Vacaciones:

A) Del 19 de diciembre de 1987 al 3 de enero de 1988.

B) Semana santa, del 28 de marzo al 3 de abril de 1988.

Exámenes preordinarios: del 23 de mayo al 10. de junio de 1988.

Exámenes ordinarios: del 6 de junio al 15 de julio de 1988.

II. NUEVA JUNTA DIRECTIVA

Rector don José Cándano y García de la Mata y vocales: don Fausto Rico Álvarez, don Fauzi Hamdan Amad y don Jorge Adame Goddard —primero, segundo y suplente—, elegidos por la Junta general de profesores el miércoles 11 de noviembre de 1987.

III. PERSONAL ADMINISTRATIVO

Prosiguieron: don Pedro Barrera Ardura, secretario general; don Jaime del Arrenal Fenochio, secretario académico; don Graciano Contreras, tesorero; don Jorge Adame Goddard, director del Consejo Editorial de la *RIJELD* y del Fondo para la Difusión del Derecho; el

alumno Armando Trigo Rizo, gestor de la Secretaría General; y quien esto escribe, coordinador de seminarios.

IV. PERSONAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Integrado por los antedichos abogados Del Arenal, Adame, el autor de estas líneas y la pasante doña Laura Urbina Gómez durante todo el ciclo y, a partir del 16 de junio de 1988, también por don Francisco Villalón Esquerro.

V. PLAN DE ESTUDIOS Y PROFESORADO

Comparativamente con los del curso anterior (publicados en *RIJELD* 11, 1987, pp. 837-841) ha de señalarse respecto de las materias que en el de 87/88 no hubo en 4o. Año B curso piloto de Derecho constitucional ni en 5o. la optativa de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

En 1o. B, don Horacio Aguilar Álvarez sustituyó en Derecho civil al titular don Carlos Traslosheros Peralta, con licencia.

En 2o. A, don Emilio González de Castilla asumió la cátedra de Derecho civil por fallecimiento del titular don Francisco García Jimeno, que de Dios goce.

Y al seminario de Derecho civil de ese grupo regresó la titular doña Adriana López González en lugar del sustituto don Leobardo Villela Silva.

En 3o. A, don Carlos Colín Núñez, por retiro, dejó Derecho laboral y fue sucedido por don Francisco José Simón Conejos, quien a su vez lo fue en Derecho procesal laboral de 3o. B por don Roberto Colín Piana.

Del seminario de Derecho civil, grupos A y B, se hizo cargo don Luis Zuno Chavira en vez de don Lorenzo Foubert.

En 4o. B, doña Isabel Becerril sustituyó en Seguridad social a don Juan Antonio Peralta Valdés, con licencia.

En seminarios, don Jorge Gaxiola sucedió en el de Administrativo, grupos A y B, a don Fernando Cataño Muro Sandoval. En el de Mercantil repitió don Julián Real Vázquez y don Luis Norberto Cacho Pérez por segunda vez consecutiva atiende el de Procesal Penal grupo A (Cfr. *RIJELD cit.*, p. 840).

En 5o. A, don Miguel Villoro Toranzo regresó a su cátedra de Filosofía del Derecho, que atendiera el curso pasado el sustituto don Juan Miguel Alcántara.

Y en Derecho internacional privado, doña Josette Serrato de García pasó del grupo A al B y doña Laura Trigueros de éste a aquél.

VI. CONFERENCIAS, MESAS REDONDAS, SEMINARIO Y CURSO

El Comité de festejos del LXXV Aniversario de la ELD, a más de las mencionadas en *RIJELD* 11, 1987, pp. 830-834, organizó:

1. Un *Segundo ciclo de mesas redondas de Derecho civil* durante los días 4, 6, 9 y 10 de noviembre de 1987, sobre los temas:

Fuentes de las obligaciones en el Código Civil.

Lic. Manuel Bejarano, coordinador; Dr. Ignacio Galindo Garfias, Lic. Cecilio González Márquez, Dr. Jorge Adame Goddard y Lic. Emilio González de Castilla, conferencistas.

Ineficacias jurídicas en doctrina y en nuestro Código.

Lic. José Manuel Villagordoa, coordinador; Dr. Manuel Borja Martínez, Dr. Alberto Pacheco, Lic. José Joaquín Herrera Zamora y Lic. Salvador Mier y Terán, conferencistas.

Reestructuración de la regulación jurídica de los contratos.

Contratos atípicos.

Dr. Miguel Acosta Romero, coordinador; Lic. Salvador Rocha, Lic. Fausto Rico Álvarez, Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo y Lic. Jorge Sánchez Cordero, conferencistas.

Sociedades civiles y su régimen fiscal.

Lic. Fernando Vázquez Pando, coordinador; Lic. Ramón Sánchez Medal, Lic. Jorge Sainz Alarcón, Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Lic. Mario Becerra Pocoroba, conferencistas.

2. Un *Ciclo sobre derechos monetario y bancario* durante noviembre y diciembre de 1987:

Derecho monetario:

Conferencia del Lic. Francisco Borja Martínez: *Situación del Derecho monetario mexicano* (16-XI-87).

Conferencia del Lic. Fernando Vázquez Pando: *El régimen monetario internacional y sus relaciones con el Derecho interno* (18-XI-87).

Panel (23-XI-87):

Lic. Roberto del Cueto: *Inflación y Derecho constitucional*.

Lic. y C.P. Enrique Calvo: *Inflación y Derecho fiscal*.

Lic. Ramón Sánchez Medal: *Inflación y Derecho de los contratos*.

Panel (25-XI-87):

Lic. Roberto del Cueto: *El régimen cambiario mexicano*.

Lic. Jorge Camil: *El control de cambios y la deuda exterior privada*.

Lic. Eduardo Fernández García: *Mecanismos de cobertura de riesgos cambiarios*.

Derecho bancario:

Conferencia del Lic. José Luis de la Peza: *Desarrollo institucional del sistema financiero mexicano* (27-XI-87).

Panel (30-XI-87):

Lic. José Gómez Gordo: *Régimen constitucional y elementos definitorios de la intermediación bancaria*.

Lic. Jorge Barrera Graf: *Sociedades nacionales de crédito*.

Lic. Francisco Borja Martínez: *La banca central en México*.

Panel (2-XII-87):

Lic. Octavio Igartúa: *Régimen de las entidades financieras del exterior*.

Dr. Miguel Acosta Romero: *Relaciones de la banca con otros intermediarios financieros*.

Lic. José Sáenz Viesca: *Participación de la banca en el mercado de valores*.

La Sociedad de Alumnos promovió:

Conferencia de ambientación para los alumnos del primer año, a cargo de Esteban Dalehite, Mariano Moreno Canepa y Claudia Paz González (9-IX-87).

Aspectos históricos, anecdóticos y reglamentarios de la ELD, por don Ignacio Soto Borja y don Carlos Mainero (30-IX-87).

Vivencias ante una oportunidad, por doña Griselda Álvarez (21-X-87).

El Mercado Libre como elemento del desarrollo en la América Latina, don Armando de la Torre (oct. 87).

Seminario sobre la Historia de la ELD, don Jaime del Arenal Fenochio (4, 11 y 18-XI-87).

Libremente sobre la Libre, con doña Guadalupe Loaeza (5-XI-87).

El artículo 115 constitucional y sus efectos sobre el municipio, don Luis René Martínez Souverville (17-XI-87).

Perspectivas del Mercado de Valores, don Alejandro Tuñón (nov. 87).

Reflexiones sobre el Derecho bursátil, don Octavio Igartúa Araiza (13-I-88).

Curso de Oratoria, por don Sergio Huacuja Betancourt (ene.-abr. 88).

Culpabilidad e imputabilidad, don Renato Sales Gasque (20-I-88).

Las empresas pesqueras en el México actual, don Pedro Ojeda Paullada (24-III-88).

Informática jurídica, por don Julio Téllez (12-IV-88).

Perspectivas de la ELD, don Miguel Villoro Toranzo y don Jaime del Arenal Fenochio (21-IV-88).

VII. ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS

Además de la antedicha promoción de conferencias, la Sociedad de Alumnos intensificó sus labores culturales y sociales en muy diversas formas, por ejemplo, mediante torneos académicos y deportivos, escalamiento al Popocatépetl, concursos internos o interuniversitarios de declamación y oratoria, levantamiento de cuestionarios de evaluación magisterial, búsqueda de empleo para estudiantes, colocación de éstos en casas de asistencia, asesoría jurídica gratuita, difusión de noticias de interés general en la Escuela, mejoras materiales, conciertos, publicaciones, etcétera.

VIII. PUBLICACIONES

Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho (RIJELD), Año 11, Núm. 11, México, 1987, 943 pp.

La Fundación de la Escuela Libre de Derecho, por don Jaime del Arenal Fenochio. Sobretiro de la sección monográfica de la *RIJELD*, cit., pp. 555-805.

Escuela Libre de Derecho, folleto de divulgación, emitido por las secretarías general y académica de la institución.

Estudios Jurídicos 2, Comité ejecutivo de la Sociedad de Alumnos, México, 1988, 131 pp.

Pandecta, núms. 7 y 8 (jun.-dic. 87) y 9 y 10 (mayo, 88), revista de los alumnos.

Orbi, mayo 1988, de los alumnos.

IX. BIBLIOTECA

Continuó la clasificación del fondo reservado e inició la de libros donados por los familiares del extinto don José Ángel Ceniceros, ex alumno de la ELD, a quienes agradece, del mismo modo que al Despacho Creel Abogados por cinco grandes cajas de folletería jurídica, política e histórica del siglo pasado, y a la Sociedad de Alumnos por una fotocopidora.

Se adquirieron 270 obras importantes, entre las que viene la *Colección histórica jurídica* del Senado de la República; además de ellas, 61 volúmenes de Jurisprudencia y tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de las cuatro salas y de los Tribunales Colegiados, así como 10 Apéndices a los 55 años de Jurisprudencia mexicana y tomos de la compilación de precedentes que no han integrado Jurisprudencia de la misma SCJ.

Concluyéronse las obras materiales de remodelación de la estantería y alfombrado, y entraron en servicio carros de distribución.

La sección de revistas, nacionales y extranjeras, celebró nuevos intercambios y se revistió de aptas medidas de control y de disponibilidad.

X. OTROS ACONTECIMIENTOS

De las actividades extramuros, recordemos, entre otras, las del investigador don Jaime del Arenal Fenochio, quien del 7 al 18 de septiembre de 1987 participó como docente de la materia "*Evolución de*

los sistemas jurídicos contemporáneos", del programa de especialidad y maestría en Derecho público que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, en Mexicali; intervino en una mesa redonda sobre *La Constitución y la Democracia* el 4 de febrero de 1988 en la Cámara de Diputados, con motivo del aniversario de la Carta fundamental; conferenció sobre *Salvador Abascal* en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM el 11 del mismo mes, dentro del ciclo "La otra cara de la Historia"; y disertó sobre *El marco jurídico conceptual de la expropiación* en la "Commemoración del L Aniversario de la Expropiación Petrolera", organizada por la Academia Mexicana de Historiadores y Cronistas Parlamentarios, A. C., en la Capilla del Instituto Cultural Helénico (Av. Revolución, 1500) el 16 de marzo.

Didáctica del Derecho, curso de quince horas para docentes de éste en la Escuela de Contaduría y Administración de la U. La Salle, del 4 al 8 de julio, tuvo como expositor a quien esto escribe.

Un día de diciembre fueron homenajeados los maestros con un banquete; y el encuentro anual de generaciones verificóse el 11 de marzo en la comida organizada por la Sociedad de Alumnos.

XI. APÉNDICES

1. ALUMNOS TITULADOS Y TESIS PRESENTADAS EN EL CICLO 1987/1988

- 2047 Emilio Iván Castrejón Mercado
El concurso de delitos y la acumulación de procesos: Aspectos prácticos.
18 de septiembre de 1987.
- 2048 Carlos Bornacini Hervella. * *Mención en su examen Algunas consideraciones sobre la múltiple imposición.*
23 de octubre de 1987.
- 2049 Armando Alfonso Gallástegui Paredes
La historia del concepto nación y su derivado nacionalidad.
30 de octubre de 1987.
- 2050 Gabriel Reyes Orona. ** *Tesis laureada y mención en su examen. La personalidad de los entes públicos en el Código Civil del Distrito Federal.*
12 de noviembre de 1987.

- 2051 José Arturo Ramírez Loredó
Análisis comparativo del tratamiento de los riesgos de trabajo en la Ley Federal del Trabajo y en Ley del Seguro Social.
18 de noviembre de 1987.
- 2052 Dolores Martina Lafuente Casillas
Sucesión extrajudicial.
24 de noviembre de 1987.
- 2053 Fernando Hégewisch Díaz Infante. * *Tesis laureada.*
Estructura jurídica del sistema bursátil mexicano.
27 de noviembre de 1987.
- 2054 Miguel Ángel Aguilar Luque
Acto, proceso y nulidad en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
8 de diciembre de 1987.
- 2055 Susana Barroso Montero. * *Tesis laureada.*
La protección de las obras mexicanas en los Estados Unidos de América.
9 de diciembre de 1987.
- 2056 Gerardo Felipe Laveaga Rendón. * *Mención en su examen.*
La estructura política del Derecho.
11 de diciembre de 1987.
- 2057 Ismael Mestas Parra
Procedimiento de efectividad de la fianza de empresa (Recurso de aclaración para el procedimiento en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).
15 de diciembre de 1987.
- 2058 Edilberto Antonio Ramón Gil Cárdenas
Reforma integral del sistema penitenciario en México.
12 de enero de 1988.
- 2059 Norberto Saúl Terrazas Arreola
Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil de la Administración Pública Federal.
15 de enero de 1988.
- 2060 Fabián Madrigal Garay
El Ministerio Público en el procedimiento civil familiar del Distrito Federal.
19 de enero de 1988.
- 2061 Laura Arellano Casanova
Del derecho de oposición a los acuerdos de la asamblea general de accionistas en la sociedad anónima.

- 20 de enero de 1988.
- 2062 Rafael Durán Oliver-París
La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima.
22 de enero de 1988.
- 2063 Miguel Ángel Peña Corona
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública.
27 de enero de 1988.
- 2064 Emilio Robles Miaja
Algunas consideraciones jurídicas sobre las obligaciones en la moneda extranjera.
9 de febrero de 1988.
- 2065 Manuel Soni Samperio
El arrendamiento financiero en México.
19 de febrero de 1988.
- 2066 Olivia Alatorre Pérez
La actividad bancaria, atribución exorbitante de la autoridad o gobierno.
14 de marzo de 1988.
- 2067 Thelma Elena Díaz Jiménez
Régimen jurídico del concebido por vías no naturales.
16 de marzo de 1988.
- 2068 Héctor Herrera Ordóñez. * *Tesis laureada.*
Principales problemas no resueltos por el Derecho espacial.
24 de marzo de 1988.
- 2069 Susana Manterola Piña. ** *Tesis laureada y mención en el caso práctico.*
Medio de defensa contra la Ley de Amparo.
15 de abril de 1988.
- 2070 Lourdes Macedo Zesati
Las acciones preferentes en las sociedades anónimas mineras.
19 de abril de 1988.
- 2071 Mónica Ríos Tarín
La autonomía del municipio en México.
22 de abril de 1988.
- 2072 Eduardo Javier Tito Sodi Carmona
La normatividad de la tarjeta de crédito y el dinero de plástico.
25 de abril de 1988.
- 2073 Alejandro Gabriel Cerda Erdmann

- La naturaleza jurídica del matrimonio y su régimen patrimonial.*
26 de abril de 1988.
- 2074 Sergio Vela Martínez. * *Mención en su examen.*
La legiferancia y la prudencia.
27 de abril de 1988.
- 2075 Jorge Zepeda Laureano
Estudio analítico del subsidio fiscal.
29 de abril de 1988.
- 2076 Manuel Jesús Leján Puga
La aplicación del Derecho.
2 de mayo de 1988.
- 2077 Luis Lozano Torres
¿Deben ampliarse los efectos de la suspensión en el amparo?
3 de mayo de 1988.
- 2078 Jorge Silva Rodríguez
Análisis legislativo del impuesto sustantivo de estacionamiento.
9 de mayo de 1988.
- 2079 Luis Rolando Santos González
Los artículos 48 y 49 de la Ley Federal del Trabajo para los efectos de los 20 días por año.
11 de mayo de 1988.
- 2080 Alfonso Ramón Vásquez Celis
La huelga por solidaridad.
12 de mayo de 1988.
- 2081 Alberto Romo García
La sociedad ante el aborto.
13 de mayo de 1988.
- 2082 Agustín García Bolaños Cacho
Las resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras y los criterios que la rigen.
16 de mayo de 1988.
- 2083 Alberto de la Peza Híjar
La resolución en el contrato de seguro.
17 de mayo de 1988.
- 2084 Tomás José Ruiz González. *** *Tesis laureada y mención en su examen y en el caso práctico.*
Algunas consideraciones sobre el Estado de Derecho en la actualidad.
18 de mayo de 1988.

- 2085 Javier Cervantes Montiel
El capítulo económico de la Constitución.
19 de mayo de 1988.
- 2086 Mauricio Limón Aguirre
Participación de los trabajadores en la gestión de las empresas.
20 de mayo de 1988.

2. ALUMNOS PREMIADOS EN EL CICLO 1987/1988

Primer año A

2o. premio

Fernando Orrantía Dworak

Primer año B

1er. premio

Diana Gabriela Sánchez Dávila
Adriana Velasco Tarelo

2o. premio

Luis Vicente Altamirano Pineda
Rafael Adrián Avante Juárez
Ricardo Alfredo Peralta Martínez
Sandra Virginia Rodríguez Moreno
María Zaragoza Sigler*Primer año C*

1er. premio

Luis Antonio García Serrato
Juan Pablo Rico Caso
Gustavo José Rivera Río Horcasitas

2o. premio

Juan Manuel González Bernal
Alfonso Peniche García
Rafael Manuel Sámano Palacios
Manuel Sánchez Álvarez*Segundo año A*

2o. premio

Julián Fernández Rodríguez

Segundo año B

2o. premio

Antonio Andere Pérez Moreno
 Fernando Israel Espinosa Olivera
 Eduardo Macías Garrido
 Jaime Luis Valerio Hernández

Tercer año A

1er. premio

Miguel Fernández Contró

2o. premio

Fernando Borja Mújica
 Francisco Fuentes Ostos
 Margarita Zavala Gómez del Campo

Tercer año B

1er. premio

Fernando de Salvidea de Miguel
 Ricardo Hernández Estrada

2o. premio

Ligia González Lozano
 María Teresa Pailles Vergara
 Jorge Alejandro Sodi Patiño

Cuarto año A

2o. premio

Rafael Robles Miaja

Cuarto año B

2o. premio

Arturo Gutiérrez Hernández

Quinto año B

1er. premio

Emilio Romano Mussali

2o. premio

Luis Carlos Moreno Durazo

Enrique Manuel Ramírez Ramírez
 Juana del Carmen Ramos Juárez

3. PREMIO "EDUARDO TRIGUEROS SARABIA" 1986/1987

Ofrecido por Fomento Cultural Banamex, A. C., para el autor de la mejor tesis laureada por la Escuela (\$200,000.00), correspondió y fue entregado en la ceremonia de iniciación de cursos del 5 de septiembre de 1988 a doña Adriana Sofía Labardini Inzunza: *Régimen jurídico de las telecomunicaciones civiles vía satélite.*

DISCURSO PRONUNCIADO POR DON RAMÓN SÁNCHEZ
MEDAL EN LA CEREMONIA DE INICIACIÓN DE CURSOS
DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 1988

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Señores profesores,
Alumnos de la Escuela,
Señoras y señores:

Invitado por el señor Rector de la Escuela a dirigir unas palabras de salutación en el inicio del presente año escolar, he aceptado hacerlo no con la representación de los maestros que nadie me ha conferido, sino en nombre propio, para recordar los ideales que en el año de 1912 dieron nacimiento a esta Escuela y para exaltar los principios que ha sustentado a lo largo de los 76 años de su vida, porque así como la naturaleza renueva sus fuerzas y sus energías en cada primavera, también así en cada inauguración de cursos renueva sus ideales y sus principios esta institución. Cada año en esta ocasión florece la Escuela, cada año en este día recibe la sabia nueva de sus alumnos el viejo tronco de sus maestros.

Existe en la Escuela Libre de Derecho una verdadera tradición, que de generación en generación ha venido transmitiendo los ideales que dieron origen a su fundación, así que nada más oportuno en esta inauguración de cursos que hablar de los sucesivos relevos y de la antorcha misma que nuestra institución ha mantenido sin apagarse a lo largo de la carrera del tiempo.

En los tres cuartos de centuria que lleva en su existencia la Escuela, son tres también las generaciones que han pasado por ella.

La primera generación, hoy ya totalmente desaparecida, fue la que formaron los estudiantes intrépidos que en 1912 se separaron de la Escuela Nacional de Jurisprudencia para recibir las enseñanzas de los maestros fundadores; la segunda generación, la constituímos quienes fuimos discípulos de aquellos alumnos convertidos después ya en eminentes maestros; y la actual generación, a la que pertenecen los alum-

nos que tienen ahora como maestros a quienes un día fuimos los estudiantes de la segunda generación.

Bien claro es, sin embargo, que esta triple clasificación no constituye un rígido acasillamiento, sino sólo una visión de conjunto que descubre los grandes eslabones de la cadena de generaciones que sustentan la tradición de la Escuela, a la cual han enriquecido y continúan enriqueciendo muy distinguidos maestros de otras escuelas y facultades de derecho.

Tiene la historia de las instituciones como la de los individuos inesperados acontecimientos y cambios imprevistos que son interpretados por algunos como un simple producto del azar o de un destino ciego, y que para otros son reconocidos como obra de la Providencia Divina que hace surgir el bien de donde menos lo esperan los hombres, a la manera de Jehová que en el desierto hizo brotar el agua de la roca al solo contacto de la vara de Moisés para dar de beber al pueblo de Israel.

Esta Escuela se fundó sólo con la idea original de que concluyeran el año escolar de 1912 los estudiantes que a mediados de ese curso habían procedido a cancelar sus matrículas en la Escuela de Jurisprudencia, y, sin embargo, pronto se convirtió aquella organización provisional en un establecimiento de carácter permanente que ha cumplido ya más de 75 años de existencia.

Cuando ocurrió el nacimiento de esta Escuela, los observadores superficiales sentenciaron que se trataba de un "movimiento de insubordinación" y de "un acto de indisciplina respecto de la Escuela Oficial", así lo calificó nada menos que el Presidente de la República Francisco I. Madero, al referirse a ella en su informe al Congreso de la Unión en el año de 1912, y sin embargo, aquel brote de "rebeldía" fue desde sus orígenes y ha sido siempre un admirable ejemplo de orden y disciplina entre todos los establecimientos de educación superior en nuestro país.

El advenimiento de esta Escuela fue visto con indiferencia y no faltaron los escépticos que le auguraron una efímera duración que predijeron sería la de "una temporada de lluvias", debido a la falta de retribución a la labor docente de sus maestros, y, sin embargo, esa su actuación gratuita es hoy día la más grande satisfacción y el mayor estímulo de su profesorado.

Pero esta serie de paradojas que se advierten en los orígenes de la Escuela tienen una explicación en los hechos que concurrieron a su fundación.

A fines del mes de abril de 1912, el licenciado José María Pino Suárez, entonces secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes y vicepresidente de la República, designó al licenciado Luis Cabrera y no al licenciado Jorge Vera Estañol al que querían los estudiantes, como director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, por virtud de ser ésta una dependencia oficial de aquel Ministerio, y en el acto de ponerle en posesión del cargo, el propio Pino Suárez reconoció que tal nombramiento obedecía sólo a razones políticas, al expresar "que podría haber otros abogados más competentes que el licenciado Cabrera para dirigir la Escuela de Leyes, pero que ninguno tenía el doble mérito de haber luchado en pro de la revolución pasada con tanto ahínco como el licenciado Cabrera, agregando que el nuevo director, en cuyas manos competentes se había puesto la Escuela, en todas sus luchas había elevado la ciudadanía".

A su turno, en el mismo acto, habló don Luis Cabrera para deturpar con indudable intención política a los profesores del régimen anterior, acusándolos de que el último curso escolar "había constituido un indiscutible fracaso, porque los alumnos no sabían nada; que los profesores en los últimos exámenes habían recibido la consigna de pasarlos con calificaciones que no merecían; que los estudiantes de entonces no eran disciplinados y no se parecían nada a los de los tiempos en que él fue estudiante, porque estaban a muy bajo nivel y no eran aptos, aunque hubieran sido aprobados, para ejercer con éxito la ciencia del juriconsulto", lado que aun los alumnos más inteligentes que alcanzaban el título constituían un fracaso como abogados, porque entraban a la burocracia, o se dedicaban a la literatura, a la política o al periodismo.

Las intenciones políticas de don Luis Cabrera bien pronto salieron a relucir, porque cuando dos meses después de su toma de posesión, una comisión de estudiantes lo entrevistó para que reconsiderara una serie de repentinos y radicales cambios que había introducido en la Escuela de Jurisprudencia, no sólo se negó dar un paso atrás, sino que advirtió sin ambages a los estudiantes que para él eran ellos sólo un "escalón político" y que "si había aceptado el puesto de director fue, no obstante lo engorroso del cargo, para probar que posee tamaños suficientes para mayores puestos", según sus palabras textuales.

En un enérgico rechazo a que se hiciera de la Escuela de Jurisprudencia un mero instrumento de la política, los estudiantes pidieron primero la renuncia de Cabrera y al no obtenerla de éste, declararon en seguida un movimiento de huelga, movimiento que Cabrera pretendió

disolver solicitando de la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes tres medidas de franco enfrentamiento: la presencia de la policía dentro de los recintos escolares, la clausura temporal de la Escuela, y la cancelación de la matrícula de los alumnos huelguistas.

Fue entonces cuando la gran mayoría de los estudiantes de la Escuela de Jurisprudencia procedieron ellos mismos a cancelar sus propias matrículas y a obtener de un grupo de distinguidos abogados de la época, que les impartieran las clases necesarias para poder continuar y terminar el curso lectivo y salvar así el año escolar.

La intransigente y belicosa actitud de Cabrera logró el apoyo total del secretario de Instrucción Pública, quien al recibir el informe del director de la Escuela de Jurisprudencia de que habían cancelado sus matrículas los alumnos de ella, fulminó de inmediato la expulsión de todos los que de alguna manera se habían unido al movimiento de huelga, aduciendo para ello que no aceptaba la pretensión de los alumnos de inmiscuirse en el gobierno de la Escuela de Jurisprudencia y que se tomaran atribuciones que "sólo corresponden por derecho a esta Secretaría".

Como antes he dicho, esta Escuela fue en sus inicios una organización de carácter provisional, pero surgieron después elementos que hicieron se transformara en una institución permanente, gracias a la actuación de los maestros, a base de puntualidad y de falta de retribución en sus labores docentes, y a la actuación de los alumnos que demostraron escrupulosa asiduidad en su asistencia y gran responsabilidad para cuidar del orden y la disciplina del nuevo plantel.

La multiplicidad de modestas aportaciones y donativos para sufragar los gastos y, sobre todo, el amplio y generoso patrocinio que le brindó el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, fueron asimismo importantísimos factores que vigorizaron y consolidaron la fundación de la Escuela Libre de Derecho para hacer de ella una institución de carácter permanente, que bien pronto solicitó el reconocimiento oficial de sus estudios que aunque no obtuvo del Congreso de la Unión, sin embargo le fue concedido por las Legislaturas de los estados de Zacatecas, Aguascalientes, Jalisco y México.

La reseña de los hechos que anteceden pone de manifiesto que la fundación de la Escuela Libre de Derecho fue un movimiento de los estudiantes que querían dedicarse al estudio de las ciencias jurídicas y recibir la formación de genuinos abogados, y que estaban firmemente resueltos a apartar a su Escuela de los vaivenes y de los intereses de la política. Así lo reconoció con toda honradez el mismo rector de la

Universidad Nacional de México, licenciado Joaquín Eguía Lis, que anteriormente había formado parte de la Comisión Redactora del Código Civil de 1870, quien al rendir su informe en el año de 1912 a la Secretaría de Instrucción Pública declaró: "si perdura y progresa la Escuela Libre puede llegar a ser grande y buen ejemplo, digno de imitación, de lo que puede realizarse en la enseñanza por la iniciativa particular, y será un estímulo para que nuestros Gobiernos se convenzan de la necesidad que hay de dejar a la instrucción lo más libre y lejana que posible sea de toda tiranía gubernamental y lo más exenta de los vaivenes y de las tempestades de la política".

Para destacar los principios fundamentales de nuestra institución, son todavía de gran actualidad las ideas que se debatieron en el Congreso de la Unión, al tratar el asunto del reconocimiento de validez oficial a los estudios en la entonces reciente Escuela Libre de Derecho.

En la Cámara Alta se pronunció en contra de tal reconocimiento el senador Carlos Tagle, quien pretendió se condicionara la aprobación del reconocimiento solicitado a que la Escuela Libre de Derecho hiciera pública profesión y compromiso ineludible de que las enseñanzas que en ella se impartieran fueran sólo exclusivamente laicas, so pena de perder ese reconocimiento oficial en caso de apartarse sus maestros del laicismo obligatorio. Semejante proposición tuvo quizás como pretexto la invocación a Dios que hizo al inaugurar esta Escuela su primer rector honorario, licenciado don Luis Méndez, a quien en el año de 1867 a causa de los acontecimientos políticos de la época estando él reducido a prisión, procedió don Antonio Martínez de Castro, secretario de Justicia del presidente Benito Juárez, a arrancarle los manuscritos del conocido como "Código Civil del Imperio" para promulgarlo el propio Juárez bajo el nombre de "Código Civil de 1870".

Las palabras finales en esa primera inauguración de cursos de esta Escuela que pronunciara don Luis Méndez quiero revivirlas ahora en esta septuagésima sexta inauguración de cursos:

"Usando de vuestra bondad y con vuestra venia, dijo don Luis Méndez, declaro inaugurada la Escuela Libre de Derecho, hoy 24 de julio de 1912. ¡Dios autor de las buenas leyes e inspirador de las buenas obras conforte vuestros alientos y dé a la Escuela largos años de vida en honra vuestra y para bien de nuestra querida patria!"

Acaso también influyó para la propuesta del senador Tagle el hecho de que don Agustín Rodríguez, primer rector de la Escuela, admirado como el mejor casacionista de su tiempo, fuera reconocido también en público como el presidente de las Conferencias de San Vicente de Paúl

en la República Mexicana. Pero, en cambio, dicho senador Tagle olvidó que la primera junta directiva de la Escuela quedó integrada con un esclarecido jurisperito de pensamiento liberal, como lo fue don Miguel S. Macedo, y que fuera además don Emilio Rabasa, de la misma ideología liberal, quien redactara los estatutos de la novísima Escuela.

La iniciativa del senador Tagle no fue acogida por sus compañeros de Cámara, dado que la imposición obligatoria de la enseñanza laica, como la imposición obligatoria de la enseñanza confesional, son y serán siempre por igual contrarias a la libertad de enseñanza y a la libertad de cátedra, y opuestas por consiguiente al nombre y a la esencia de esta Escuela Libre de Derecho que no troquela el pensamiento con ideología alguna de cualquier signo que sea ni a los alumnos ni a sus maestros.

Aunque la Cámara de Senadores acordó el reconocimiento de la validez oficial de los estudios que se hicieran en la Escuela Libre de Derecho, el dictamen de la Cámara de Diputados fue adverso a nuestra Escuela, aduciendo para su oposición muy prolijos argumentos, de los que conviene recordar el más importante de todos ellos.

Se dijo entonces "hoy, la Escuela Libre de Derecho está en manos de jurisperitos prestigiados, mañana podrán éstos dejar de pertenecer a esa Escuela, porque hubiesen cesado las causas, tal vez políticas, determinantes de su desinteresada actitud actual, y podrán ser sustituidos por abogados mediocres... Si esas instituciones libres, esas escuelas (como la Escuela Libre de Derecho), debidas a la iniciativa privada, por un movimiento espontáneo de su propia voluntad, solicitan que el Estado ponga su sello de aprobación a los estudios que en ellas se verifican, parece que esas mismas instituciones libres reconocen al Estado competencia para calificar los estudios científicos de los estudiantes libres; y es claro que el Estado para poner el sello de su autoridad, tiene que cerciorarse previamente de la aptitud de los alumnos de dichas instituciones privadas. Si no lo hiciera así, el Estado cometería una aberración... Se trata de la defensa de la sociedad, cuyos legítimos intereses, cuya salud, cuya honra, no deben abandonarse a los peligros y audacias del charlateanismo...".

La más clara refutación a estos conceptos nos la ofrece en una de sus obras el insigne maestro de esta Escuela, don Toribio Esquivel Obregón, al recordar cómo procedía el antiguo sistema español: "Llamar a los peritos —decía— es negar la igualdad y demostrar empeño en ser rectamente informado; reconocer a los cuerpos de artesanos, de comerciantes, de mineros, de universidades y colegios, de jueces y gobernantes el derecho de representar por los suyos, de llevar la voz y

el voto del orden general de la sociedad es abrir los ojos a la realidad de las fuerzas vivas. Pedir a esas entidades que elijan sus diputados para que formen la ley es aproximarse lo más posible al acierto, es confiar en la elección por pericia y conocimientos, es decir, en la selección hecha por los pares, por los que se encuentran vinculados por intereses semejantes. El representante así seleccionado constituye una contribución al saber del legislador".

Bajo la inspiración de tan sabias ideas, la Escuela Libre de Derecho consiguió de sus antiguos alumnos fundadores, licenciado Emilio Portes Gil, ya para entonces Presidente de la República, y Ezequiel Padilla a la sazón secretario de Educación Pública, el Decreto de 17 de enero de 1930 en el que se *confió a los pares*, es decir, a los mismos abogados del cuerpo de profesores de la escuela, la responsabilidad de certificar los conocimientos y la capacidad de los alumnos para ejercer la profesión de abogado, y esta medida era a todas luces mucho más acertada que la empírica manera que entonces prescribía la Constitución de 1857, al establecer en su artículo 93 que para ser elegido Ministro de la Suprema Corte de Justicia, bastaba "estar instruido en la ciencia del Derecho, a juicio de los electores", es decir, a criterio del pueblo en general en ejercicio del sufragio universal.

Dos años después de haber obtenido la Escuela el Decreto presidencial de su autonomía, apareció en 1932 un esclavizante Reglamento sobre Revalidación de Estudios y Grados de las Escuelas Libres Universitarias, obra del entonces secretario de Educación Pública, licenciado Narciso Basols, quien se había propuesto acabar por completo con la libertad de enseñanza en nuestro país y cancelar de paso mediante un artículo transitorio de tal Reglamento el Decreto del Presidente Portes Gil. Para defenderse de este atentado, el rector don Pedro Lascurain y los vocales don José María Gurriá Urgell y don Manuel Herrera Lasso, de la Junta Directiva, acudieron en demanda de amparo ante juez de Distrito y más tarde elevaron el recurso de revisión ante la Segunda Sala de la Suprema Corte, la cual en la memorable sesión del 7 de enero de 1933 concedió a nuestra Escuela la protección constitucional no sólo para impedir que en perjuicio de ella se diera aplicación retroactiva al nuevo Reglamento, que a todas luces era conculcatorio de garantías individuales, sino, sobre todo, para salvaguardar el principio de la libertad de enseñanza.

Los sólidos fundamentos de la ejecutoria de la Corte no han perdido actualidad y siempre han de tenerse presentes en los anales de la Escuela:

La "libertad de enseñanza, dice la ejecutoria, debe entenderse restringida por la vigilancia oficial; porque, por razones de orden público no puede permitirse que en las escuelas reconocidas se impartan enseñanzas inmorales o que ataquen conceptos vinculados con la existencia del país o con la soberanía de la nación mexicana; pero esa vigilancia no puede en manera alguna constituir un control o una dirección por parte del Estado, pues esto se opone evidentemente al principio de la libertad de enseñanza; y como el Reglamento de que se viene tratando lleva la intervención de la Secretaría de Educación Pública hasta calificar lo adecuado del local, los laboratorios, las condiciones de higiene, la preparación del profesorado, lo adecuado de los planes de estudio y métodos de enseñanza, la duración por horas de los cursos, la autorización de los libros de inscripciones, los registros de títulos y las actas de examen, es evidente que la libertad de enseñanza prácticamente se hace desaparecer, que el Estado decide respecto a las materias, la extensión de los estudios, los programas, la capacidad de los profesores, las horas de clases, las pruebas de aprovechamiento; en una palabra, no deja ocasión alguna a la Escuela para que ejercite la libertad".

A todos estos razonamientos que hacían referencia sólo al caso concreto del cuestionado Reglamento, vino a agregarse la brillante disertación a un nivel general y muy elevado que produjo el ministro Arturo Cisneros Canto cuando intervino para fundamentar su voto aprobatorio de la ejecutoria, y rebatir la tesis dictatorial de Narciso Basols, quien sostenía que la facultad de impartir educación, aun la de grado superior, era una función esencial y exclusiva del Estado y un servicio público inherente a su soberanía, y que únicamente de este postulado se derivaba cualquier autorización concedida por el Estado a los particulares para el establecimiento de escuelas profesionales, autorización que el Estado podía cancelar en cualquier tiempo, sin cometer violación alguna de garantías individuales, dado que al delegar a los particulares y a las instituciones privadas el derecho de enseñar y de educar, no les había conferido el Estado un derecho absoluto, sino una facultad revocable en todo tiempo.

A esta tesis de evidente signo totalitario, se enfrentó abiertamente el ministro Cisneros Canto, apoyándose en el texto original de la fracción XXV del artículo 73 de la Constitución de 1917, en la que se facultaba al Congreso de la Unión para establecer las escuelas profesionales y demás institutos de cultura superior, "entre tanto dichos establecimientos pueden sostenerse por la iniciativa de los particulares", o sea que el Constituyente de Querétaro reconoció sólo como excepción

la actuación del Estado en el campo de la educación profesional a manera de una intervención provisional y supletoria, porque la actuación en ese campo correspondía en principio a los particulares y no al Estado.

Reviste gran importancia para la Escuela Libre de Derecho hacer resaltar que esa fracción XXV del artículo 73 fue aprobada por el Constituyente de Querétaro exactamente con el mismo texto del proyecto de Constitución del que fue principal autor el licenciado José Natividad Macías, quien tenía la experiencia personal de haber sido él en 1912 uno de los abogados fundadores de la Escuela y de estar palpando en 1916 el éxito y la estabilidad que ofrecía ya a los ojos del país un establecimiento de educación superior como la misma Escuela que se había descontaminado de las ambiciones políticas y se había emancipado por completo del gobierno federal.

En esta materia de la educación superior se pronunciaron los Constituyentes de Querétaro en el mismo sentido que lo hicieron para la materia económica, dado que en el artículo 4º de la Constitución de 1917 en coordinación con el artículo 28 de la misma Carta Magna, también se erigió como principio en la primera de esas disposiciones la libertad de industria, de comercio, de profesión y de trabajo, y sólo como rigurosa excepción, se permitieron los cinco monopolios estatales que de manera taxativa enumeró el segundo de dichos preceptos de la Constitución.

Sin embargo, la inconstitucional conversión de una excepción para transformarla en regla general, con mengua o desaparición de garantías individuales, no se consumó en lo tocante a la educación superior gracias a la señera decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al juzgar el caso del amparo de la Escuela Libre de Derecho, cosa que, en cambio, no ocurrió en materia económica con las reformas demolitorias de la Constitución que se hicieron en 1983 a los artículos 25, 26 y 28 para instaurar lo que hoy se ha llamado la "rectoría económica del Estado".

Las efemérides sobre la fundación y la permanencia de la Escuela Libre de Derecho no son una serie de anécdotas domésticas que interesen sólo para contarse dentro de su casa; son hechos que han trascendido fuera del recinto de sus muros para formar ya parte de la historia de las instituciones culturales en nuestra patria.

Dieron motivo en 1912, año en que el pueblo de México aspiraba a reivindicar y a ejercitar sus libertades inmediatamente después de la caída del Presidente Porfirio Díaz, a que el Primer Congreso de la

Unión emanado de la revolución estudiara y discutiera con toda amplitud en el seno de las dos Cámaras Federales el tema de la libertad de enseñanza.

Inspiraron en 1916 a José Natividad Macías para redactar el proyecto que aprobó el Constituyente de Querétaro de la fracción XXV del artículo 73 para erigir el principio de que la educación superior correspondía a los particulares y de que sólo mientras éstos se iban haciendo cargo de ella, podía el Estado tener una intervención en ella de carácter provisional y excepcional.

Hicieron que en 1930 el Presidente de la República, Emilio Portes Gil, mediante un decreto, reconociera la total independencia administrativa y académica frente al Poder Público de un establecimiento particular de educación superior, y sólo le obligara a proporcionar al Estado informes de sus actividades y datos estadísticos.

Sirvieron de apoyo en 1933 a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para librar una victoriosa batalla en favor de la libertad de enseñanza en materia de educación superior frente a las pretensiones dictatoriales y totalitarias del secretario de Educación Pública, licenciado Narciso Basols que trataba de aherrojar y esclavizar los establecimientos privados de educación superior.

Merecieron que en el año de 1970, el Presidente de la República, Gustavo Díaz Ordaz, en reconocimiento a la patriótica labor de esta Escuela le hiciera la donación del terreno donde hoy se levantan las construcciones de la propia Escuela que ella pronto edificó, y permítaseme aquí, a mí siempre tan alejado de la política, esperar que algún día se coloque una placa que recuerde y agradezca este hecho del Presidente Díaz Ordaz, a despecho del vituperio y de los anatemas de sus enemigos.

En suma, la fundación y la permanencia de la Escuela durante los 76 años transcurridos, desde 1912 hasta 1988, constituyen hoy día el más elocuente ejemplo ante toda la nación de lo que los ideales y la generosidad de los particulares pueden alcanzar en el campo de la educación superior, al margen de la política y del poder público.

Para concluir, séame permitido destacar los tres aspectos más importantes que nos ofrece hoy día la Escuela a los maestros y alumnos que la integramos.

Primeramente, en esta Escuela se inculca y se fomenta entre los profesores y los estudiantes *el sentido del honor*, honor para los maestros que transmiten sus enseñanzas sin recibir otra retribución que la bienaventuranza de enseñar al que no sabe, y honor que se inculca y

se fomenta en los alumnos para que sean ellos y solamente ellos quienes custodien el orden y la disciplina de la Escuela. Es precisamente el acendrado sentimiento del honor lo que hace reinar el respeto y la concordia entre los alumnos y entre éstos y los maestros de la Escuela.

En segundo término, se proclama y se practica entre los maestros y los alumnos *el amor a la libertad*, por ser ésta la bandera por la que lucharon los fundadores de ella y que ha cobijado a todas las generaciones que han pasado por sus aulas. Libertad que es completa independencia del poder público y a la vez de todo partido político y de toda política de partido; libertad porque no impone ideología de ningún signo y permite la convivencia en armonía de agnósticos y librepensadores al lado de quienes profesamos la fe en Aquél que, según la frase de Donoso Cortés, en sólo tres años de su vida pública consumó la más grande revolución de la historia sin haber derramado más sangre que la suya; y libertad que hace posible que entre su profesorado existan respetables funcionarios públicos junto a quienes a fuer de abogados postulantes desde siempre hemos protestado vivir y morir fuera del presupuesto del Estado.

Finalmente, por ser su nota específica se rinde *culto al Derecho* en esta Escuela y se exhorta a los egresados de ella a que nunca flexionen el Derecho ante la gracia o el favor, ni tampoco lo quebranten ante el poder, ni menos lo corrompan con el dinero, de acuerdo a la sentencia lapidaria que inscribe en los títulos que expide: "*jus neque inflecti gratia, neque perfringi potentia, neque adulterari pecunia debet*".

Gracias, señor Rector, por haberme concedido el privilegio de exaltar la grandeza de esta Escuela de honor, de esta Escuela de libertad, de esta Escuela de Derecho que tanto amamos los egresados de ella, a la que quisimos durante la vida de estudiantes con la ilusión con que se quiere a la novia, y a la que seguimos queriendo después ya como abogados con la fidelidad inquebrantable con que se quiere a la esposa. Gracias, de nuevo, señor Rector.

Las palabras libre donde se encuentra la libertad de expresión, la que...

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA CEREMONIA DE APERTURA DEL CURSO 1988/1989 POR EL SR. ÓSCAR ALBERTO ESTRADA CHÁVEZ, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 1988

- Señor abogado don José Cándano García de la Mata, Rector de la Escuela Libre de Derecho;
- Señores miembros de la Junta Directiva,
- Señor abogado Pedro Barrera Ardura, Secretario General de nuestra Escuela;
- Señores maestros,
- Compañeros estudiantes:

Nos encontramos reunidos una vez más para celebrar la tradicional ceremonia de inauguración de cursos con la que comienza un nuevo año escolar, y a nombre del Comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos me corresponde dirigir a ustedes algunas palabras:

En primer término me dirijo a nuestros profesores, personas que sin recibir retribución alguna dedican tiempo y esfuerzo a instruir en la ciencia jurídica a generación tras generación de estudiantes; a ellos nuestro agradecimiento y respeto.

A nuestros compañeros de nuevo ingreso y que a partir de hoy forman parte de nuestra institución, ofrecemos cordial bienvenida y sinceros deseos de éxito.

A nuestros compañeros de los grados intermedios palabras de aliento para mantener el esfuerzo y dedicación hasta hoy realizados.

Y a los compañeros de los años superiores una exhortación para hacer de esta, nuestra última etapa, la mejor en la Escuela Libre de Derecho; y que así podamos servir como ejemplo de tenacidad, participación, entusiasmo y sana rebeldía a las generaciones que nos siguen.

El año escolar que hoy inicia trae consigo, en especial para nosotros estudiantes grandes anhelos y numerosas esperanzas.

Deseamos que nuestra institución mantenga la disciplina y el nivel de estudios que la ha llevado a consolidarse como una gran Escuela de derecho, pero es también anhelo de sus alumnos, que sea, y cada vez más, una "Escuela Libre".

Una Escuela Libre donde se mantenga la libertad de cátedra, la apertura y el pluralismo, y en la cual exista un estudiantado consciente de los grandes problemas de nuestro país y que sin hacer política en las aulas esté siempre dispuesto a proponer y a participar en la solución de los mismos.

Una Escuela Libre a la cual no se considere como una empresa con los maestros como proveedores y a los estudiantes como clientes, sino que sea vista y entendida como una gran comunidad formada por catedráticos, egresados y alumnos, en la que no tengan lugar la ambición, la envidia ni los celos, sólo lazos de solidaridad y respeto, que se confirmen con el paso del tiempo.

Queremos una Escuela Libre donde el creciente número de mujeres que ingresan a la misma, no sea visto como un síntoma de decadencia y menoscabo del nivel académico, sino como el reflejo en nuestra institución del avance firme y positivo de la mujer mexicana, que del papel sumiso, apático y abnegado al que en décadas pasadas se le orilló y que en el presente algunos insisten en atribuirle, ha decidido prepararse y participar cada vez más y dignamente en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Una Escuela Libre en la que la opinión de sus alumnos sea tomada en cuenta, y en la que las inquietudes y manifestaciones de los mismos sean desahogadas libremente, sin censura y sin ataduras, ya que fue ese el espíritu de sus fundadores, mismo que debemos mantener vivo.

Veamos porque en nuestra Escuela Libre de Derecho sus miembros no nos adormecemos ni nos conformemos con vivir del prestigio que debemos a nuestros predecesores. Contribuyamos con nuestra conducta a que se fortalezca y nutra el reconocimiento que después de tres cuartos de siglo mantiene nuestra Escuela, para que al llegar al centenario continuemos a la vanguardia.

Sintámonos orgullosos de pertenecer a la Escuela Libre de Derecho, sin caer en el narcisismo ni la pedantería, recordemos que la sencillez siempre ha sido característica de los grandes hombres, de los grandes maestros. No hagamos alardes con ánimos exhibicionistas de ser superiores a todos los demás, simplemente ¡seámoslo!

Que sea la nuestra como hasta ahora lo ha sido: una Escuela receptora de alumnos con sed de justicia, rebeldía frente a la mediocridad, y amor a la patria y que persista, como dijera el maestro don José Gómez Gordoa: "Una Escuela dedicada al servicio de las causas nobles y justas de la sociedad mexicana".

Revista de Investigaciones Jurídicas
Núm. 12, editada por el Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la Es-
cuela Libre de Derecho, se terminó
de imprimir en los talleres de IMPRE-
SOS CHÁVEZ, el 15 de octubre de 1988.